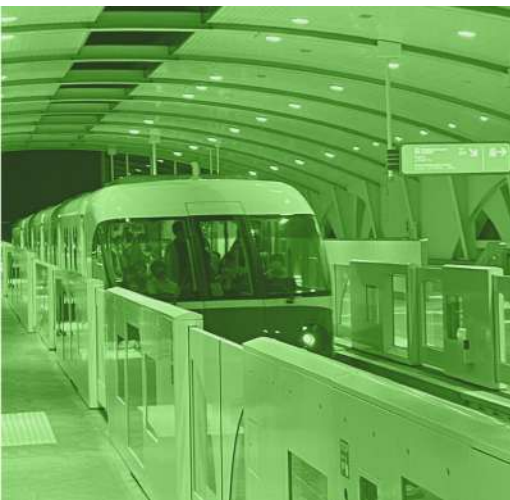


# Reflexiones sobre el Arbitraje en Sector de las Telecomunicaciones: Lecciones a tener en cuenta.



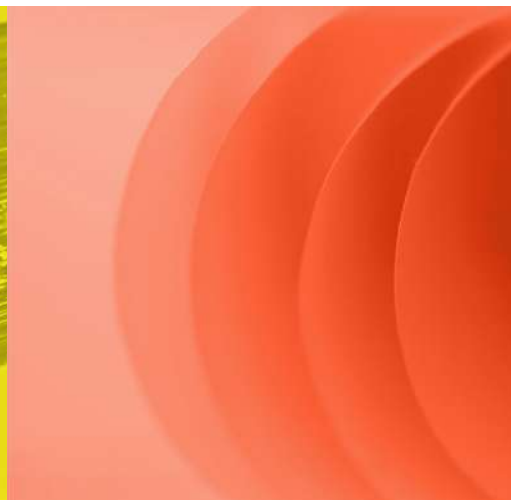
Dra: Virginia Nakagawa  
Consultora Senior



INFRAESTRUCTURA



TMT



DERECHO  
ADMINISTRATIVO



ARBITRAJE/SOLUCIÓN  
DE CONFLICTOS



CONSULTORÍA  
ECONÓMICA



 Nodo de transporte  
 Enlace de fibra óptica

INTERVENCIÓN ESTATAL

REGULACIÓN ECONÓMICA

PARTICIPACIÓN PRIVADA

RDNFO, PROYECTOS REGIONALES Y MODELOS INNOVADORES (FITEL Y OIMR)

EXPANSIÓN DE LA CONECTIVIDAD

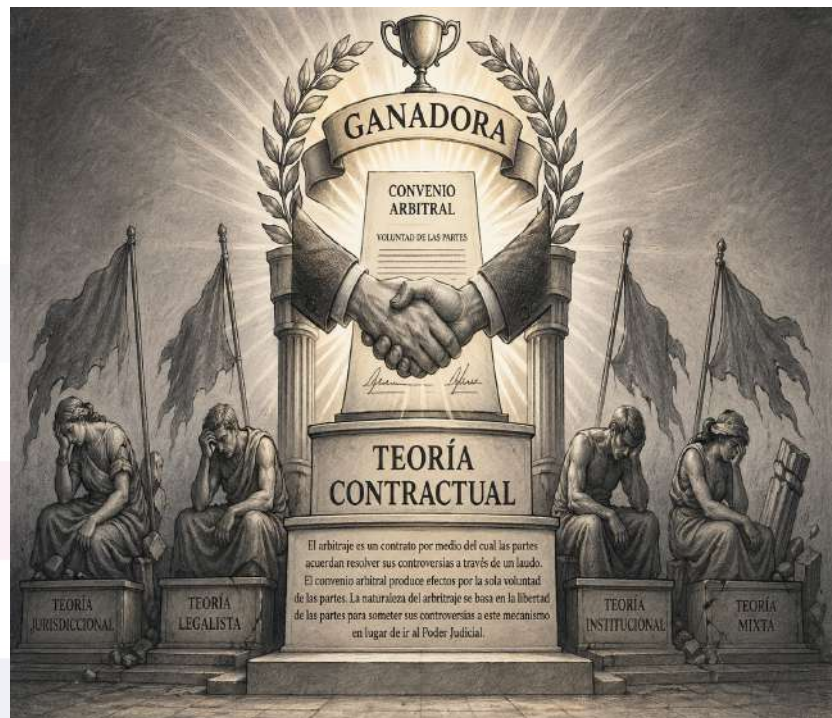
## Algunas nociones básicas

“Se puede definir el arbitraje como un medio alternativo de solución de controversias que consiste en poner voluntariamente en manos de un tercero, denominado árbitro, la solución de un conflicto, comprometiéndose las partes a respetar la decisión que aquel emita”. César Guzmán-Barrón.

