

UNIVERSIDAD ESAN

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DERECHO CORPORATIVO**



Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título Profesional de Abogada

Informe sobre el Expediente N° 013-2018-CCO-ST/CI

Autora:

Jimena María Meza Contreras

Código de la alumna:

14100003

Asesor:

Carlos González Palacios

Lima, 2021

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke at the bottom.

RESUMEN

El presente informe tiene como objeto efectuar un análisis del Expediente N° 013-2018-CCO-ST/CI, referido a una controversia derivada de una relación de compartición de infraestructura eléctrica existente entre una empresa operadora de telecomunicaciones y una empresa concesionaria de energía eléctrica, con relación a la contraprestación periódica que corresponde pagarse en el marco de dicha relación, por un presunto pago que excede el precio máximo previsto reglamentariamente. El debate jurídico se centra en determinar si existió ese pago en exceso atendiendo a la interpretación de una disposición reglamentaria que sirve para determinar la referida contraprestación, la cual dio lugar a que ambas instancias de los órganos de solución de controversias del OSIPTEL obtengan resultados interpretativos distintos. Asimismo, otro punto central consiste en determinar si corresponde ordenar la devolución de lo pagado en exceso y si es posible disponer la devolución de un monto superior a lo solicitado en la reclamación, para lo cual se recurren a las disposiciones del ordenamiento civil y procesal civil. Finalmente, el aspecto procedimental también es parte importante del expediente, pues la reclamada interpone una excepción de convenio arbitral ante la autoridad administrativa que amerita un análisis considerando las disposiciones que regulan el arbitraje en el Perú.

Palabras clave: Procedimiento administrativo trilateral, excepción de convenio arbitral, arbitrabilidad, contrato de compartición de infraestructura eléctrica, pago indebido y principio de congruencia.

ABSTRACT

The purpose of this report is to carry out an analysis of File N° 013-2018-CCO-ST/CI, referring to a controversy derived from an existing electrical infrastructure sharing relationship between a telecommunications company and an electric power concessionaire, in relation to the periodic consideration that corresponds to be paid within the framework of that relationship, for an alleged payment that exceeds the maximum price established by regulation. The legal debate focuses on determining whether there was such an overpayment based on the interpretation of a regulatory provision that serves to determine the aforementioned consideration, which resulted in both instances of OSIPTEL's dispute settlement bodies obtaining different interpretative results. Likewise, another central point is to determine if it corresponds to order the return of the excess paid and if it is possible to order the return of an amount greater than the requested in the claim, for which the provisions of the civil and civil procedural law are used. Finally, the procedural aspect is also an important matter, since the respondent presented an exception of arbitration agreement that merits an analysis considering the provisions that regulate arbitration in Peru.

Key words: Trilateral administrative procedure, exception of arbitration agreement, arbitrability, electrical infrastructure sharing contract, improper payment and congruence principle.

ÍNDICE

RESUMEN.....	1
ABSTRACT.....	2
1. INTRODUCCIÓN.....	6
2. IDENTIFICACIÓN DE LAS ÁREAS DEL DERECHO SOBRE LAS QUE VERSA EL EXPEDIENTE N° 013-2018-CCO-ST/CI	7
3. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DEL EXPEDIENTE.....	8
4. ANTECEDENTES DE LA CONTROVERSIA	9
4.1. Reclamación.....	10
4.2. Contestación de la reclamación.....	11
4.3. Contestación de la excepción de convenio arbitral	12
4.4. Resolución del Cuerpo Colegiado Ad Hoc N° 004-2019-CCO/OSIPTTEL, que resuelve la excepción de convenio arbitral.....	13
4.5. Recurso de apelación interpuesto por SEAL contra la Resolución N° 004-2019-CCO/OSIPTTEL	14
4.6. Absolución de AZTECA del recurso de apelación	14
4.7. Resolución del Tribunal de Solución de Controversias N° 007-2019-TSC/OSIPTTEL	15
4.8. Resolución del Cuerpo Colegiado Ad Hoc N° 015-2019-CCO/OSIPTTEL, que resuelve el fondo de la controversia	16
4.9. Recurso de apelación interpuesto por AZTECA contra la Resolución N° 015-2019-CCO/OSIPTTEL	18
4.10. Absolución de SEAL del recurso de apelación.....	19
4.11. Resolución del Tribunal de Solución de Controversias N° 006-2020-TSC/OSIPTTEL, que resuelve el recurso de apelación.....	19
5. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	21
5.1. ¿La autoridad administrativa debió evaluar la arbitrabilidad de la materia controvertida a efectos de resolver la excepción de convenio arbitral?	21
5.2. ¿La materia controvertida es materia arbitrable susceptible de ser resuelta por el tribunal arbitral?	22
5.3. ¿Es posible trascender del texto de la norma al interpretar y determinar el valor que el Reglamento de la Ley de Banda Ancha otorgó al denominador “Na”?.....	23
5.4. ¿El pago en exceso por concepto de contraprestación periódica configura un supuesto de pago indebido conforme al Código Civil?	24

5.5. Considerando los alcances del principio de congruencia, ¿es posible devolver un importe que excede lo solicitado por AZTECA en su petitorio?.....	24
6. MARCO TEÓRICO Y ANÁLISIS SOBRE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS.....	25
6.1. Determinar si la autoridad administrativa debió evaluar la arbitrabilidad de la materia controvertida a efectos de resolver la excepción de convenio arbitral....	25
6.1.1. El convenio arbitral: efectos, validez y alcances	25
6.1.2. La excepción de convenio arbitral.....	27
6.1.3. El principio <i>Kompetenz-Kompetenz</i> y su efecto negativo	29
6.1.4. La nulidad manifiesta del convenio arbitral	31
6.1.5. El arbitraje como mecanismo de solución de controversias reconocido por el OSIPTEL	33
6.1.6. La excepción de convenio arbitral en procedimientos administrativos trilaterales	34
6.2. Determinar si la materia controvertida es materia arbitrable susceptible de ser resuelta por el tribunal arbitral	35
6.2.1. La arbitrabilidad objetiva.....	35
6.2.2. La arbitrabilidad y el orden público	37
6.2.3. Marco normativo sobre la contraprestación por acceso y uso compartido de infraestructura de energía eléctrica e hidrocarburos.....	39
6.2.4. La competencia del OSIPTEL para el ejercicio de su función de solución de controversias en materia de acceso y uso compartido de infraestructura.....	41
6.3. Determinar si es posible trascender del texto de la norma al interpretar y determinar el valor que el Reglamento de la Ley de Banda Ancha otorgó al denominador “Na”	44
6.3.1. La interpretación jurídica.....	44
6.3.2. La fórmula de la Metodología para la determinación de la contraprestación periódica por concepto de acceso y uso compartido de infraestructura	50
6.4. Determinar si el pago en exceso por concepto de contraprestación periódica configura un supuesto de pago indebido conforme al Código Civil.....	51
6.4.1. El pago indebido y sus requisitos	51
6.4.2. Supuestos de pago indebido	53
6.4.3. El error como presupuesto del pago indebido	55
6.5. Determinar si es posible devolver un importe que excede lo solicitado por AZTECA en su petitorio, considerando los alcances del principio de congruencia	56

6.5.1. El principio de congruencia y su flexibilización	56
6.5.2. El principio de congruencia en el procedimiento administrativo trilateral.....	60
7. POSICIÓN PERSONAL FUNDAMENTADA SOBRE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS.....	62
7.1. Determinar si la autoridad administrativa debió evaluar la arbitrabilidad de la materia controvertida a efectos de resolver la excepción de convenio arbitral.....	63
7.2. Determinar si la materia controvertida es materia arbitrable susceptible de ser resuelta por el tribunal arbitral.....	69
7.3. Determinar si es posible trascender del texto de la norma al interpretar y determinar el valor que el Reglamento de la Ley de Banda Ancha otorgó al denominador “Na”	81
7.4. Determinar si el pago en exceso por concepto de contraprestación periódica configura un supuesto de pago indebido conforme al Código Civil	93
7.5. Determinar si es posible devolver un importe que excede lo solicitado por AZTECA en su petitorio, considerando los alcances del principio de congruencia	98
8. VALORACIÓN JURÍDICA PERSONAL SOBRE CÓMO LA AUTORIDAD COMPETENTE RESOLVIÓ LOS PROBLEMAS JURÍDICOS.....	103
8.1. Sobre el análisis de arbitrabilidad efectuado al resolver la excepción de convenio arbitral y la apelación respectiva.....	103
8.2. Sobre la declaración de no arbitrabilidad de la materia controvertida.....	107
8.3. Sobre la labor de interpretación efectuada por las instancias de solución de controversias	109
8.4. Sobre la decisión de la autoridad administrativa de ordenar de la devolución de lo pagado en exceso.....	113
8.5. Sobre la decisión del TSC y el voto en discordia sobre la flexibilización del principio de congruencia	114
9. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	115
10. REFERENCIAS.....	118

1. INTRODUCCIÓN

La Banda Ancha es uno de los elementos dinamizadores del desarrollo social y económico del país, que coadyuva a su transformación hacia una sociedad de la información y el conocimiento, así como al ejercicio de derechos fundamentales como el derecho a la libertad de expresión, el derecho a la información, así como al acceso a la salud, educación, trabajo, seguridad, entre otros, a través del acceso a internet a altas velocidades.

Bajo este contexto, el 20 de julio de 2012 se publicó la Ley N° 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (en adelante, Ley de Banda Ancha), con el propósito de impulsar el desarrollo, utilización y masificación de la Banda Ancha en todo el territorio nacional. Para ello, declaró de necesidad pública e interés nacional la construcción de una Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (en adelante, RDNFO), así como el acceso y uso compartido de la infraestructura asociada a la prestación de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, a fin de facilitar el despliegue de las redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de Banda Ancha fija y/o móvil.

En el marco de este régimen de compartición de infraestructura establecido por la Ley de Banda Ancha, surgió la controversia seguida bajo el Expediente N° 013-2018-CCO-ST/CI, entre Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. (en adelante, AZTECA), empresa operadora de telecomunicaciones y concesionaria del proyecto de la RDNFO, y Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A. (en adelante, SEAL), empresa concesionaria de energía eléctrica, las cuales habían suscrito un contrato de compartición de infraestructura, a fin de que SEAL arriende sus estructuras eléctricas a AZTECA para el despliegue de sus redes de telecomunicaciones.

En el caso particular, la controversia inició con la reclamación de AZTECA ante el órgano de solución de controversias de primera instancia del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL, mediante la cual solicitó como pretensión principal que declare que la contraprestación exigida en el marco de su relación contractual de compartición de infraestructura excede la máxima retribución legalmente permitida y que, por tanto, como pretensión accesoria, se ordene a SEAL la devolución de lo pagado en exceso.

En este contexto, el presente informe incluye el análisis de la Resolución del Cuerpo Colegiado Ad Hoc N° 004-2019-CCO/OSIPTEL y la Resolución del Tribunal de Solución de

Controversias N° 007-2019-TSC/OSIPTEL, que resuelven, respectivamente, la excepción de convenio arbitral interpuesta por SEAL y el recurso de apelación interpuesto por AZTECA contra la decisión de primera instancia de declarar infundada dicha excepción.

De igual manera, incluye el análisis de la Resolución del Cuerpo Colegiado N° 015-2019-CCO/OSIPTEL y la Resolución del Tribunal de Solución de Controversias N° 006-2020-TSC/OSIPTEL, que resuelven el fondo de la controversia, pronunciándose de manera discordante sobre el valor asignado normativamente a uno de los componentes de la fórmula metodológica para la determinación de la contraprestación exigible por acceso y uso compartido de infraestructura, así como sobre el importe que corresponde a SEAL devolver a AZTECA por pago en exceso.

Asimismo, es importante mencionar que la resolución del Tribunal de Solución de Controversias (en adelante, TSC) contiene un voto en discordia sobre el importe que correspondería devolver a AZTECA, puesto que uno de sus miembros difiere sobre la aplicación de un principio procesal de congruencia, lo cual también será materia de análisis en el presente informe.

En ese sentido, el expediente sobre el que versa este informe permite el análisis de diferentes problemas jurídicos correspondientes a distintas áreas del Derecho en el marco de una controversia de actualidad.

2. IDENTIFICACIÓN DE LAS ÁREAS DEL DERECHO SOBRE LAS QUE VERSA EL EXPEDIENTE N° 013-2018-CCO-ST/CI

Una de las discusiones centrales en este expediente consistió en la interpretación de una disposición contenida en el marco regulatorio imperativo del sector de telecomunicaciones, en particular, en el Reglamento de la Ley N° 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2013-MTC (en adelante, Reglamento de la Ley de Banda Ancha).

Asimismo, otro punto controvertido tiene relación con la pretensión accesoria de AZTECA mediante la cual solicitó la devolución de lo pagado en exceso por contraprestación de acceso y uso compartido de infraestructura, cuyo análisis puede efectuarse a partir de las disposiciones

del Código Civil. Por otro lado, a nivel procedimental y como parte de su defensa, la reclamada interpuso una excepción de convenio arbitral, cuestionando la competencia de los órganos del OSIPTEL para resolver la controversia.

A partir de lo anterior, se advierte que el expediente materia de este informe permite el análisis de áreas del Derecho como Derecho Administrativo, Arbitraje y Derecho Civil.

3. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DEL EXPEDIENTE

El expediente tiene un alto grado de complejidad y de interés jurídico, abarcando distintas áreas del Derecho y un tema de actualidad.

La resolución de la controversia exigió que la autoridad administrativa interprete las disposiciones contenidas en el Reglamento de la Ley de Banda Ancha, tras lo cual, ambas instancias de solución de controversias del OSIPTEL efectuaron interpretaciones distintas sobre una misma disposición contenida en la referida norma de carácter imperativo. En tal sentido, la controversia del expediente implica aplicar los métodos de interpretación jurídica e identificar si las diferentes interpretaciones efectuadas por la autoridad administrativa se encuentran conforme a derecho.

Asimismo, la excepción de convenio arbitral interpuesta por la reclamada permite efectuar un análisis que alcanza no solo al área del Arbitraje, lo que permite profundizar en esta materia, como es la interposición de dicha excepción en procedimientos administrativos trilaterales, toda vez que constituye un tema que no sido suficientemente abarcado por la jurisprudencia administrativa.

Adicionalmente, el expediente elegido permite también el examen de la aplicación de principios propios del procedimiento administrativo, como el principio de verdad material; un principio procesal como el principio de congruencia; así como principios de la función arbitral, como el principio *Kompetenz-Kompetenz*.

Finalmente, se debe mencionar que el expediente contiene dos resoluciones contradictorias entre sí, siendo que la segunda instancia administrativa revocó la decisión final del órgano colegiado de primera instancia del OSIPTEL. Asimismo, en la resolución emitida por el órgano

de segunda instancia existe un voto en discordia con relación a la pretensión accesoria a la pretensión principal contenida en la reclamación y vinculada a la aplicación del principio de congruencia en el procedimiento administrativo. Adicionalmente, cabe señalar que, si bien la resolución emitida por el órgano de primera instancia sobre la excepción de convenio arbitral fue confirmada por el superior jerárquico, este último la confirmó modificando sus argumentos. Todo lo anterior da lugar a diversos problemas jurídicos en las ramas del Derecho antes mencionadas.

4. ANTECEDENTES DE LA CONTROVERSIA

Como se adelantó, el 20 de julio de 2012 se publicó la Ley de Banda Ancha. Posteriormente, el 4 de noviembre de 2013 se publicó el Reglamento de la Ley de Banda Ancha, en cuyo Anexo 1 se estableció la “Metodología para la Determinación de las Contraprestaciones por el Acceso y Uso de la Infraestructura de los Concesionarios de Servicios Públicos de Energía Eléctrica e Hidrocarburos” (en adelante, la Metodología).

El 17 de junio de 2014, AZTECA y el Estado Peruano celebraron el “Contrato de Concesión para el diseño, financiamiento, despliegue, operación y mantenimiento del Proyecto Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica: Cobertura Universal Norte, Cobertura Universal Sur y Cobertura Universal Centro” (en adelante, Contrato de Concesión). Dicho proyecto consistió en desplegar 13,500 km. de red de fibra óptica a fin de proveer servicios de banda ancha de grandes capacidades y alta velocidad en todo el país.

El 1 de julio de 2015, las empresas AZTECA y SEAL suscribieron el “Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica – Compartición de Infraestructura Eléctrica” (en adelante, Contrato de Compartición), mediante el cual las partes acordaron las condiciones de acceso y uso de infraestructura eléctrica de titularidad de SEAL a favor de AZTECA, bajo el marco de la Ley de Banda Ancha y su Reglamento, de manera que AZTECA pueda cumplir con sus obligaciones asumidas en su Contrato de Concesión.

Mediante Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 5 de agosto de 2017, se modificaron los valores de las variables “m” y “f” de la fórmula de la Metodología.

Posteriormente, mediante Resolución N° 134-2018-CD/OSIPTTEL del 8 de junio de 2018, el Consejo Directivo del OSIPTTEL aprobó el mandato de compartición de infraestructura entre AZTECA y SEAL (en adelante, Mandato de Compartición) que modificó el valor de la contraprestación por acceso y uso de infraestructura eléctrica del Contrato de Compartición.

4.1. RECLAMACIÓN

El 15 de octubre de 2018, AZTECA presentó una reclamación ante el Cuerpo Colegiado Ad Hoc del OSIPTTEL (en adelante, CCO) contra SEAL por discrepancias en la ejecución del Contrato de Compartición, en particular, sobre el cálculo de la contraprestación periódica por acceso y uso de infraestructura eléctrica, alegando que desde el inicio de la relación contractual SEAL le habría exigido el pago de una contraprestación al menos tres (3) veces superior al máximo que puede cobrarse de acuerdo con lo establecido en la Ley de Banda Ancha y su Reglamento. En ese sentido, AZTECA planteó las siguientes pretensiones:

- (i) **Pretensión principal:** Se declare que la contraprestación exigida por SEAL a AZTECA por el uso compartido de su infraestructura en el marco de su relación de compartición excede la máxima retribución legalmente permitida.

Ello, toda vez que dicho monto fue calculado aplicando erróneamente la fórmula de la Metodología, puesto que se le atribuyó un valor igual a uno (1) al denominador “Na” (número de arrendatarios) cuando dicha variable en todos los casos tiene un valor igual a tres (3), como lo ha reconocido el Consejo Directivo a través de su Mandato.

- (ii) **Pretensión accesoria de la pretensión principal:** Se ordene a SEAL la devolución de un monto ascendente a US\$ 515,797.17 que corresponde a lo pagado en exceso por AZTECA por uso compartido de infraestructura desde la suscripción del Contrato de Compartición hasta la fecha de la emisión del Mandato de Compartición o, en su defecto, se ordene que este monto se compense con los montos consignados en las facturas que emitió o emitirá SEAL a AZTECA por el uso de su infraestructura.

Ello, toda vez que obtener la devolución o la compensación de todo lo pagado en exceso constituye un derecho de AZTECA, en tanto cualquier cobro como contraprestación por encima del máximo legal constituye una ganancia ilegal para SEAL, pues obedece a una vulneración del marco normativo imperativo.

Los principales argumentos de AZTECA fueron los siguientes:

- (i) Con el Informe N° 292-2017-MTC/26 del 4 de agosto de 2017, que sustentó la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, AZTECA se percató que estaba realizando pagos por encima del precio máximo reglamentario. Por tanto, solicitó a SEAL la adecuación de la contraprestación, la cual no aceptó ajustarla. Por ello, tras la solicitud de AZTECA, el Consejo Directivo aprobó el Mandato de Participación, reconociendo que el valor del “Na” previsto en la Metodología (vigente desde la emisión del Reglamento de la Ley de Banda Ancha) es igual a tres (3).
- (ii) Las partes no pueden pactar una contraprestación por el uso compartido de la infraestructura eléctrica por encima del tope regulatorio, el cual es determinado aplicando la Metodología vigente desde la emisión del Reglamento.
- (iii) La Metodología señala que la contraprestación viene dada por aplicación de una fórmula que tiene entre sus variables el factor “B”, calculándose como “ $1/Na$ ”, donde “Na” representa el número de arrendatarios. No se precisa exactamente qué debe entenderse por número de arrendatarios; no obstante, del razonamiento económico de la fórmula se concluye que el valor del denominador “Na” es igual a tres (3).
- (iv) El Informe N° 292-2017-MTC/26 desarrolló el razonamiento económico de la fórmula metodológica, evidenciándose que el valor del “Na” siempre fue igual a tres (3).
- (v) Del Informe N° 251-2013-MTC/26 del 17 de octubre de 2013, que sustentó la propuesta del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, se advierte que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC) asumió que la infraestructura eléctrica que podía ser compartida podía alojar tres (3) cables de fibra óptica, es decir, la Metodología fue formulada sobre la premisa de la existencia de tres (3) cables, por lo que el denominador “Na” debe ser necesariamente igual a tres (3).
- (vi) Cada arrendatario debe pagar solo los costos de operación y mantenimiento adicionales que genere soportar un cable de fibra óptica. Por tanto, un valor distinto a tres (3) determinaría que AZTECA asuma costos que no genera.

4.2. CONTESTACIÓN DE LA RECLAMACIÓN

El 3 de diciembre de 2018, SEAL contestó la reclamación de AZTECA solicitando que esta sea declarada improcedente y/o infundada, atendiendo a los siguientes fundamentos:

- (i) **Sobre el convenio arbitral - Excepción:** Las partes pactaron en el Contrato de Compartición que cualquier controversia que surja a raíz de este o relacionada a este será resuelta en trato directo y, de no llegar a un acuerdo, mediante un arbitraje de derecho. En ese sentido, el OSIPTEL no puede asumir competencia para pronunciarse sobre la controversia, dado que ello vulneraría el convenio arbitral y el principio *Kompetenz-Kompetenz*, al negar la competencia de un árbitro para dirimir esta.
- (ii) La metodología pactada para determinar la contraprestación se adecúa al marco normativo vigente, no existiendo ilegalidad que involucre modificación contractual, pues existe referencia expresa en el Contrato de Compartición al Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha.
- (iii) El MTC estableció que el factor “Na” es el “número de arrendatarios” y no existe criterio de interpretación o norma que disponga que este es igual a tres (3) o que sea un número predefinido. Además, el OSIPTEL no tiene competencia para regular la Metodología.
- (iv) La variable “B” de la fórmula metodológica consiste en un factor de distribución solo entre los arrendatarios. Solo puede atribuirse la denominación de “arrendatarios” a los que efectivamente tienen esa condición, pues responde a una situación jurídica concreta.

4.3. CONTESTACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE CONVENIO ARBITRAL

El 17 de diciembre 2018, AZTECA contestó la excepción de incompetencia, solicitando que el CCO reafirme su competencia para emitir un pronunciamiento sobre la controversia, atendiendo a los siguientes argumentos:

- (i) La naturaleza de la controversia es regulatoria, pues atañe a una materia destinada a la protección de un interés público, en tanto versa sobre la aplicación de normas imperativas vinculadas a la contraprestación por uso compartido de infraestructura para la operación de la RDNFO, declarado de necesidad pública e interés nacional por la Ley de Banda Ancha.
- (ii) El OSIPTEL está facultado para conocer las discrepancias por acceso y uso compartido de infraestructura, contando con competencia exclusiva para pronunciarse sobre la reclamación, pues se está ante una controversia sobre materia regulada y existe una afectación en la operación de la RDNFO como resultado de exigir una retribución superior al máximo legal.

- (iii) La sola existencia de un pacto arbitral no genera que cualquier materia pueda ser conocida por un Tribunal Arbitral. La cláusula arbitral del Contrato de Participación no es aplicable, pues no se está ante una materia de libre disponibilidad de las partes para acordar, dado que la contraprestación está limitada por un máximo legal. Es decir, no se trata de una materia arbitrable, sino de una materia de competencia exclusiva del CCO.
- (iv) La contraprestación fijada en el Contrato de Participación no fue determinada en aplicación correcta de la Metodología, pues el valor correcto del denominador “Na” es 3 y no 1, como se ha venido asumiendo. No puede permitirse que un error en la aplicación de la Metodología sea exigible para las partes solo porque así fue pactado inicialmente o porque AZTECA no formuló observación sobre las facturas emitidas por SEAL.

El 20 de diciembre 2018, el CCO requirió a las partes precisar si existe un proceso arbitral en trámite entre ambas empresas que verse sobre alguna materia vinculada con la controversia. En atención a ello, el 4 de enero de 2019 SEAL indicó que la excepción de convenio arbitral puede ser formulada antes de iniciado el arbitraje y es amparada por el solo mérito de la existencia del convenio arbitral, lo que significa que no es necesario que exista un proceso arbitral en trámite. Asimismo, resaltó que, de acuerdo con el principio *Kompetenz-Kompetenz*, el Tribunal Arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia sin intervención de ninguna autoridad administrativa o judicial ordinaria.

Por su parte, el 7 de enero de 2019, AZTECA señaló que no existe un proceso arbitral entre AZTECA y SEAL que verse sobre alguna materia vinculada a la controversia iniciada en el procedimiento.

4.4. RESOLUCIÓN DEL CUERPO COLEGIADO AD HOC N° 004-2019-CCO/OSIPTEL, QUE RESUELVE LA EXCEPCIÓN DE CONVENIO ARBITRAL

El 14 de enero de 2019, el CCO resolvió declarar infundada la excepción de convenio arbitral deducida por SEAL, atendiendo a los siguientes argumentos:

- (i) La controversia versa sobre el cálculo de la contraprestación periódica para el acceso y uso compartido de infraestructura eléctrica de SEAL. El CCO reconoce la naturaleza regulatoria de las contraprestaciones generadas por la relación de participación bajo el alcance de la Ley de Banda Ancha, dado que dicha relación involucra un interés público.

En tal sentido, el objeto de la controversia no constituye materia de libre disposición de las partes, por lo que no es factible de ser sometido a un arbitraje. Siendo así, el convenio arbitral invocado por SEAL no es aplicable al procedimiento.

- (ii) Considerando que el principio *Kompetenz-Kompetenz* reconoce al Tribunal Arbitral la competencia para decidir sobre su propia competencia cuando esta ha sido cuestionada en el arbitraje, la tramitación del expediente no lo contraviene, dado que el objeto de la controversia no ha sido sometido a conocimiento de un Tribunal Arbitral.

4.5. RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR SEAL CONTRA LA RESOLUCIÓN N° 004-2019-CCO/OSIPTTEL

El 28 de enero de 2019, SEAL interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 004-2019-CCO/OSIPTTEL que declara infundada la excepción de convenio arbitral, atendiendo a los siguientes argumentos:

- (i) Según el principio *Kompetenz-Kompetenz*, el cuestionamiento de la competencia del Tribunal Arbitral no puede ser resuelto por un tercero distinto a aquel, salvo que exista acuerdo. Asimismo, el principio de separabilidad tiene complemento con dicho principio, pues son los árbitros los llamados a dilucidar sobre la validez o eficacia del convenio arbitral, independientemente de la materia sobre la que versen. Así, incluso si la materia versa sobre un derecho disponible o no, el convenio arbitral no puede dejar de aplicarse.
- (ii) No se permite un control previo de la materia a arbitrar, como pretende hacer OSIPTTEL, sino solamente un control posterior al fallo del laudo mediante recurso de anulación.