“(...) El arbitraje es una institución, por la cual un tercero resuelve una diferencia que divide a dos o mas partes en ejercicio de la función jurisdiccional que le ha sido confiada por ellos (...) El árbitro es un juez privado designado por aquellos quienes desean que resuelva su controversia (...) El que sea un Juez privado implica que la misión del árbitro y el juez son las mismas. La única diferencia es la fuente. Comparte las facultades de un Juez, pero su régimen es el de un prestador de servicios profesionales. El árbitro tiene todos los poderes de un Juez (notio y iurisdictio) salvo el imperium.” Francisco Gonzalez de Cossio.

## Naturaleza Juridica del Arbitraje

1. **Teoría Jurisdiccional:** El arbitraje es manifestación de la función jurisdiccional desempeñada por los árbitros y que le es delegada por el Estado (y que es activada por el acuerdo de las partes, para resolver sus controversias). El convenio arbitral produce efectos por voluntad del Estado y su ius imperium.
2. **Teoría Contractual:** El arbitraje es un contrato por medio del cual las partes acuerdan resolver sus controversias a través de un laudo. El convenio arbitral produce efectos por la sola voluntad de las partes. La naturaleza del arbitraje se basa en la libertad de las partes para someter sus controversias a este mecanismo en lugar de ir al Poder Judicial.
3. **Teoría Mixta o Híbrida:** El arbitraje tiene su origen en el contrato privado y los árbitros designados y las reglas dependen del acuerdo entre las partes; pero existen elementos jurisdiccionales ya que los árbitros son tomadores de decisiones cuasi jurisdiccionales. De esta manera, el arbitraje es un sistema de justicia privadas creada contractualmente.
4. **Teoría Autónoma:** Régimen emancipado con carácter autónomo. Version mas refinada de la teoría mixta.



## Decreto Legislativo 1071:

### ***“Artículo 2.- Materias susceptibles de arbitraje.***

*1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.*

*2. Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones derivadas del convenio arbitral.” (el resaltado es nuestro)*

Ley de Arbitraje -Decreto Legislativo 1071.

***“Artículo 4.- Arbitraje del Estado Peruano.***

*1. Para los efectos de este Decreto Legislativo, la referencia a Estado Peruano comprende el Gobierno Nacional, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales y sus respectivas dependencias, así como las personas jurídicas de derecho público, las empresas estatales de derecho público, de derecho privado o de economía mixta y las personas jurídicas de derecho privado que ejerzan función estatal por ley, delegación, concesión o autorización del Estado.*

*2. Las controversias derivadas de los contratos y convenios celebrados entre estas entidades estatales pueden someterse también a arbitraje nacional.*

*3. El Estado puede someter a arbitraje nacional las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros domiciliados en el país.*

*4. El Estado puede también someter a arbitraje internacional, dentro o fuera del país, las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros no domiciliados en el país.*

*5. En caso de actividades financieras, el arbitraje podrá desarrollarse dentro o fuera del país, inclusive con extranjeros domiciliados en el país.”*

## Convenio Arbitral

El primer inciso de este artículo define que se entiende por convenio arbitral, mientras que el segundo y tercer inciso establecen la formalidad del mismo.