4.6. ABSOLUCIÓN DE AZTECA DEL RECURSO DE APELACIÓN

El 1 de marzo de 2019, AZTECA absolvió el recurso de apelación interpuesto por SEAL, solicitando que el TSC confirme la resolución y desestime la excepción de incompetencia, en atención a los siguientes argumentos:

- (i) En el caso de controversias derivadas de contratos de compartición de infraestructura, la vía arbitral es alternativa y excluyente a la vía administrativa cuando se esté frente a materias arbitrables (de libre disposición), pues en materias reguladas (no arbitrables) el OSIPTTEL tiene competencia exclusiva para la resolución de alguna discrepancia. Por

tanto, dado que la controversia es de naturaleza regulatoria, la cláusula arbitral no resulta aplicable.

- (ii) No existe ningún proceso arbitral entre AZTECA y SEAL. En tal sentido, no existe Tribunal Arbitral que esté conociendo una controversia entre las partes que requiera hacer uso del principio *Kompetenz-Kompetenz*. Asimismo, este principio no restringe que el CCO ejerza sus competencias otorgadas por ley para la solución de controversias en materia regulada. Aún si existiera un proceso arbitral en trámite, dado que ambos fueros son independientes y evalúan su competencia atendiendo a la normativa vigente, la existencia del arbitraje no podría anular la competencia de una autoridad administrativa.
- (iii) La existencia de un control *ex post* sobre la validez de un laudo no puede ser argumento para que un cuerpo administrativo no ejerza sus competencias legales. Además, el CCO no hizo un control previo sobre lo que un Tribunal Arbitral puede realizar.

4.7. RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS N° 007-2019-TSC/OSIPTTEL

El 27 de marzo de 2019, el TSC declaró infundado el recurso de apelación interpuesto por SEAL contra la Resolución N° 004-2019-CCO/OSIPTTEL y, en consecuencia, confirmó dicha resolución, modificando sus fundamentos:

- (i) La atribución de las competencias asignadas al OSIPTTEL para la solución de conflictos entre empresas no se concreta en el ejercicio de función jurisdiccional, sino de la potestad administrativa conferida por ley. Por tanto, puede afirmarse que el OSIPTTEL está facultado legalmente a resolver conflictos en sede administrativa, sin que ello implique una afectación al artículo 62 de la Constitución.
- (ii) No estamos frente a una discusión entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción arbitral, en la que el convenio arbitral puede servir de sustento para relegar a la primera, sino frente a una pretensión de desplazar el ejercicio de la función de solución de controversias del OSIPTTEL, que es irrenunciable ante un fuero arbitral.
- (iii) De la interpretación del marco normativo se desprende que existen dos materias que no son de libre disposición: las materias que involucran el ejercicio de funciones administrativas del Estado y las que afectan el orden público o inciden en el interés público.

- (iv) La naturaleza de la controversia es no disponible, no solo porque involucra aspectos de una relación jurídica que se encuentran establecidos en el Reglamento de la Ley de Banda Ancha, sino porque afecta el ejercicio de potestades administrativas reservadas por ley a la Administración pública y porque es una materia que incide en el interés público.
- (v) No se comparte los fundamentos del CCO en el extremo que da a entender que la competencia del fuero administrativo puede ceder en caso un proceso arbitral se active. El TSC entiende que las materias que le han sido encomendadas por ley no se encuentran abiertas a pactos que aseguren su evaluación en un arbitraje, ya sea por el convenio arbitral ni por el inicio de un proceso invocando un acuerdo de voluntades *contra legem*.
- (vi) El marco normativo reconoce que la vía administrativa para la solución de controversias entre empresas de mercados sujetos a regulación es obligatoria. Siendo así, solo pueden someterse a evaluación en sede arbitral materias que no sean de competencia de la Administración o sean enteramente arbitrables, lo que no sucede en el caso de autos.
- (vii) No se vulnera el principio *kompetenz-kompetenz*, dado que su aplicación implica que la materia en discusión sea arbitrable, lo que no se presenta en este caso. Además, los órganos de solución de controversias tienen la obligación de ejercer sus competencias conforme a ley, lo que no puede interpretarse como un cuestionamiento de los fueros jurisdiccionales.

4.8. RESOLUCIÓN DEL CUERPO COLEGIADO AD HOC N° 015-2019-CCO/OSIPTEL, QUE RESUELVE EL FONDO DE LA CONTROVERSIA

El 20 de diciembre de 2019, el CCO resolvió declarar lo siguiente:

- (i) FUNDADA EN PARTE la pretensión principal de la reclamación de AZTECA, referida a que la contraprestación fijada en el marco del Contrato de Participación excede la máxima retribución por uso compartido de infraestructura que SEAL podía exigirle.
- (ii) FUNDADA la pretensión accesoria de la pretensión principal, en el extremo referido a la devolución de la contraprestación por el arrendamiento de 93 estructuras eléctricas facturadas desde abril hasta agosto de 2016 y de 89 estructuras facturadas desde setiembre de 2016 hasta enero de 2017, por el importe de US\$ 3,460.71 sin IGV.
- (iii) INFUNDADA la pretensión accesoria de la pretensión principal, en el extremo referido a la devolución de la contraprestación por el arrendamiento de estructuras ajenas a las

referidas en el punto anterior, arrendadas en el periodo correspondiente a noviembre de 2015 y desde enero de 2016 hasta enero de 2017.

Los principales fundamentos fueron:

- (i) La Metodología no estableció un único valor para el denominador “Na”. Sin embargo, ello no implica que su determinación haya sido dejada a la voluntad de las partes, pues es parte de la fórmula regulada de observancia obligatoria.
- (ii) A la fecha de suscripción del Contrato de Compartición, así como de la determinación de la contraprestación periódica, solo era exigible que tuvieran como referencia normativa lo establecido en la Ley de Banda Ancha y su Reglamento, a efectos de asignar un valor al “Na”.
- (iii) El Informe N° 251-2013-MTC/26, además de no tener carácter normativo ni haber estado disponible a las partes, no tiene referencia expresa sobre la determinación de un valor constante para el denominador “Na” equivalente a tres (3), ni permitía inferir la existencia de una relación entre la variable “f” y el “Na” que permita desprender dicho valor.
- (iv) La exposición de motivos del proyecto de Resolución Viceministerial N° 215-2015-MTC/03 y los Informes N° 040-2017-MTC/26 y N° 256-2017-MTC/26, que sustentaron proyectos de modificación de las variables “m” y “f”, contenían simulaciones de la aplicación de la fórmula, asumiendo un valor del “Na” igual al número efectivo de arrendatarios.
- (v) La Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 no es una norma interpretativa, por lo que no podría tener efectos retroactivos, y no modificó el valor del “Na”. El Informe N° 292-2017-MTC/26 que la sustenta no contiene esclarecimiento acerca del valor del denominador “Na” y no permite desprender que su valor sea igual a tres (3) desde el inicio de la relación de compartición.
- (vi) La fórmula de la Metodología indica que el “Na” es un componente del factor “B”, definido como “Factor de costos sobre entre arrendatarios”, y el “Na” significa “número de arrendatarios”. En ese sentido, las partes válidamente asumieron que el valor del denominador “Na” era equivalente al número de arrendatarios que efectivamente hacían uso de la infraestructura.
- (vii) El valor de uno (1) asignado al “Na” para determinar la contraprestación correspondió al número efectivo de arrendatarios, en tanto AZTECA era la única arrendataria al momento de suscribir el Contrato de Compartición, a excepción de las 93 estructuras, respecto de

las cuales AZTECA era la segunda arrendataria, por lo que debieron asignarle un valor de dos (2). Respecto de las estructuras arrendadas por AZTECA y de manera posterior a otras 5 empresas operadoras, queda a salvo el derecho de AZTECA de accionar.

- (viii) Para determinar el monto pagado en exceso, se asigna un valor de dos (2) al “Na” respecto de las 93 estructuras que fueron arrendadas a AZTECA desde abril hasta agosto de 2016; y, atendiendo al retiro de 4 de las referidas estructuras en agosto de 2016, se asigna dicho valor respecto de las 89 estructuras restantes, desde setiembre de 2016 hasta enero de 2017. Con dichos valores, corresponde la devolución de US\$ 3,460.71 sin IGV.

4.9. RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR AZTECA CONTRA LA RESOLUCIÓN N° 015-2019-CCO/OSIPTEL

El 20 de enero de 2020, AZTECA interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 015-2019-CCO/OSIPTEL, solicitando que se revoque en su integridad y se declare fundada su reclamación en todos sus extremos. Sus principales argumentos fueron:

- (i) Un precio máximo regulado no cambia en función a los documentos conocidos por las partes para la suscripción de un contrato de compartición. La falta de conocimiento de documentos que sustentaron la Metodología no puede justificar que se establezcan pactos que contravengan el marco regulatorio, dado que podría afectarse el interés público.
- (ii) La necesidad de valorar el Informe N° 251-2013-MTC/26 responde a la aplicación del principio de veracidad material, que obliga a la autoridad administrativa a verificar por los medios posibles la verdad de los hechos.
- (iii) El CCO afirma que el valor del “Na” es igual al número efectivo de arrendatarios, en base al contenido de proyectos de normas que nunca estuvieron vigentes en el ordenamiento jurídico, por lo que no tuvieron efecto para las partes. Sin perjuicio de ello, no se puede considerar lo concluido por el CCO, dado que las simulaciones contenidas en esos documentos solo constituyen una hipótesis de trabajo, empleando un supuesto distinto al del Reglamento de la Ley de Banda Ancha.
- (iv) El Informe N° 251-2013-MTC/26 es el documento técnico-económico que sustentó la aprobación de la Metodología y es claro en señalar que la fórmula contempló la existencia de 3 cables de fibra óptica. Por ello, el valor del “Na” siempre debió ser tres 3 para efectos de identificar cuál es el costo incremental que debe ser asumido por un solo arrendatario.
- (v) El Informe N° 292-2017-MTC/26 confirma el razonamiento económico del MTC.

- (vi) Solo con la devolución y/o compensación de lo pagado en exceso se garantizará la protección de un interés público, el cumplimiento de las normas imperativas y se restituirá el derecho de abonar lo correspondiente por compartición de infraestructura.

4.10. ABSOLUCIÓN DE SEAL DEL RECURSO DE APELACIÓN

El 28 de febrero de 2020, SEAL absolvió el recurso de apelación interpuesto por AZTECA contra la Resolución N° 015-2019-CCO/OSIPTTEL, atendiendo a los siguientes argumentos:

- (i) Las partes pactaron la contraprestación mensual conforme a la Metodología.
- (ii) El CCO sí analizó los documentos ofrecidos por las partes (Informes N° 251-2013-MTC/26 y N° 292-2017-MTC/26 y la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03), concluyendo que no contienen referencia expresa sobre el valor del denominador “Na”.
- (iii) La interpretación de AZTECA implica que las 2/3 terceras partes del costo de operación y mantenimiento sea asumido por el titular de la infraestructura, considerando que los costos de operación y mantenimiento son los constantes.
- (iv) El Informe N° 251-2013-MTC/26 no contiene referencia sobre el “Na”. Nunca será constante la instalación de 3 cables en las infraestructuras eléctricas, pues es posible que existan 1 o 2 cables conectados, de manera que atribuirle el valor de 3 es contraproducente.

4.11. RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVESIAS N° 006-2020-TSC/OSIPTTEL, QUE RESUELVE EL RECURSO DE APELACIÓN

El 31 de julio de 2020, el TSC resolvió lo siguiente:

- (i) REVOCAR la Resolución N° 015-2019-CCO/OSIPTTEL, mediante la cual declaró fundada en parte la reclamación presentada por AZTECA y, reformándola, se declaran fundadas la pretensión principal y la pretensión accesoría.
- (ii) ORDENAR a SEAL la devolución del importe ascendente a US\$ 515,797.17, correspondiente al cobro en exceso por concepto de contraprestación periódica por el acceso y uso de infraestructura eléctrico en el periodo de reclamación.

Los principales fundamentos del TSC fueron los siguientes:

- (i) Dado que no hay una referencia al valor del “Na” en la Metodología, corresponde evaluar la documentación sobre los antecedentes jurídicos vinculados al Reglamento de la Ley de Banda Ancha y a la fórmula.
- (ii) La necesidad de evaluar toda información en relación con la controversia descansa en la correcta aplicación del principio de verdad material. Si bien el Informe N° 251-2013-MTC/26 no tiene carácter normativo, en aplicación de dicho principio, ello no resta ni anula el mérito probatorio que ostenta a efectos de determinar el valor del “Na”.
- (iii) El Informe N° 251-2013-MTC/26 contiene una explicación detallada del sustento de la fórmula, del cual se aprecia que el parámetro “P” se obtuvo considerando los criterios de espacio y peso sobre la base de 3 cables de fibra óptica. Es decir, el modelo regulatorio empleado en la construcción de la fórmula retribuye los costos de operación y mantenimiento adicionales que generan 3 cables de fibra óptica.
- (iv) La evaluación del denominador “Na” no puede restringirse a la definición de arrendatario en su sentido literal, sino que debe evaluarse como parte del modelo regulatorio. En tanto el “Na” forma parte del componente que reconoce la retribución de costos incrementales por el uso de infraestructura eléctrica y al encontrarse acreditado que estos fueron dimensionados sobre la base de 3 cables de fibra óptica, desplegados por 3 operadores, se puede advertir que el valor del “Na” guarda correspondencia con esa cantidad, de modo que representa la existencia de 3 arrendatarios.
- (v) El Informe N° 292-2017-MTC/06 ratifica la correcta interpretación de la Metodología desde su aprobación, que permite concluir que el “Na” es igual a 3.
- (vi) No es posible atribuir carácter concluyente a los informes y exposición de motivos del 2015 y 2017 que sustentaron proyectos de modificación del Reglamento que no fueron aprobados y nunca entraron en vigencia.
- (vii) Las partes asignaron el valor de 1 al “Na”, en lugar de 3, para determinar la contraprestación periódica. En ese sentido, considerando todos los valores correctos de los componentes de la fórmula de la Metodología, se puede afirmar que AZTECA debía pagar como precio máximo el importe de US\$ 52,085.95; sin embargo, pagó US\$ 574,079.17, lo que demuestra que la contraprestación fijada en el Contrato de Compartición excede la máxima retribución que SEAL podía exigir.
- (viii) El monto pagado en exceso por AZTECA asciende a US\$ 521,993.22, lo que es superior a lo requerido por AZTECA en su pretensión accesorio, que asciende a US\$ 515,797.17.

En ese sentido, considerando que la pretensión accesoria contiene intereses privados, a fin de no contravenir el principio de congruencia, corresponde ordenar a SEAL la devolución del importe de US\$ 515,797.17, conforme a la pretensión de AZTECA, sin perjuicio de dejar a salvo su derecho a solicitar el monto restante a SEAL.

Un miembro del TSC emitió su voto en discordia respecto a lo resuelto con relación a la pretensión accesoria, al considerar que corresponde ordenar la devolución del importe total ascendente a US\$ 521,993.22, según el cálculo efectuado por el TSC, y no circunscribirse al importe señalado por AZTECA en su reclamación. Ello con la finalidad de proteger el interés público presente en la controversia y reconocido por el TSC cuando se atribuyó la competencia, dado que este solo se alcanza cuando la contraprestación que cobran aquellos sometidos al régimen de acceso y uso compartido de infraestructura establecido en la Ley de Banda Ancha sea lo que la regulación establece.

5. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

5.1. ¿LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA DEBIÓ EVALUAR LA ARBITRABILIDAD DE LA MATERIA CONTROVERTIDA A EFECTOS DE RESOLVER LA EXCEPCIÓN DE CONVENIO ARBITRAL?

Al contestar la reclamación, SEAL interpuso una excepción de convenio arbitral cuestionando la competencia del OSIPTEL para pronunciarse sobre la controversia, dado que el Contrato de Participación suscrito con AZTECA contiene una cláusula arbitral, indicando que, si el OSIPTEL asume la competencia, vulneraría el principio *Kompetenz-Kompetenz* al negar la competencia del árbitro para dirimir la controversia.

Por otro lado, AZTECA sostuvo que la cláusula arbitral no resulta aplicable al presente caso, puesto que la controversia tiene naturaleza regulatoria y está vinculada a la protección de un interés público, de manera que no es de libre disponibilidad de las partes y, por tanto, no es materia arbitrable.

Ambas instancias de solución de controversias del OSIPTEL concordaron que en el análisis de la excepción de convenio arbitral lo relevante es determinar si la cuestión reclamada califica o no como materia arbitrable, dado que la actuación arbitrable no puede extenderse a conflictos

que no sean de libre disposición para las partes. En este contexto, indicaron que corresponde declarar infundada la excepción de convenio arbitral, dado que la materia objeto de la controversia no es arbitrable. Asimismo, indicaron que no se vulnera el principio *Kompetenz-Kompetenz*.

En ese sentido, es importante determinar cuál es el alcance del análisis que puede realizar la autoridad administrativa al resolver una excepción de convenio arbitral, es decir, si este puede abarcar la determinación de la arbitrabilidad de la controversia a fin de estimar o no la excepción de convenio arbitral.

5.2. ¿LA MATERIA CONTROVERTIDA ES MATERIA ARBITRABLE SUSCEPTIBLE DE SER RESUELTA POR EL TRIBUNAL ARBITRAL?

Independientemente del análisis procedimental de la excepción de convenio arbitral que se aborda con el primer problema jurídico, este segundo problema aborda un aspecto sustantivo del arbitraje, esto es, la arbitrabilidad objetiva de la materia controvertida como condición para que el arbitraje pueda llevarse a cabo, considerando que este fue un tema ampliamente abordado por la primera y segunda instancia del OSIPTEL en las Resoluciones N° 004-2019-CCO/OSIPTEL y N°007-2019-TSC/OSIPTEL, respectivamente.

Al respecto, como se adelantó, ambas instancias de solución de controversias del OSIPTEL concluyeron que la materia no es de libre disposición, por lo que no es factible de someterse a arbitraje. Sin embargo, difieren en algunos argumentos, puesto que el CCO consideró que la no arbitrabilidad de la materia radica en la naturaleza regulatoria de las contraprestaciones generadas por la relación de compartición de infraestructura que se encuentra bajo el régimen de la Ley de Banda Ancha, la cual involucra un interés público.

Por otro lado, el TSC señaló que la naturaleza de la controversia es no disponible, no solo porque involucra aspectos de una relación jurídica que se encuentran regulados en la Metodología del Reglamento de la Ley de Banda Ancha y que tiene incidencia en el interés público, sino también porque afecta el ejercicio de potestades administrativas reservadas por ley a la Administración pública.

En ese sentido, se plantea como problema jurídico si la materia controvertida contenida en el expediente materia de análisis es o no arbitrable, y bajo qué argumentos.

5.3. ¿ES POSIBLE TRASCENDER DEL TEXTO DE LA NORMA AL INTERPRETAR Y DETERMINAR EL VALOR QUE EL REGLAMENTO DE LA LEY DE BANDA ANCHA OTORGÓ AL DENOMINADOR “NA”?

La discusión se centra en la determinación de la contraprestación periódica que le correspondía pagar a AZTECA por concepto de acceso y uso compartido de infraestructura de SEAL, dado que según AZTECA habría estado pagando una contraprestación que excede el precio máximo permitido, al haber asignado erróneamente al denominador “Na” un valor de uno (1) cuando en todos los casos este debe ser igual a tres (3). Por otro lado, SEAL sostuvo que no existe criterio de interpretación que permita concluir que el “Na” equivale a tres (3).

En ese sentido, la resolución de la controversia requiere de la determinación, mediante interpretación, del valor del denominador “Na” contenido en la fórmula de la Metodología del Reglamento de la Banda Ancha vigente desde el 2013, puesto que solo así se puede determinar si la contraprestación fijada en el Contrato de Compartición excede o no el precio máximo exigible, el cual se obtiene aplicando la referida fórmula.

El CCO evaluó el contenido de los Informes N° 251-2013-MTC/26 y N° 292-2017-MTC/06, concluyendo que estos no contienen referencia expresa sobre la determinación del valor del denominador “Na” ni esclarecimiento que permita desprender que este equivale a tres (3), por lo que consideró válido que las partes asumieran que el valor de dicho denominador “Na” era equivalente al número de arrendatarios que efectivamente hacían uso de la infraestructura.

Por otro lado, el TSC señaló que la evaluación del denominador “Na” no puede restringirse a la definición de arrendatario en su sentido literal, sino que debe evaluarse como parte del modelo regulatorio, para lo cual analizó el sustento de la fórmula de la Metodología desarrollado en el Informe N° 251-2013-MTC/26, concluyendo que el “Na” debe ser igual a tres (3), con independencia del número efectivo de arrendatarios.

Este es uno de los principales problemas del expediente, dado que la decisión que la autoridad adopte sobre la pretensión principal y la pretensión accesoria depende del valor del

denominador “Na” que esta determine, habiéndose efectuado dos interpretaciones distintas sobre el valor de dicho denominador.

5.4. ¿EL PAGO EN EXCESO POR CONCEPTO DE CONTRAPRESTACIÓN PERIÓDICA CONFIGURA UN SUPUESTO DE PAGO INDEBIDO CONFORME AL CÓDIGO CIVIL?

AZTECA planteó como pretensión accesoria a la pretensión principal la devolución de lo pagado en exceso por concepto de contraprestación periódica por acceso y uso compartido de infraestructura desde la suscripción del Contrato de Compartición (julio de 2015) hasta la emisión del Mandato de Compartición (junio de 2018).

Ambas instancias de solución de controversias del OSIPTEL, aunque difiriendo en el monto, resolvieron ordenar la devolución, dado que, después de efectuar el cálculo de la contraprestación máxima exigible, advierten que AZTECA efectivamente pagó un monto superior a este. No obstante, no efectúan desarrollo alguno sobre el marco normativo que sustenta su decisión, es decir, el marco normativo en base al cual una autoridad administrativa puede ordenar la devolución de un importe pagado en exceso.

En ese sentido, se considera importante determinar el marco normativo aplicable para atender la pretensión accesoria de la pretensión principal planteada por AZTECA, como pueden ser las disposiciones del Código Civil sobre pago indebido, a fin de determinar si dicha pretensión es amparable.

5.5. CONSIDERANDO LOS ALCANCES DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA, ¿ES POSIBLE DEVOLVER UN IMPORTE QUE EXCEDE LO SOLICITADO POR AZTECA EN SU PETITORIO?

En el expediente bajo análisis, se presentó el escenario en el que el importe que el TSC calculó que corresponde ser devuelto supera el importe que la reclamante solicitó le sea devuelto. En tal sentido, el voto en mayoría del TSC sostuvo que, por aplicación del principio de congruencia, correspondía ordenar a SEAL la devolución del monto solicitado por AZTECA en su reclamación. Por otro lado, el voto en discordia sostuvo que corresponde ordenar la

devolución de la totalidad de lo efectivamente pagado en exceso, a fin de proteger el interés público presente en la controversia.

La importancia de determinar si el principio de congruencia resulta aplicable no solo consiste en asegurar que las garantías del administrado sean respetadas, sino también en que la respuesta tendrá efectos directos en el importe que la autoridad administrativa ordenará a SEAL devolver, al atender la pretensión accesoria a la pretensión principal contenida en la reclamación.

6. MARCO TEÓRICO Y ANÁLISIS SOBRE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

6.1. DETERMINAR SI LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA DEBIÓ EVALUAR LA ARBITRABILIDAD DE LA MATERIA CONTROVERTIDA A EFECTOS DE RESOLVER LA EXCEPCIÓN DE CONVENIO ARBITRAL

6.1.1. El convenio arbitral: efectos, validez y alcances

El convenio arbitral se encuentra definido en el artículo 13 del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje (en adelante, Ley de Arbitraje), como “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”.

Mediante este acuerdo, las partes se obligan a sustraerse de la jurisdicción ordinaria para someterse a la jurisdicción arbitral, de modo que las partes renuncian a que determinadas controversias sean decididas por los jueces ordinarios y asignan funciones y facultades jurisdiccionales a los particulares, es decir, los árbitros. Este contrato produce, entonces, un efecto positivo y negativo^{1 y 2}:

- Efecto positivo del convenio arbitral: Se refiere a la obligación de las partes de someter a arbitraje las controversias que surjan a raíz de su relación contractual, en el marco de

¹ Roque J. Caivano, “La cláusula arbitral y la cesión del contrato que lo contiene”, *Revista de Derecho Privado, edición especial* (2012): 6.

² Mario Castillo Freyre et al., *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (Lima: ECB Ediciones, 2014), 328-329.

su autonomía de la voluntad, reciprocidad y buena fe, atribuyendo así jurisdicción a los árbitros a efectos de que resuelvan las controversias que se someten ante ellos, lo que incluye la facultad de decidir sobre su propia competencia.

- Efecto negativo del convenio arbitral: Implica que los jueces están impedidos de conocer e intervenir en la resolución de las controversias que hayan sido sometidas a arbitraje. Siendo así, si una parte interpone una demanda ante un juez, la otra puede plantear su incompetencia, dado que las partes han renunciado a su jurisdicción.

Ambos efectos son una manifestación del principio de inevitabilidad del arbitraje, el cual implica que ninguna acción u omisión de las partes debe poder evitar que el arbitraje se lleve a cabo. Así, este principio faculta a alguna de las partes a llevar a cabo el arbitraje sin que la otra parte pueda impedirlo y a su vez impide que se recurra a los jueces ordinarios³.

Por otro lado, si bien el arbitraje es una jurisdicción arbitral que resuelve conflictos de manera vinculante y obligatoria, debido a su origen convencional y voluntario, está sujeta a límites a los que no lo está la jurisdicción ordinaria. Existen limitaciones impuestas por las partes dirigidas a los árbitros y que derivan de lo que ellas mismas pactaron (quiénes se sometieron a arbitraje y qué materias acordaron someter). Asimismo, tiene limitaciones impuestas por el ordenamiento jurídico dirigidas a las partes, que restringen su autonomía de la voluntad, dado que no todos pueden someter a arbitraje todos los conflictos que deseen.⁴

En esta línea, para que un arbitraje pueda llevarse a cabo, debe verificarse la validez del convenio arbitral y los alcances de este. En primer lugar, el requisito indispensable para la validez y existencia del convenio arbitral es el consentimiento de las partes para someter sus controversias a arbitraje, el cual debe ser expreso y por escrito. Asimismo, su validez está vinculada a la arbitrabilidad subjetiva, pues las partes deben haber tenido la capacidad para celebrar el convenio arbitral, es decir, la capacidad jurídica para contratar.⁵

³ Alfredo Bullard González, “El Dilema del Huevo y la Gallina: El Carácter Contractual del Recurso de Anulación”, *Revista Derecho & Sociedad*, N° 38 (2012): 21.

⁴ Caivano, “La cláusula arbitral y la cesión del contrato que lo contiene”, 7.

⁵ Carlos Alberto Soto Coaguila, “Art.13°.- Contenido y forma del convenio arbitral”, en *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje Tomo I*, ed. por Carlos Alberto Soto Coaguila y Alfredo Bullard González (Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011), 158-162.

Por otro lado, la arbitrabilidad objetiva hace referencia a que las cuestiones que pueden ser sometidas a arbitraje deben referirse a materias sobre las que podían pactar, es decir, materias dispositivas. Sobre este punto, el artículo 2 de la Ley de Arbitraje establece que son susceptibles de someter a arbitraje aquellas controversias que versan sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.