### Ley de Arbitraje- Decreto Legislativo 1071

#### **“Artículo 13.- Contenido y forma del convenio arbitral.**

1. El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza.

2. *El convenio arbitral deberá constar por escrito. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.*

3. *Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio. (...)* (el resaltado es nuestro)

#### **“Artículo 14.- Extensión del convenio arbitral.**

*El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.”*

## LOS ARBITROS

- El arbitraje vale lo que valen los árbitros.
- Los árbitros son designados por las partes o la Institución Arbitral (convenio arbitral).
- Ejercen el cargo con **independencia e imparcialidad. Son requisitos indispensables para que el arbitraje funcione y se legitime.**
- **Independencia:** Es un concepto **objetivo** apreciable a partir de las relaciones del árbitro con las partes.
  - No representan los intereses de ninguna de las partes.
  - No son abogados o apoderados de las partes.
  - No están sometidos a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones.
- **Imparcialidad:** Es la actitud o el estado mental del árbitro, necesariamente **subjetivo**, frente a la controversia que se le plantea.
- El árbitro no debe tener interés en la controversia.
- Deben guardar **absoluta discreción** y gozan del **secreto profesional**.

*Se menciona un nuevo requisito:  
La **Disponibilidad**, ya que la justicia que tarda no es justicia.*

## DEBER DE REVELACION

- *Ante la duda, revela.*
- *Se trata no solo de ser, sino también de parecer*
- *Se recomienda aplicar rigurosamente las Directrices de la IBA – Conflicto de interés*

- Los árbitros deben declarar que **no tienen impedimento para arbitrar** en el caso concreto.
- Todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia.
- El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes, sin demora cualquier nueva circunstancia. Este deber de revelación se mantiene durante todo el arbitraje. En cualquier momento del arbitraje, las partes podrán pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con alguna de las otras partes o con sus abogados.

**El Arbitraje en el  
sector de las  
telecomunicaciones  
peruano**



- **Proceso de Privatización ex CPT y ex ENTEL**
- **Contrato Ley**
- **Cláusula Arbitral**

# TELEFÓNICA DEL PERÚ vs MTC

Caso Arbitral N° 0794-2019-CCL

**Renovación  
Total: 20  
años**

Las controversias entre las partes versan sobre la solicitud de renovación gradual de las concesiones presentada por Telefónica al MTC el 23 de diciembre de 2013 (la Cuarta Solicitud de Renovación), que fue denegada por el MTC mediante la RM 924-2018-MTC/01.03. El recurso de reconsideración que Telefónica intentó contra esa resolución fue denegado, ratificando el MTC su decisión a través de la RM 059-2019 MTC/01.

**Renovación  
parcial: Cada  
5 años**

Las posiciones de la partes pueden resumirse básicamente como sigue:

- (i) En opinión de Telefónica, la decisión del MTC de denegar la Cuarta Solicitud de Renovación se fundó en la aplicación de una metodología que contraviene lo dispuesto en los Contratos de Concesión;
- (ii) (Por el contrario, el MTC sostuvo que no incurrió en incumplimiento alguno, y que el procedimiento de evaluación de la Cuarta Solicitud de Renovación se realizó de forma correcta, al amparo de la metodología que legal y reglamentariamente correspondía.

# TELEFÓNICA DEL PERÚ vs MTC

Caso Arbitral N° 0794-2019-CCL

**Cruzar la luz roja de un semáforo, también ingresaba? Veamos que dijo el Tribunal**

*“¿cómo entender el literal (v), que remite, en general, a la obligación de Telefónica de “prestar sus servicios públicos de telecomunicaciones llevando sus negocios conforme a las leyes del Perú? (énfasis agregado) ¿Implica el sentido de incorporar en la evaluación del cumplimiento de todas y de cada una de las leyes del Perú? ¿O se restringe a la normativa sobre telecomunicaciones? **En opinión de este colegiado, la incorporación de un literal con un texto tan amplio y general, junto con textos específicamente referidos a aspectos de los propios Contratos de Concesión, debe ser entendida a la luz del canon ejusdem generis, en el sentido que el literal (v) es “más de lo mismo” (normativa de telecomunicaciones) y no simplemente “más” (normativa que puede incluir aspectos tributarios, penales o civiles). En ese sentido, no cabe remitir a toda la legislación peruana, sino tan solo a la normativa de telecomunicaciones, razón por la cual, pese a haber sido redactada en términos amplios y generales, en aplicación del canon ejusdem generis, la cláusula se entiende en el sentido que las partes han querido referirse a “más de lo mismo”, esto es, a otras obligaciones específicamente referidas a telecomunicaciones.”** (el resaltado es nuestro)*

# TELEFÓNICA DEL PERÚ vs MTC

Caso Arbitral N° 0794-2019-CCL

## POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

- Los contratos de concesión son contratos-ley, que garantizan estabilidad y prohíben la modificación unilateral por el Estado, incluso vía reglamentos. Si originariamente le reconoció ciertos derechos a Telefónica a través de contratos-ley, el Estado peruano no puede alterarlos por una decisión unilateral; es decir, el Estado no puede, por vía reglamentaria, desdecirse de aquello a que se obligó por contrato-ley.
- La renovación contractual debe seguir la metodología pactada, centrada en la evaluación global del cumplimiento, no en un sistema sancionador de incumplimientos.
- El DS 036-2010 introduce una metodología distinta (cuantitativa y basada en incumplimientos), incompatible con el modelo contractual.
- La aplicación de dicha metodología por el MTC altera indirectamente el contrato, vulnerando el principio de estabilidad jurídica.
- Toda evaluación de renovación debe respetar estrictamente las reglas contractuales, sin desnaturalizar su lógica.

# **CONTRATOS FINANCIAMIENTO FITEL Y CONTRATOS APP.**

# GILAT TO HOME PERÚ S.A. vs MTC y PRONATEL

- GTH suscribió contrato de concesión (teléfonos públicos) y contratos de financiamiento (FITEL) para diversos proyectos de telefonía pública rural.
- Expansión del servicio móvil, a nivel nacional. Tendiente decreciente del uso del servicio de telefonía pública. Bajo tráfico.
- GTH explicó que debido a los avances tecnológicos evidenciados en el mercado de telecomunicaciones y a la promulgación de normas destinadas a promover la expansión de la telefonía móvil en zonas rurales, y siendo la telefonía móvil un sustituto de los teléfonos públicos, se generó un impacto en los proyectos rurales de FITEL. De acuerdo con GTH esto afectó «el equilibrio económico financiero del Contrato de Concesión y de los Contratos de Financiamiento».
- Negativa del Estado priorizando **continuidad del servicio**.
- El reclamo en el proceso arbitral está referido a aquellos teléfonos cuyo tráfico era menor al que se requería para cubrir los costos por mantenerlos operativos y, en un escenario subordinado, a aquellos teléfonos en los que había un tráfico inferior a cinco (5) minutos diarios dentro de un periodo continuo de tres (3) meses. Siendo el periodo de análisis para la pretensión indemnizatoria el que desde el mes de abril del 2015 al 4 de noviembre del 2019.

## GILAT TO HOME PERÚ S.A. vs MTC y PRONATEL

- De lo anterior, para el Tribunal Arbitral es claro que la continuidad, como atributo del servicio público de telecomunicaciones, no se relaciona con la inmutabilidad del CONTRATO, como han argumentado las demandadas, sino con el funcionamiento eficiente del servicio y las discontinuidades (interrupciones) que son aceptables en su prestación efectiva. (...) el Tribunal Arbitral considera que, si bien un principio básico o rasgo distintivo de los servicios públicos es la continuidad, ello no implica una imposibilidad de modificar los contratos de concesión en el transcurso de su duración.
- Como explica TAWIL: *“Quienes adoptan tal posición parecen olvidar que en acuerdos a largo plazo (...) no resulta posible prever los distintos fenómenos que a futuro sufrirá la vida del contrato (nuevas necesidades a cubrir, modificaciones en los criterios de calidad o cobertura del servicio, inflación inesperada, indebida interferencia política o regulatoria, etc.). El servicio público es —como se ha reconocido desde antaño y sin escandalizarse indebidamente en el derecho francés— esencialmente mutable y, mas aún, en tiempos como los actuales, dominados por la innovación tecnológica y la creciente consagración —por cierto positiva— de mayores derechos individuales. Por ello, la adecuación de los contratos en tales circunstancias no solo resulta inevitable sino imprescindible para proteger el servicio público»*

## POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

- Los contratos de concesión y financiamiento son contratos estatales interrelacionados, sujetos a un régimen mixto (derecho público + privado).
- Existe conexión funcional entre el Contrato de Concesión y los contratos FITEL, por lo que deben interpretarse de manera conjunta.
- La buena fe cumple una función integradora: genera deberes implícitos, como el deber de renegociación ante cambios sobrevinientes.
- Se acredita un desequilibrio económico-financiero por factores no imputables, que exigían la adaptación del contrato. El MTC y PRONATEL incumplieron al negarse a renegociar, vulnerando la buena fe y agravando el daño.
- El daño indemnizable se limita al daño emergente probado, excluyendo conceptos no acreditados (financiamiento).