Asimismo, con relación al alcance objetivo del convenio arbitral, debe existir identidad entre las cuestiones que se someterán a arbitraje y aquellas para las que se pactó el arbitraje. Con relación al alcance subjetivo, debe existir identidad entre quienes serán parte del arbitraje y quienes pactaron el arbitraje.⁶

6.1.2. La excepción de convenio arbitral

El artículo 16 de la Ley de Arbitraje establece que “Si se interpone una demanda judicial respecto de una materia sometida a arbitraje, esta circunstancia podrá ser invocada como excepción de convenio arbitral aun cuando no se hubiera iniciado el arbitraje”. Asimismo, el citado artículo señala que esta excepción se formula en el plazo previsto para cada vía procesal, debiendo acreditar la existencia del convenio arbitral y, de ser el caso, el inicio del arbitraje.

La excepción de convenio arbitral es una defensa de forma y tiene efecto perentorio simple, lo que implica que, de ser estimada, tiene como efecto anular todo lo actuado y declarar concluido el proceso, extinguiendo así el proceso judicial sin afectar la pretensión objeto de la demanda. Entonces, la excepción tiene como finalidad señalar que la controversia debe ser discutida en un proceso arbitral y, por tanto, impedir la continuación del proceso judicial, a fin de promover el inicio de este en sede arbitral, evitando que el juez se pronuncie sobre el fondo del asunto.

Esta excepción se manifiesta cuando surten los efectos negativos del convenio arbitral, el cual implica que los jueces deben abstenerse de conocer una controversia, toda vez que ha sido sustraída de su competencia a favor del arbitraje como consecuencia de la suscripción del acuerdo arbitral. Consecuentemente, si una de las partes incumple el convenio arbitral y decide recurrir al juez para que este resuelva la controversia surgida entre las partes, la otra parte puede

⁶ Caivano, “La cláusula arbitral y la cesión del contrato que lo contiene”, 8.

cuestionar esta actuación o avocamiento judicial, oponiendo el convenio arbitral mediante la interposición de esta excepción.⁷

Ahora bien, la doctrina contempla dos criterios sobre los alcances del análisis que puede realizar el juez cuando se presenta esta excepción, puesto que por un lado se considera que el juez debe realizar un análisis exhaustivo de todos los elementos del convenio arbitral y, por otro lado, se estima que basta con comprobar la concurrencia de los requisitos más importantes⁸.

Sin embargo, el inciso 3 del artículo 16 de la Ley de Arbitraje se inclina por este último criterio, dado que establece que esta excepción, “sea que se formule antes o después de iniciado el arbitraje, será amparada por el solo mérito de la existencia del convenio arbitral, salvo en el primer caso, cuando el convenio fuese manifiestamente nulo”. Esta disposición impide efectuar un análisis exhaustivo de los elementos del convenio arbitral, con la citada salvedad.

Al respecto, Castillo Freyre⁹ sostiene que la Ley de Arbitraje obliga a los jueces a declarar fundada la excepción de convenio arbitral cuando se acredita su existencia, lo que impide al juez ingresar al estudio del convenio arbitral. Asimismo, considera que se ha hecho bien en haber recogido la tesis de nulidades manifiestas, dejando a salvo a facultad del juez de declarar infundada la excepción de convenio arbitral si este, a pesar de existir, es manifiestamente nulo. Esta salvedad prevista en el inciso 3 del artículo 16 de la Ley de Arbitraje evita que se siga un arbitraje que resultaría evidentemente inútil por la nulidad del convenio arbitral, por lo que lo mejor es que se siga el proceso ante el Poder Judicial.

Asimismo, González de Cossío¹⁰ señala que, ante la interposición de esta excepción, el juez debe remitir a las partes de inmediato al arbitraje, puesto que una opción distinta constituye una falta a la decisión de las partes de someterse a arbitraje e implicaría que para arbitrar sería necesario litigar, lo que es una ironía considerando que la decisión de arbitrar se basa en el deseo de no litigar.

⁷ Adrián Simons Pino, “Art. 16°.- Excepción de convenio arbitral”, en *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje Tomo I*, ed. por Carlos Alberto Soto Coaguila y Alfredo Bullard González (Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011), 262-263.

⁸ Simons Pino, “Art. 16°.- Excepción de convenio arbitral”, 268.

⁹ Castillo Freyre et al., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 333.

¹⁰ Francisco González de Cossío, *Arbitraje* (México: Porrúa, 2011), 276.

6.1.3. El principio *Kompetenz-Kompetenz* y su efecto negativo

El principio *Kompetenz-Kompetenz* se encuentra reconocido en el inciso 1 del artículo 41 de la Ley de Arbitraje, el cual dispone que “El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez, ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controversia o cualquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia”.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha resaltado la plena vigencia del principio *Kompetenz-Kompetenz*, que faculta a los árbitros a decidir acerca de las materias de su competencia y que garantiza que estos conozcan y resuelvan, en todo momento, las cuestiones controvertidas que se promueven durante el proceso arbitral, incluidas las pretensiones vinculadas a la validez y eficacia del convenio arbitral. Asimismo, señaló el siguiente argumento declarado vinculante para todos los operadores jurídicos:

13. Es por tal motivo que este Tribunal considera conveniente reiterar la plena vigencia del principio de la ‘*kompetenz-kompetenz*’ (...). Este Colegiado resalta la suma importancia práctica que reviste dicho principio, a efectos de evitar que una de las partes, que no desea someterse al pacto de arbitraje, mediante un cuestionamiento de las decisiones arbitrales y/o la competencia de los árbitros sobre determinada controversia, pretenda convocar la participación de jueces ordinarios, mediante la interposición de cualquier acción de naturaleza civil y/o penal, y desplazar la disputa al terreno judicial.¹¹

Resulta claro que este principio consiste en la facultad de los árbitros de pronunciarse sobre su propia competencia incluso frente a cuestionamientos sobre la existencia, validez o alcance del convenio arbitral. Sin embargo, O’Neill y Nava¹² indican que esa es una definición parcial de dicho principio, dado que responde únicamente al efecto positivo de este. El efecto negativo, por otro lado, es “entendido como aquel que genera que los tribunales judiciales que se vean

¹¹ STC N° 06167-2005-PHC/TC, de 28 de febrero de 2006, fundamentos 12 y 13.

¹² Cecilia O’Neill de la Fuente y Mariem Nava Zegarra, “¿Nacer para vivir muriendo? La nulidad manifiesta del convenio arbitral”, *Advocatus*, N° 32 (2015): 103.

en la situación de revisar la existencia o validez del convenio arbitral se avoquen únicamente a una revisión *prima facie* del mismo”.

En la misma línea, González de Cossío¹³ sostiene que, para asegurar plenamente la facultad de los árbitros de pronunciarse sobre su propia competencia, se debe no solo excluir todo control directo del juez, sino también otorgarles la facultad de decidir antes que el juez a quien se le presentó una demanda sobre la misma controversia que abarca el convenio arbitral. Así, se impide a los jueces conocer una controversia cuando exista, aunque sea *prima facie* -es decir, preliminar o superficialmente- un convenio arbitral, lo que incluye la prohibición de pronunciarse sobre la existencia o validez del convenio arbitral antes que los propios árbitros hayan podido pronunciarse sobre ello.

Gaillard también señala que el efecto negativo del principio *Kompetenz-Kompetenz* “permite que los tribunales judiciales limiten su revisión a una determinación *prima facie* de la existencia y validez del convenio arbitral para que los árbitros sean los primeros en examinar su competencia y luego los tribunales ejerzan un control con la anulación o ejecución del laudo”¹⁴. Suscribiendo lo anterior, Rubio¹⁵ sostiene que sin este principio y el principio de separabilidad el desarrollo del arbitraje estaría sujeto a incertidumbre, dado que bastaría que una parte invoque la nulidad del contrato o convenio arbitral para cuestionar o impedir el arbitraje.

Así, O’Neill y Nava¹⁶ sostienen que la Ley de Arbitraje contempla ambos efectos del principio *Kompetenz-Kompetenz*, siendo que, como regla general, los jueces deben abstenerse de juzgar el convenio arbitral y remitir la controversia al arbitraje con la sola existencia del convenio arbitral; mientras que, como excepción, el juez puede juzgar el convenio arbitral cuando de una revisión ligera se evidencia manifiestamente la nulidad de este, salvo que exista un proceso arbitral en trámite, en cuyo caso el tribunal arbitral será el único competente para realizar ese análisis.

¹³ Francisco González de Cossío, *Arbitraje* (México: Editorial Porrúa, 2008), 140. Citado por Castillo Freyre, *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 329.

¹⁴ Emmanuel Gaillard y Yas Banifatemi, “Negative effect of Competence-Competence: The Rule of Priority in favor of the Arbitrators”, en *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards. The New York Convention in Practice* (2008), 259-260. Citado por Roger Rubio Guerrero, “El principio *Competence-Competence* en la nueva Ley Peruana de Arbitraje”, *Lima Arbitration*, N° 4 (2010): 101.

¹⁵ Rubio Guerrero, “El principio *Competence-Competence* en la nueva Ley Peruana de Arbitraje”, 101.

¹⁶ O’Neill de la Fuente y Nava Zegarra, “¿Nacer para vivir muriendo? La nulidad manifiesta del convenio arbitral”, 104-105.

En la misma línea, la Corte Suprema de Justicia, en los fundamentos 4 y 5 de la Casación N° 26620-2017, Lima, al realizar un análisis del principio *Kompetenz-Kompetenz* y su efecto negativo, señaló que el tribunal arbitral es el único competente para resolver el fondo de la controversia planteada por las partes, siendo que el Poder Judicial realiza un control posterior de legalidad, en el que se examina solo la validez del laudo, es decir, si este colisiona o no con el orden público y si el fallo se ajusta a las reglas básicas del ordenamiento jurídico.

De todo lo expuesto, es posible afirmar que el efecto positivo del principio *Kompetenz-Kompetenz* se encuentra reconocido en el artículo 41 de la Ley de Arbitraje, mientras que el efecto negativo de dicho principio está previsto en el artículo 16 de la Ley de Arbitraje, que regula la excepción de convenio de arbitral, por el cual pueden presentarse dos escenarios: (i) si no se ha iniciado un arbitraje, el juez debe estimar la excepción luego de acreditada la existencia del convenio arbitral, salvo que el convenio arbitral sea manifiestamente nulo; o, (ii) si se ha iniciado un arbitraje, el juez debe estimar la excepción con la sola acreditación de la existencia del convenio arbitral.

Así, como regla general, el juez debe abstenerse de conocer la controversia, permitiendo que el tribunal arbitral sea quien se pronuncie sobre la competencia arbitral. El único caso en el que el juez podría decidir resolver el fondo de la controversia sería si, sin existir un arbitraje en trámite, se considera que el convenio arbitral es manifiestamente nulo, en cuyo caso el control de validez consiste en una revisión *prima facie*, superficial, a fin de evitar tácticas dilatorias o que evadan el arbitraje.

6.1.4. La nulidad manifiesta del convenio arbitral

La excepción prevista en el inciso 3 del artículo 16 de la Ley de Arbitraje que da un margen de análisis al juzgador es un supuesto excepcional creado a fin de evitar el absurdo de efectuar una remisión al arbitraje cuando es manifiestamente observable que el convenio arbitral no lo justifica. En ese sentido, tal como señala González de Cossío, la causal para declarar infundada la excepción de convenio arbitral debe ser manifiesta, evidente, sin dejar margen de duda,

puesto que, si existe duda, debe resolverse a favor de la remisión al arbitraje o, de lo contrario, se vulneraría el principio *Kompetenz-Kompetenz*.¹⁷

Dado que un convenio arbitral es un contrato, es un elemento esencial de este la voluntad indubitable de las partes de someterse a arbitraje, es decir, debe existir consentimiento de arbitrar, el cual debe estar por escrito. Asimismo, debe cumplir con los elementos de validez previstos en el artículo 140 del Código Civil: agente capaz, objeto física y jurídicamente posible (lo que incluye que debe tratarse de una materia susceptible de arbitraje) y fin lícito. En esta línea, este será nulo si se encuentra inmerso dentro de alguna de las causales de nulidad previstas en el artículo 219 del Código Civil. No obstante, no se debe olvidar que debe tratarse de una nulidad manifiesta.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la nulidad es manifiesta cuando no es necesaria la recopilación de material probatorio a efectos de sustentarla, dado que es complementemente clara y evidente.¹⁸ Asimismo, ha dispuesto como precedente vinculante que la nulidad manifiesta “es aquella que resulta evidente, patente, inmediatamente perceptible, en suma, aquella que resulta fácil de detectar sea que se desprenda del acto mismo o del examen de algún otro elemento de prueba incorporado al proceso”¹⁹.

Asimismo, Ríos Pizarro²⁰ señala que la revisión de esta nulidad debe ser somera, bastando un mero análisis preliminar que constate de forma indubitable un vicio estructural del convenio arbitral que conlleve a la nulidad. Si se tratan de cuestiones que generan duda (razonable o no), no deben ser entendidas “manifiestas”, dado que requerirá de un análisis que excede el permitido por la Ley de Arbitraje. Cabe señalar que ello no obsta que el juez puede decidir qué considera como nulidad manifiesta; sin embargo, debe realizarlo considerando que en principio debe ser el árbitro quien decida sobre su propia competencia.

¹⁷ Francisco González de Cossío, “La ironía de *Compétence-Compétence*”, *Lima Arbitration*, N°3 (2008/2009): 203.

¹⁸ Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, Casación 4333-2013 Lima, del 2 de marzo de 2015, fundamento 10.

¹⁹ Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, Casación N° 4442-2015 Moquegua, del 9 de agosto de 2016, Precedente vinculante 4 del IX Pleno Casatorio Civil.

²⁰ Carlos Ríos Pizarro, “La nulidad ‘manifiesta’ del convenio arbitral: un caso de excepciones”, *Revista Ius et Veritas*, N° 47 (2014): 323.

El citado autor también desarrolla algunos de los casos en los que un convenio arbitral puede considerarse manifiestamente nulo: (i) cuando este ha sido suscrito por una persona evidentemente incapaz; y, (ii) cuando regula materias que claramente no son susceptibles de ser sometidas a arbitraje. Un ejemplo del primer caso es cuando el convenio arbitral es suscrito por un menor de edad. El segundo caso está en concordancia con el artículo 2 de la Ley de Arbitraje, siendo manifiestamente nulo aquel convenio arbitral que comprenda materias claramente no arbitrables, por ejemplo, que atenten contra la moral o buenas costumbres, que versen sobre la capacidad civil de las personas o sanciones penales.²¹

En ese sentido, en términos generales se puede concluir que, para que el juez excepcionalmente desestime la excepción de convenio arbitral, no debe existir un proceso arbitral en trámite sobre la misma controversia y la nulidad del convenio arbitral debe ser clara y evidente bajo un análisis *prima facie*, preliminar o superficial, lo que implica que para determinarla no debe requerirse efectuar un análisis o examen profundo, sino que debe ser evidente e inmediatamente perceptible. Así, si el juez se encuentra ante una situación de duda, razonable o no, sobre la validez del convenio arbitral, deberá estimar la excepción de convenio arbitral, dado que no se trata de una nulidad manifiesta.

6.1.5. El arbitraje como mecanismo de solución de controversias reconocido por el OSIPTEL

El Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM (en adelante, Reglamento General del OSIPTEL), reconoce en su artículo 50 la posibilidad de que las empresas operadoras puedan someter sus controversias a arbitraje, salvo que versen sobre materias no arbitrables, especificando que son materias no arbitrables, por tratarse del ejercicio de atribuciones o funciones de imperio del Estado, las referidas al cumplimiento de funciones que corresponde desarrollar al OSIPTEL.

Como se puede apreciar, esta norma reconoce la posibilidad de que controversias que surjan entre empresas que se encuentran bajo el ámbito de competencia del OSIPTEL puedan ser sometidas a arbitraje, ya sea administrado por el OSIPTEL, por otro centro arbitral o ad hoc, toda vez que la función arbitral no es exclusiva del regulador. Asimismo, se resalta que no

²¹ Ríos Pizarro, “La nulidad ‘manifiesta’ del convenio arbitral: un caso de excepciones”, 324.

pueden someterse a arbitraje las materias no arbitrables, lo que guarda coherencia con el artículo 2 de la Ley de Arbitraje.

Asimismo, el Consejo Directivo del OSIPTEL también ha reconocido la posibilidad de someter al arbitraje las controversias que surjan entre empresas operadoras de telecomunicaciones y empresas concesionarias de electricidad en el marco de una relación de compartición de infraestructura eléctrica, considerando que, al emitir los mandatos de compartición de infraestructura, viene incorporando en este como mecanismo de solución de controversias la solución amigable y, de no llegar a un acuerdo de trato directo, el arbitraje de derecho²². Cabe mencionar que precisa que se someterán a arbitraje de derecho el conflicto o controversia que surja como consecuencia de la interpretación o ejecución del mandato en todo aquello que no sea de competencia exclusiva del OSIPTEL.

6.1.6. La excepción de convenio arbitral en procedimientos administrativos trilaterales

En sede administrativa se han presentado algunos casos en los que se han interpuesto excepciones de convenio arbitral en procedimientos administrativos trilaterales, en particular, ante los órganos colegiados de solución de controversias del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN.

Por ejemplo, mediante Resolución N° 009-2009-TSC/39-2008-OSINERGMIN de fecha 6 de enero de 2009, el TSC del OSINERGMIN declaró infundada una excepción de convenio arbitral, al concluir que no es posible acudir a la vía arbitral en temas regulatorios, como era en dicho caso al versar sobre el pago de compensaciones por el uso de los sistemas de transmisión que constituyen servicios públicos. Asimismo, señaló que la competencia para conocer la controversia era del regulador, en virtud de lo dispuesto en la Ley Marco de Organismos

²² Ver: (i) Resolución N° 104-2021-CD/OSIPTEL, que aprueba el Mandato de Compartición de Infraestructura de la empresa Cable Star Ucayali S.A.C. y la Empresa Electro Ucayali S.A., y su Informe N° 00094-DPRC/2021, Expediente N° 00001-2021-CD-DPRC/MC; (ii) Resolución N° 157-2020-CD/OSIPTEL, que aprueba el Mandato de Compartición de infraestructura entre Megacable Network S.A.C. y la empresa SEAL, y su Informe N° 00005-DPRC/2020, Expediente N° 00003-2020-CD-GPRC/MC; (iii) Resolución N° 155-2020-CD/OSIPTEL, que aprueba el Mandato de Compartición de Infraestructura entre Multivisión S.R.L. y SEAL, y su Informe N° 0002-DPRC/2020, Expediente N° 00004-2020-CD-GPRC/MC; (iv) Resolución N° 065-2019-CD/OSIPTEL, que aprueba el Mandato de Compartición de Infraestructura entre Gilat Networks Perú S.A. y Empresa Municipal de Servicios Eléctricos Utcubamba S.A.C., y el Informe N° 00049-GPRC/2019, Expediente N° 00020-2018-CD-GPRC/MC; entre otros.

Reguladores, siendo que no es materia arbitrable aquella vinculada directamente a las funciones y atribuciones del Estado.

Por otro lado, en un pronunciamiento posterior del Cuerpo Colegiado Ad Hoc, esto es, mediante Resolución N° 007-2014-OS/CC-88 de fecha 22 de agosto de 2014, dicho órgano colegiado precisó, en primer lugar, que su análisis está orientado únicamente a determinar si corresponde o no amparar la excepción de convenio arbitral, siendo que no se está discutiendo su competencia con relación de la materia de controversia, máxime si los elementos que configuran su competencia son de orden público e indisponibles para las partes en conflicto.

Continuando con su análisis, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc, considerando lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley de Arbitraje, así como la plena vigencia del principio *Kompetenz-Kompetenz* y la “regla de prioridad” que el tribunal arbitral tiene a su favor para pronunciarse sobre su propia competencia, señaló que, habiéndose verificado la existencia de un proceso arbitral en trámite sobre la misma controversia iniciado con anterioridad al procedimiento, corresponde amparar la excepción de convenio arbitral, considerando que una postura contrario generaría una situación de incertidumbre y de actuaciones paralelas (administrativa y arbitral) innecesarias.

Entonces, en este caso, el OSINERGMIN respetó lo dispuesto por el artículo 16 de la Ley de Arbitraje, toda vez que no realizó ningún análisis de validez del convenio arbitral, declarando fundada la excepción al tomar conocimiento de la existencia de un proceso arbitral iniciado sobre la misma controversia. Sin embargo, cuando no existe un proceso arbitral en trámite efectúa un análisis de arbitrabilidad por el cual declara infundada la excepción.

6.2. DETERMINAR SI LA MATERIA CONTROVERTIDA ES MATERIA ARBITRABLE SUSCEPTIBLE DE SER RESUELTA POR EL TRIBUNAL ARBITRAL

6.2.1. La arbitrabilidad objetiva

La arbitrabilidad objetiva o en razón de la materia hace referencia a las cuestiones que pueden ser sometidas a arbitraje. El principal criterio que define la arbitrabilidad es el de “disponibilidad”, que son materias sobre las que las partes pueden pactar. Puede entenderse

como materias de libre disposición aquellas relacionadas con intereses esencialmente patrimoniales y privados de las partes, y que generalmente son materia de transacción²³ o inclusive pueden ser materia de renuncia. Sin embargo, lo cierto es que no existe un único concepto sobre qué debe entenderse por “disponibilidad”.

Como señalan Castillo Freyre y Sabroso²⁴, las leyes que regulan el arbitraje en el mundo se estructuran según un criterio positivo y un criterio negativo para definir la arbitrabilidad de un derecho. El primero permite que las partes sometan a arbitraje las controversias sobre derechos sobre los cuales tienen la facultad de disponer libremente, siendo un criterio abierto e inclusivo. Por otro lado, el criterio negativo es excluyente y cerrado, dado que la norma establece un listado de derechos sobre los cuales las partes están prohibidas de acudir a la vía arbitral.

La Ley de Arbitraje vigente eliminó el criterio negativo que establecía la derogada Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje, que excluía del arbitraje expresamente determinadas materias. En ese sentido, la vigente ley contempla un criterio positivo, siendo que el único eje orientador que determina qué materias son arbitrables es el de la “libre disposición”, además de permitir que sean conocidas por los árbitros aquellas materias que hayan sido autorizadas por las leyes o los tratados internacionales, aun cuando no sean de libre disponibilidad.

Al respecto, Castillo Freyre y Sabroso²⁵ sostienen que ha sido acertado eliminar el criterio negativo, dado que el devenir histórico ha demostrado que cada vez son más los derechos sobre los que se puede arbitrar y esto se refleja en las diversas excepciones susceptibles de extraerse de las prohibiciones reguladas en la derogada Ley General de Arbitraje, de modo que la nueva ley dio un paso importante, puesto que no excluye ninguna materia del arbitraje si la ley y los tratados dicen que es arbitrable o no lo prohíben expresamente.

Así también, Cantuarias²⁶ sostiene que la Ley de Arbitraje se inscribe en la tendencia mundial de ampliar al máximo el ámbito de las materias arbitrables y por ello evitar realizar un listado de materias no susceptibles de ser resueltas mediante arbitraje. Por otro lado, dicho autor

²³ Carlos Alberto Soto Coaguila, “Art. 13.- Contenido y forma del convenio arbitral”, 162.

²⁴ Mario Castillo Freyre y Rita Sabroso, “¿Las funciones del OSITRAN son materia arbitrable?”, en *Panorama Actual de Arbitraje*, ed. por Mario Castillo Freyre (Lima: Palestra, 2010), 283-284.

²⁵ Castillo Freyre y Sabroso, “¿Las funciones del OSITRAN son materia arbitrable?”, 286.

²⁶ Fernando Cantuarias Salaverry, “Art. 2°.- Materias susceptibles de arbitraje”, en *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje Tomo I*, ed. por Carlos Alberto Soto Coaguila y Alfredo Bullard González (Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011), 8-9.

considera que, con carácter general, no son susceptibles de someterse a arbitraje las cuestiones que atentan contra la moral o las buenas costumbres, denuncias referidas a delitos o faltas, cuestiones referidas al estado y la capacidad civil de las personas, la integración y modificación de contratos, algunas controversias sobre patentes y marcas o derecho laboral y controversias referidas a la libre competencia.

6.2.2. La arbitrabilidad y el orden público

También se tiende a vincular la no arbitrabilidad con las materias relacionadas al orden público. Por ejemplo, en materia penal es innegable que la titularidad de la potestad punitiva o *ius puniendi* es propia y exclusiva del Estado. Sin embargo, como señala Caivano²⁷, si bien no es discutible que el orden público puede afectar la arbitrabilidad de una materia, tampoco lo es que el legislador tenga, en abstracto, la potestad de señalar determinados contenidos imperativos a las normas que dicta, pero ni las razones de orden público que subyacen a la norma ni su imperatividad ocasionan necesariamente la no arbitrabilidad de las controversias que a ella se refieran.

En esta línea, señala que no todas las normas de orden público que consagran derechos indisponibles impiden que se sometan a arbitraje cuestiones vinculadas a ellas. Por ello, se debe determinar el alcance de estas normas de orden público y los grados de incidencia del orden público en la arbitrabilidad, dado que hay casos en los que el orden público conlleva a la imposibilidad absoluta de que los árbitros conozcan de cuestiones que se vinculan a estas y otros casos en los que no se impide que intervengan y conozcan la controversia, pero se condiciona su decisión a que, al resolverla, no se vulnere el interés general que la norma busca proteger. De esta manera, la norma de orden público no impide que los árbitros intervengan, generándose efectos *ex post*, al autorizar al juez a declarar la nulidad del laudo tras la interposición de un recurso de anulación, si es que la norma de orden público ha sido vulnerada.

En la misma línea, Rivera sostiene que “el solo hecho de que la materia sometida a arbitraje esté regulada por una normativa de orden público no excluye su arbitrabilidad, en la medida en que los derechos involucrados sean disponibles para las partes, para estar excluida deberá caer

²⁷ Roque J. Caivano, “Arbitrabilidad y Orden Público”, *Foro Jurídico*, No. 12 (2013): 75-76.

dentro de alguna de las prohibiciones expresamente establecidas en la ley”²⁸. Asimismo, Cantuarias ha señalado que la arbitrabilidad de una controversia y la existencia de normas imperativas de la ley sustantiva aplicable no deben confundirse, dado que no existe relación entre la no disponibilidad o transabilidad con el sometimiento a normas imperativas²⁹. En ese sentido, no debe rechazarse la arbitrabilidad por la sola afirmación de tratarse de materias relacionadas al orden público, siendo que el árbitro siempre deberá aplicar las normas imperativas estatales al resolver las controversias sometidas ante este.

Caivano³⁰ señala que existen “excepciones” y “cuasi-excepciones” a la arbitrabilidad. Las primeras son aquellas materias no arbitrables por su naturaleza, las cuales no tienen contenido económico o patrimonial directo, como aquellas referidas a materia penal o a derechos personalísimos. Por otro lado, las “cuasi-excepciones” son aquellas que, teniendo contenido patrimonial, han sido objeto de regulación legal que sustrae determinados derechos del ámbito de autonomía de la voluntad de las partes. A diferencia de las “excepciones”, estas últimas sí son arbitrables, aunque el laudo deberá ser revisado por los jueces a fin de verificar que el orden público haya sido resguardado.