# VIETTEL PERÚ S.A.C. vs MTC

## (Banda 900 Mhz – Proceso de migración/Fideicomiso)

### POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

- El proceso culminó por cumplimiento contractual (plazo y condiciones); el oficio del MTC es solo declarativo.
- Las obligaciones de VIETTEL eran limitadas y temporales (costos de migración de los que se encontraban en esa Banda hacia la Banda 300 Mhz), por lo que se extinguieron automáticamente al concluir el proceso de migración.
- No pueden incorporarse obligaciones ajenas o posteriores (caso FAP) para extender responsabilidades ya terminadas.
- La carta fianza sigue vigente, pero no puede ejecutarse por obligaciones ya extinguidas.
- No hay efectos automáticos sobre el fideicomiso ni traslado de costos, por falta de sustento contractual.

# **AZTECA COMUNICACIONES PERÚ S.A.C. vs MTC**

## **(Abengoa Transmisión Norte SAC – Penalidad 960 UITs)**

### **POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL**

- El contrato de concesión vincula plenamente a las partes; AZTECA asumió sus obligaciones con conocimiento de sus términos.
- El retraso en la Cuarta Entrega es un hecho reconocido y no se justifica por incumplimientos de terceros, ya que el concesionario responde por ellos.
- La penalidad fue impuesta conforme al contrato y al procedimiento pactado, siendo válida y eficaz.
- La cláusula penal opera como liquidación anticipada de daños, por lo que no requiere acreditar perjuicio ni configura excesiva onerosidad.
- No se acreditan supuestos que justifiquen la reducción de la penalidad ni la inaplicación de precedentes arbitrales distintos.

# **PROYECTOS EN ACTIVOS: EL ESTADO NO ASUME NINGUN RIESGO.**

# REDES ANDINAS DE COMUNICACIONES S.R.L. vs PRONATEL Y MTC

**TRIBUNAL:** *“Otro punto debatido de la máxima relevancia es la tercera cuestión: si Redes tenía obligación de adquirir la propiedad de los terrenos y, en caso afirmativo, la cuarta cuestión, cuándo se produce la transmisión de la propiedad de bienes inmuebles en el Derecho peruano.*

*No hay duda alguna de que Redes tenía obligación de comprar los terrenos y tampoco hay discusión sobre el hecho de que precisamente la problemática derivada de las dificultades de adquisición de los terrenos es la que causó los retrasos en el Proyecto.”*

**REDES:** *“De acuerdo a esta norma, respecto a la propiedad en nuestro sistema jurídico se puede afirmar que ésta se adquiere por el solo consentimiento de las partes contratantes (adquirente y transferente), y no necesariamente se exige la entrega de posesión del bien, menos aún su inscripción en el Registro Público”*

**PRONATEL:** *“que exista un contrato y que la transmisión de la propiedad se perfeccione mediante la inscripción del derecho del adquirente en el registro público”*

**TRIBUNAL:** *“En suma, concluimos que la transmisión de la propiedad de inmuebles en el Derecho peruano vigente se produce por el simple consentimiento. La inscripción registral mejora la protección del propietario, pero no es elemento constitutivo de la propiedad.”*

# REDES ANDINAS DE COMUNICACIONES S.R.L. vs PRONATEL Y MTC

Caso Arbitral N° 24472/JPA  
(TUMBES – PIURA)

## POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

- El eje es la imputabilidad del retraso, no su existencia.
- PRONATEL incurre en actos propios al cambiar su criterio sobre causas no imputables (teoría de los hechos propios).
- Se acredita trato desigual frente a proyectos similares.
- Redes actuó con diligencia; PRONATEL incumplió su deber de evaluación.
- Adquisición ≠ saneamiento: este último era posterior y no exigible
  - Las dificultades prediales son riesgos no imputables.
- La resolución es inválida y las garantías, penalidades y liquidación son improcedentes.
- Se reconoce entrega parcial y saldo a favor de Redes.