Al respecto, Caivano³¹ resalta que “[e]l hecho de que exista un interés público que el legislador se propone tutelar mediante una ley no es razón suficiente para excluir la materia del elenco de las que pueden resolverse por la vía del arbitraje”, puesto que al calificar una norma como de orden público o imperativa, el legislador no dice ni puede inferirse que las controversias que se refieran a esta norma solo puedan ser conocidas por los jueces y no por los árbitros, sino lo que busca es que el contenido de los derechos reconocidos en dicha norma no pueda ser alterado por las partes mediante un acto de disposición. En ese sentido, lo que debe cuidarse, en protección del interés general que la norma busca tutelar, es que la intención legislativa sea respetada y ello implica prestar más atención al resultado (decisión) que al medio (vía arbitral o judicial), puesto que es el primero mediante el cual se puede lesionar el interés público.

Sobre el particular, se debe tener en cuenta que el árbitro y el juez se encuentran en la misma posición, dado que ambos están en la misma posibilidad de aplicar una norma y están sujetos

²⁸ Julio César Rivera, “El orden público en el arbitraje”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, Año V, N° 9-10 (2008): 268.

²⁹ Cantuarias Salaverry, “Art. 2.- Materias susceptibles de arbitraje”, 15.

³⁰ Caivano, “Arbitrabilidad y Orden Público”, 76.

³¹ Caivano, “Arbitrabilidad y Orden Público”, 76-77.

a los mismos límites, debiendo resguardar los derechos protegidos por el orden público. De esta manera, el orden público y la imperatividad de las normas no siempre determinan la no arbitrabilidad de las controversias, sino que determinan un límite al poder decisorio de los árbitros, dado que estas normas siempre deben ser aplicadas y respetadas por los árbitros al resolver la controversia, asegurándose de que no se contravenga el orden público.

Distinto es el caso en el que el legislador prohíbe la renuncia del derecho a accionar ante la jurisdicción ordinaria, toda vez que el legislador expresamente optó por otorgar a los jueces la jurisdicción exclusiva e irrenunciable para conocer determinadas cuestiones, de modo que en este caso la incidencia de la arbitrabilidad es directa. En este orden de ideas, Caivano concluye que “como cuestión de principio, el hecho de que en una controversia estén en juego derechos sustantivos indisponibles, o que su solución exija interpretar o aplicar normas de orden público, no constituye un impedimento al ejercicio de la jurisdicción arbitral”³².

De acuerdo con lo anterior, se puede afirmar que las materias con contenido patrimonial que han sido reguladas por normas de orden público o normas imperativas no son necesariamente no arbitrables ni quedan automáticamente excluidas del arbitraje, dado que ello no se infiere de dicho carácter, sino que implican un límite al poder decisorio de los árbitros, quienes deberán aplicar y respetar el contenido de la norma y el interés general que este busca tutelar. Por otro lado, a diferencia del caso anterior, son materias no arbitrables aquellas cuestiones respecto de las cuales el legislador ha decidido prohibir su sometimiento al arbitraje, otorgando la jurisdicción exclusiva e irrenunciable a los jueces ordinarios.

6.2.3. Marco normativo sobre la contraprestación por acceso y uso compartido de infraestructura de energía eléctrica e hidrocarburos

La Ley de Banda ha sido aprobada con el objeto de “impulsar el desarrollo, utilización y masificación de la Banda Ancha en todo el territorio nacional, tanto en la oferta como en la demanda por este servicio, promoviendo el despliegue de infraestructura, servicios, contenidos, aplicaciones y habilidades digitales, como medio que favorece y facilita la inclusión social, el desarrollo socioeconómico, la competitividad, la seguridad del país y la transformación organizacional hacia una sociedad la información y el conocimiento”.

³² Caivano, “Arbitrabilidad y Orden Público”, 77-78.

En concordancia con dicho objetivo, declaró de necesidad pública e interés nacional (i) la construcción de la RDNFO, que integre a las capitales de las provincias y el despliegue de redes de alta capacidad que integren a todos los distritos, a fin de posibilitar la conectividad de Banda Ancha fija y/o móvil y su masificación en todo el Perú; así como (ii) el acceso y uso de la infraestructura asociada a la prestación de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, a fin de facilitar el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de la Banda Ancha fija y móvil.

En esta línea, estableció en su artículo 13 la obligación de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos de proveer acceso y uso de su infraestructura a los concesionarios de telecomunicaciones, a fin de permitir el despliegue de sus redes de telecomunicaciones para la provisión de Banda Ancha. Asimismo, dispuso que el acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos se realiza a cambio de (i) una contraprestación inicial que considere la recuperación de las inversiones en las que incurra el concesionario para prestar acceso y uso de su infraestructura; así como (ii) contraprestaciones periódicas que remuneren la operación y mantenimiento, incluido un margen de utilidad razonable, las cuales se determinan mediante la Metodología prevista en el Reglamento de la Ley de Banda Ancha.

Al respecto, el Reglamento de la Ley de Banda Ancha precisa en su artículo 30 que el resultado de dicha metodología, prevista en su Anexo 1, sirve como un precio máximo, lo que implica que, aunque existe la posibilidad de pactar un precio menor, las partes no pueden pactar una contraprestación que supere el resultado de su aplicación.

Las disposiciones del Reglamento de la Ley de Banda Ancha referidas al acceso y uso de infraestructura de energía eléctrica y de hidrocarburos, que incluye el mencionado artículo 30, están dirigidas a realizar un uso eficiente de la infraestructura desplegada para dichos servicios, dado que, según la Exposición de Motivos³³ de dicha norma, se busca aprovechar las torres y postes que se hubieran construido en los proyectos de energía eléctrica o hidrocarburos, facilitando el tendido de nuevos cables de fibra óptica para el despliegue de redes de

³³ Exposición de Motivos del Reglamento de la Ley N° 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, entregado por la Secretaría General de la Presidencia del Consejo de Ministros el 14 de febrero de 2014, 10.

telecomunicaciones de alta capacidad a nivel nacional, a cambio ciertamente de una retribución económica determinada bajo ciertos criterios determinados por la Metodología.

Entonces, la Ley de Banda Ancha ha establecido un régimen inspirado en la doctrina de facilidades esenciales, que se presenta, por ejemplo, en industrias de redes que tienen características de monopolio natural, como la de telecomunicaciones o la industria eléctrica, en las que los operadores ostentan una posición privilegiada por ser titulares de infraestructura esencial³⁴. Por este motivo, a fin de simular condiciones de competencia, se impone al titular de una infraestructura necesaria para la prestación de un servicio por parte de otro concesionario de servicios públicos el deber de permitir el acceso a la misma por parte de este.

Siendo así, una empresa que controle una infraestructura esencial debe dar acceso a otros operadores siempre que la instalación sea esencial, que disponga de suficiente capacidad, que el titular de la instalación no satisfaga la demanda en un mercado de servicios ya existente y que no exista justificación objetiva para denegar el acceso, debiendo la empresa solicitante del acceso estar dispuesta a pagar un precio razonable y no discriminatorio³⁵.

6.2.4. La competencia del OSIPTEL para el ejercicio de su función de solución de controversias en materia de acceso y uso compartido de infraestructura

Los organismos reguladores, como el OSIPTEL, son organismos públicos descentralizados adscritos a la Presidencia de Consejo de Ministros, que cuentan con autonomía administrativa, funcional técnica, económica y financiera. Estos organismos ejercen las funciones supervisora, reguladora, normativa, fiscalizadora y sancionadora, de solución de reclamos de usuarios y de solución de controversias.

El Tribunal Constitucional ha reconocido la importancia de la labor de los organismos reguladores en un régimen de economía social de mercado, resaltando su misión de especial trascendencia para el correcto desenvolvimiento del mercado que les ha conferido la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios

³⁴ Joselyn Olaechea Flores, “Libre competencia versus Regulación: Sobre la aplicación del principio de supletoriedad en la nueva Ley de Represión de las Conductas Anticompetitivas”, *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, N° 12 (2011): 62.

³⁵ Santiago Muñoz Machado, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo XIV La actividad regulatoria de la Administración* (Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015), 316-317.

Públicos (en adelante, Ley Marco de los Organismos Reguladores), para cuya concretización ejercen las funciones fundamentales entre las cuales se encuentra la función de solución de controversias.³⁶

El artículo 3 de la Ley Marco de los Organismos Reguladores reconoció a los organismos reguladores la función de solución de controversias, que comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas que se encuentran bajo su ámbito de competencia, así como entre estas y sus usuarios, reconociendo o desestimando los derechos invocados por estas.

En consistencia con ello, la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL (en adelante, Ley de Funciones y Facultades del OSIPTEL), en su artículo 36, estableció que el Cuerpo Colegiado y el Tribunal Administrativo son los órganos colegiados competentes para resolver controversias en la vía administrativa, precisando que el OSIPTEL es competente para conocer toda controversia que se plantee como consecuencia de acciones u omisiones que afecten o puedan afectar el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, aunque solo una de las partes tenga la condición de empresa operadora de dichos servicios.

En el 2001, reglamentando la Ley Marco de Organismos Reguladores y la Ley de Funciones y Facultades del OSIPTEL, se emitió el Reglamento General del OSIPTEL, en cuyo artículo 49 se definió a la función de solución de controversias como aquella que autoriza a los órganos funcionales competentes del OSIPTEL a resolver vía administrativa los conflictos que surjan en el ámbito de su competencia entre empresas operadoras. Asimismo, al igual que la Ley de Funciones y Facultades del OSIPTEL, dispuso que el OSIPTEL es competente para conocer y resolver toda controversia planteada como consecuencia de acciones u omisiones de afecten o puedan afectar el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, aunque solo una de las partes tenga la condición de empresa operadora.

El artículo 53 de la misma norma establece que el OSIPTEL es competente para conocer en la vía administrativa las controversias que surjan entre empresas relacionadas con, entre otras materias, el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de

³⁶ STC N° 00008-2003-AI/TC del 11 de noviembre de 2003, fundamento 41.

servicios públicos de telecomunicaciones. Asimismo, el artículo 55 del Reglamento General del OSIPTEL dispuso también que la vía administrativa previa de solución de controversias es obligatoria y de competencia exclusiva del OSIPTEL.

El Reglamento General del OSIPTEL para la Solución de Controversias entre empresas, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 136-2011-CD-OSIPTEL (en adelante, Reglamento de Solución de Controversias), también prevé los alcances de la función de solución de controversias del OSIPTEL. Sobre el particular, el artículo 2 de la referida norma dispuso que el OSIPTEL tiene competencia para resolver controversias que surjan entre empresas operadoras de telecomunicaciones en las mismas materias listadas en el artículo 53 del Reglamento General del OSIPTEL. De igual manera, se precisó que el OSIPTEL es competente para resolver controversias planteadas como consecuencia de acciones y omisiones que afecten o puedan afectar el mercado de telecomunicaciones, aunque solo una de las partes tenga la condición de operadora. El artículo 3 del Reglamento de Solución de Controversias dispuso también que la vía administrativa previa es obligatoria y de su competencia exclusiva.

De lo expuesto, se puede observar que el legislador decidió otorgar a los organismos reguladores la función de solución de controversias que surjan entre empresas que se encuentran bajo su ámbito de competencia y en determinadas materias relacionadas con el mercado que se encuentra bajo su supervisión, a fin de asegurar el correcto desenvolvimiento del mercado, sustrayéndolas de la competencia de los jueces, quienes podrán revisar las decisiones de las autoridades administrativas una vez agotada la vía administrativa previa.

En particular, el OSIPTEL tiene la competencia exclusiva para resolver en la vía administrativa toda controversia que surja entre empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones relacionadas con las materias señaladas de manera expresa en el artículo 53 del Reglamento General del OSIPTEL, así como en el artículo 2 del Reglamento de Solución de Controversias, entre las cuales se encuentran las relacionadas al acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.

Asimismo, conforme a lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley de Funciones y Facultades del OSIPTEL, también tiene competencia exclusiva para conocer y resolver controversias entre empresas operadoras de telecomunicaciones y otras que no tengan dicha condición, en las

materias también señaladas previamente, siempre que estas se deriven de acciones u omisiones que afecten o puedan afectar el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones.

6.3. DETERMINAR SI ES POSIBLE TRASCENDER DEL TEXTO DE LA NORMA AL INTERPRETAR Y DETERMINAR EL VALOR QUE EL REGLAMENTO DE LA LEY DE BANDA ANCHA OTORGÓ AL DENOMINADOR “NA”

6.3.1. La interpretación jurídica

La teoría de la interpretación jurídica tiene como finalidad desentrañar qué quiere decir una norma, es decir, encontrar su significado legal, ya sea porque surja un problema de interpretación del propio texto o de su aplicación al caso concreto. Como señala Zusman³⁷, en algunos casos, la norma puede ser ambigua, lo que hace que una misma norma pueda tener varias interpretaciones, en otros casos, su sentido no coincide con lo que se llama la intención del legislador o propósito de la ley, ya sea porque resultaría en un absurdo o en una incoherencia que el intérprete debe evitar.

En esta línea, Marcial Rubio³⁸ sostiene que la teoría de la interpretación jurídica no puede ser considerada una ciencia, dado que las reglas de interpretación jurídica no necesariamente dan lugar a un único resultado, sino que pueden obtenerse distintos resultados atendiendo al punto de partida y la metodología de interpretación que asuma el intérprete. De este modo, estas reglas pueden combinarse de diferentes formas, generando posibles distintas respuestas a un mismo problema, todas válidas según las reglas de la teoría de la interpretación. Así, el autor señala que una regla saludable y exigida por la teoría clásica de interpretación consiste en que el intérprete aplique los distintos métodos de interpretación al mismo problema y tomar como válida la interpretación que resulta de aplicar lo más completa y armónicamente posible todos los métodos aplicables a dicho problema. Siendo así, la interpretación es entendida como un conjunto de instrumentos y métodos que no pueden ser jerarquizados entre sí de manera predeterminada.