## COMENTARIO

- Se desnaturaliza la asignación de riesgos propia de los Proyectos en Activos.
- La distribución de riesgos es ex ante y no puede reinterpretarse en ejecución.
- La Ley 32441 prohíbe trasladar riesgos al Estado sin habilitación expresa.
- El Tribunal, en la práctica, traslada el riesgo predial al Estado.
- Se vulnera el principio de fuerza obligatoria del contrato (arts. 1356 y 1361 CC).
- La buena fe (art. 1362 CC) no permite reequilibrar el contrato.
- El saneamiento como riesgo no imputable vacía la obligación asumida.
- El Tribunal no interpreta: reestructura la matriz de riesgos.

# REDES ANDINAS DE COMUNICACIONES S.R.L. vs PRONATEL y MTC

## POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

- El eje del caso es la imputabilidad del riesgo.
- Redes no asumió todos los riesgos, solo los imputables a su conducta.
- Saneamiento ≠ adquisición: no era requisito ni obligación exigible al momento de la resolución.
- PRONATEL incurre en actos propios (reconoce causas no imputables y luego las contradice). Teoría de los hechos propios.
- Se acredita una problemática estructural común en otros proyectos.
- Resolución contractual inválida: no se configuró incumplimiento imputable a Redes
- La ejecución de garantías, penalidades y liquidación contractual resultan improcedentes, generando restituciones a favor de Redes.

## COMENTARIO

- El Tribunal altera la matriz de riesgos bajo un análisis de imputabilidad.
- Separa riesgo y consecuencias, vaciando la obligación de saneamiento asumida por el concesionario.
- En la práctica, traslada el impacto del riesgo al Estado, contrariando la lógica ex ante de los Proyectos en Activos.
- No existe base contractual ni habilitación legal (Ley 32441) para dicha redistribución.
- Se vulnera la fuerza obligatoria del contrato y la voluntad de las partes (arts. 1356, 1361 y 1362 CC).
- La buena fe (art. 1362 CC) no permite reequilibrar el contrato.
  - Es decir, se afecta el equilibrio económico-financiero del contrato.

# LECCIONES APRENDIDAS

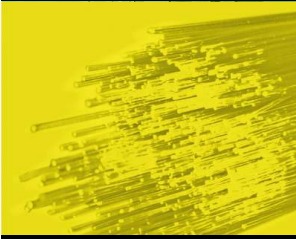
- Contratos APP y Proyectos en Activos: Se recomienda el uso preferente de Contratos APP por la mayor seguridad que proporcionan a las partes contratantes.
- Al ser contratos de largo plazo, la rotación de los funcionarios a cargo en la etapa de ejecución, incrementa el riesgo de pérdida de la “memoria” institucional, agravando los riesgos para el Estado.
- La teoría de los hechos propios, debe ser internalizada a nivel de todas las instancias del Estado, y la forma de salvaguardar sus efectos.
- Al tratarse de contratos en un sector altamente tecnológico, el riesgo de rápida obsolescencia y daño en el equipamiento, es exponencialmente mas alto que en cualquier otro sector.
- Las controversias en materia de Telecomunicaciones, deben ser vistas en forma exclusiva en procesos arbitrales, ya que su nivel de complejidad y materia tecnológica dinámica, hace muy difícil que sean vistos en procesos judiciales.



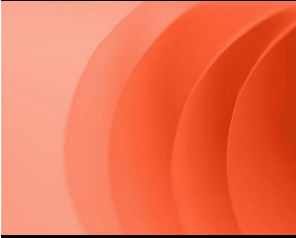
**Virginia Nakagawa**  
**virginia@kaitekiregulacion.pe**  
**Cel +(51) 938192653**  
**www.kaiteregulacion.pe**



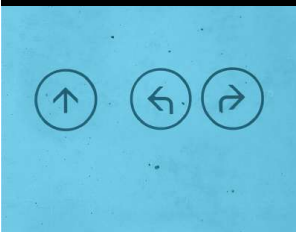
INFRAESTRUCTURA



TMT



DERECHO  
ADMINISTRATIVO



ARBITRAJE/SOLUCIÓN  
DE CONFLICTOS



CONSULTORÍA  
ECONÓMICA