³⁷ Shoschana Zusman Tinman, *La interpretación de la Ley. Teórica y Métodos* (Lima: Fondo Editorial PUCP, 2018), 27-29.

³⁸ Marcial Rubio Correa, *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho* (Lima: Fondo Editorial PUCP, 2009), 223-224.

A) Los criterios generales de interpretación

Como sostiene Marcial Rubio³⁹, cada intérprete adopta siempre una posición axiomática de interpretación conformada por una combinación ponderada de los criterios de interpretación, es decir, asume uno o más criterios de interpretación bajo distintas consideraciones y, por ende, se pone en uno o más puntos de partida para realizar su labor interpretativa, trazando una dirección interpretativa diferente a la de cualquier otro intérprete. Así, muchas veces la discrepancia no está en el significado de las normas, sino en la posición axiomática de interpretación que el intérprete adopta. A continuación, se desarrollarán algunos de los criterios de interpretación más utilizados:

A.1) Criterio tecnicista

En base a este criterio, el intérprete asume que la labor de interpretación consiste en desentrañar el significado de la norma a partir del Derecho mismo, sin que intervengan elementos ajenos a lo técnicamente legal o contenidos extrajurídicos (ética, social, política, etc.). Para ello, algunos de los medios que se utilizan para la interpretación son los siguientes:⁴⁰

- La literalidad de la norma, es decir, el significado lingüístico, con los significados especiales que las palabras asuman en el Derecho.
- La *ratio legis* de la norma, es decir, su razón de ser.
- Los antecedentes jurídicos, es decir, la información previa a la existencia de la norma que permiten entender el porqué de su texto y la intención por la cual se hizo, ya sean las normas derogadas, los debates de quien la aprobó, los documentos sustentatorios, etc.

A.2) Criterio axiológico

Bajo este criterio, el intérprete asume que debe adecuar el resultado, en cuanto sea posible, a determinados valores (libertad, justicia, etc.) que deben prevalecer al aplicar el Derecho. Estos valores pueden ser diversos y estar ordenados de manera distinta según cada intérprete.

³⁹ Rubio Correa, *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*, 233 y 236-237.

⁴⁰ Rubio Correa, *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*, 233-234.

Asimismo, a diferencia de criterio tecnicista, sí intervienen en la interpretación elementos extraños a lo técnico-jurídico, que provienen de la axiología.⁴¹

A.3) Criterio teleológico

Según este criterio, el intérprete asume que la interpretación debe efectuarse de manera que se obtenga, en la medida de lo posible la finalidad de la aplicación de la norma jurídica, lo que supone que el intérprete o la autoridad que aprobó la norma haya establecido o predeterminado los objetivos que se busca alcanzar a través del Derecho. Este criterio justifica, entonces, que se atribuya a una disposición normativa el significado que corresponda según su finalidad, dado que se entiende que la norma es un medio para alcanzar un fin⁴².

B) Métodos de interpretación

Los métodos de interpretación son procedimientos metodológicos que permiten esclarecer el significado de las normas recurriendo cada uno a distintas variables de interpretación. Estos están estrechamente vinculados con los criterios de interpretación, dado que estos últimos determinan las varias combinaciones de los métodos, siendo algunos de los más utilizados los siguientes:

B.1) Método literal

Este método es un decodificador elemental sobre lo que dice la norma, por lo que siempre se utiliza. El procedimiento consiste en averiguar el significado de la norma utilizando las reglas lingüísticas propias al entendimiento común del lenguaje escrito, para lo cual se trabaja con la gramática y el diccionario, con excepción de los términos que tengan algún significado jurídico específico, en cuyo caso se deberá averiguar cuál de los significados (común o jurídico) es el que la norma utiliza.

Sin embargo, es importante señalar, conforme indica Marcial Rubio⁴³, que este método puede dejar sin solución a una serie de problemas de interpretación. Como se señaló, este siempre se

⁴¹ Rubio Correa, *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*, 235.

⁴² Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, *Argumentación e Interpretación* (Lima: Grijley, 2013), 284.

⁴³ Rubio Correa, *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*, 238-240.

va a aplicar, pero suele ir acompañado de otros métodos para dar un verdadero sentido a las interpretaciones, siendo que en diversos casos no da una solución interpretativa adecuada. En ese sentido, su utilización preponderante es discutible, siendo que inclusive el Tribunal Constitucional⁴⁴ ha indicado que, si bien la interpretación de los derechos fundamentales puede efectuarse bajo el método literal, por sí mismo resulta insuficiente.

B.2) Método de la *ratio legis*

Por este método, se obtiene el significado de la norma desentrañando su razón de ser intrínseca, la cual se extrae y fluye directamente de su propio texto, por lo que no se requiere acudir a otros documentos o fuentes distintas que sirven para algo distinto, esto es, hallar la intención del legislador al emitir la norma. La *ratio legis* no siempre puede ser percibida y, en tanto es un criterio un tanto subjetivo, debe cuidarse de diferenciar las ideas personales y la *ratio legis* de la norma.⁴⁵

B.4) Método sistemático por ubicación de la norma

Bajo este método, la interpretación se realiza considerando el grupo normativo, conjunto y subconjunto del Derecho en el cual está incorporada la norma, de manera que su significado se esclarezca atendiendo a los elementos conceptuales, principios y contenidos propios de la estructura normativa en la que se encuentra.⁴⁶

B.5) Método histórico

Por este método, la interpretación se realiza recurriendo al contenido de los antecedentes jurídicos directamente vinculados a la norma. Este se sustenta en que el legislador siempre tiene una determinada intención al emitir la norma, la cual debe contribuir de manera decisiva a explicar el sentido de esta. Sin embargo, si bien este método puede aportar importantes elementos de juicio para la interpretación, su uso es discutido, dado que no siempre la intención del legislador es manifiesta, es considerado un método subjetivo y su resultado puede ser un obstáculo a la adaptación del Derecho a la realidad social.

⁴⁴ STC N° 1941-2002-AA/TC del 27 de enero de 2003, fundamento 5.

⁴⁵ Rubio Correa, *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*, 240-241.

⁴⁶ Rubio Correa, *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*, 245 y 247.

Las fuentes directas e indirectas de la intención del legislador son (i) trabajos preparatorios de la norma; (ii) las fundamentaciones expresas de los proyectos legislativos, dejadas por escrito por los autores, con las que dejan constancia de las razones por las que proponen la norma y los contenidos específicos (por ejemplo, las exposiciones de motivos); (iii) las fundamentaciones que hacen los ponentes ante el Congreso; (iv) las normas en las que el legislador señala haberse inspirado y las normas derogadas; (v) la *ocassio legis*, es decir, aquella situación específica que fue la causa eficiente de la aprobación de la norma.⁴⁷

Ahora bien, Zusman⁴⁸ señala que el intérprete informado no se conforma con la primera mirada o impresión inicial del texto de la norma, debe preguntarse si debe priorizar la letra o el espíritu de la norma. Para ello, el intérprete debe conocer los hechos, determinar dónde se encuentra la ambigüedad de la norma y debe entender las consecuencias de su decisión y elegir la más adecuada atendiendo a un criterio de justicia, equidad, eficiencia, etc. Al respecto, recomienda poner atención a (i) cómo era la norma anterior; (ii) cuál es la historia de la norma; y, (iii) qué hechos ocurrieron con relación a la norma que generaron la controversia.

De igual manera, la autora⁴⁹ sostiene que es posible trascender el significado literal de la norma, para lo cual se puede recurrir a la intención del legislador, cuya búsqueda involucra la interpretación histórica a fin entender la norma (a través de la revisión de la norma anterior, los trabajos preparatorios, exposiciones de motivos y debates parlamentarios), así como la interpretación teleológica, que busca entender la finalidad económica, social o moral de la norma y los principios que la inspiran.

En la misma línea, Rodríguez – Toubes⁵⁰ indica que uno de los dilemas más importantes que enfrenta el intérprete consiste en elegir entre dar a la norma el significado que comunica su texto (doctrina declarativa) o darle el significado que mejor se ajusta a su razón de ser, aunque no se perciba del texto (doctrina reconstructiva). Mediante la doctrina declarativa, se busca hallar el significado de la norma atendiendo al uso lingüístico común o al significado que usan los juristas. Por otro lado, en la doctrina reconstructiva se busca darle el significado más

⁴⁷ Rubio Correa, *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*, 248-250.

⁴⁸ Zusman Tinman, *La interpretación de la Ley. Teórica y Métodos*, 70-71.

⁴⁹ Zusman Tinman, *La interpretación de la Ley. Teórica y Métodos*, 161-162.

⁵⁰ Joaquín Rodríguez-Toubes, “El criterio histórico en la interpretación jurídica”, *Revista Jurídica de la Universidad de Santiago de Compostela* Vol. 22, N° Extra 1 (2013): 606-607.

congruente con su finalidad, lo que no implica desentenderse del texto. El contraste entre ambas doctrinas se encuentra, entonces, en el grado de compromiso con el texto o con el fin de la norma cuando están en conflicto, mientras que en la doctrina declarativa prevalece el significado que se desprende del texto (interpretación declarativa), en la doctrina reconstructiva prevalece la interpretación que mejor realiza los fines perseguidos (interpretación correctora).

Sobre este punto, Guastini señala que la interpretación declarativa se abstiene de corregir el significado del texto normativo interpretado, mientras que la interpretación correctora no se limita a declararlo y más bien lo corrige. Asimismo, señala que se entiende por interpretación correctiva cualquier interpretación no declarativa o no literal, dado que esta atribuye a un texto normativo un significado distinto al que tendría según el uso común de las palabras y las reglas gramaticales⁵¹.

La interpretación correctora puede ser tanto extensiva, porque amplía el significado literal de una formulación normativa y su campo de aplicación, o restrictiva, porque reduce el significado literal de una formulación normativa y su campo de aplicación. Algunos de los argumentos que sirven para fundamentar una interpretación extensiva es el argumento analógico, que atribuye a un supuesto la solución normativa de otro supuesto debido a su semejanza relevante, y el argumento *a fortiori*, por el cual con mayor razón se atribuye a un supuesto la solución normativa que el mismo sistema jurídico contempla para otro supuesto.⁵²

Por otro lado, algunos de los argumentos que justifican la interpretación restrictiva son el argumento teleológico, que se utiliza cuando una disposición normativa se interpreta atendiendo a su propia finalidad objetiva, y el argumento *ad absurdum*, por el cual, cuando se puede atribuir a una disposición normativa diversos significados, se interpreta prescindiendo del o los significados que den lugar a consecuencias absurdas o contrarias a valoraciones de sentido común⁵³, cuyo fundamento se encuentra en la idea de la razonabilidad del legislador y de la invalidez de las normas absurdas⁵⁴. Otro argumento que puede justificar tanto

⁵¹ Riccardo Guastini, *Interpretar y argumentar* (Lima: Ediciones Legales, 2018), 117-118.

⁵² José Juan Moreso y Josep Maria Vilajosana, *Introducción a la teoría del Derecho* (Madrid: Marcial Pons, 2004), 166-167.

⁵³ Moreso y Vilajosana, *Introducción a la teoría del Derecho*, 168-171.

⁵⁴ Giovanni Tarello, *La interpretación de la Ley* (Lima: Palestra Editores, 2013), 331.

interpretaciones literales como correctoras es el argumento pragmático, por el cual se interpreta la disposición eligiendo aquel significado que lo haga más eficaz para lograr su finalidad.⁵⁵

6.3.2. La fórmula de la Metodología para la determinación de la contraprestación periódica por concepto de acceso y uso compartido de infraestructura

La Metodología para la determinación de la contraprestación inicial y periódica por acceso y uso compartido de infraestructura se encuentra prevista en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, en la cual se establece que la contraprestación inicial única cubre la inversión incremental en la adecuación de la infraestructura durante su vida útil, está orientada a costos y es asumida por los concesionarios proporcionalmente. Por otro lado, se establece que la contraprestación mensual por el acceso y uso a la misma (RM) viene dada, en su versión original, por la siguiente fórmula:

$$RM=Imp+OMc \times B \times (1+im)$$

Donde:

Imp: Impuestos municipales adicionales (si los hubiere).

OMc: Costo OPEX adicional de la infraestructura cuando se comparte; que representa una fracción del costo mensual OPEX de la infraestructura sin participación.

B: Factor de distribución de costos sólo entre los arrendatarios.

$B = 1/Na$.

Donde Na: número de arrendatarios.

im: Tasa de retorno mensualizada o margen de utilidad razonable.

Para el caso de la infraestructura eléctrica se debe considerar además:

$$OMc=f \times OMs$$

Donde:

f : 20%

OMs: Costo mensual OPEX sin participación y se calcula de la siguiente forma:

Cálculo de OMs	Tipo de línea eléctrica
$OMs = l/12 \times BT$	Baja Tensión
$OMs = h/12 \times BT$	Media Tensión y/o Alta Tensión

BT: Es la Base Total de cálculo de la infraestructura eléctrica y está dada por:

⁵⁵ Moreso y Vilajosana, *Introducción a la teoría del Derecho*, 172.

$$BT = (1+m) \times TP$$

Donde:

TP: Costo de las torres o postes regulados del sector energía.

m= 77%. Expresa el costo del montaje de las torres, postes o suministros.

l= 7.2%. Para baja tensión.

h= 13.4%. Para media o alta tensión.

De lo anterior se aprecia que las referidas contraprestaciones no pueden ser libremente determinadas por las partes, sino que estas deben ser determinadas aplicando la Metodología. En particular, la contraprestación periódica no puede superar el resultado de esta, toda vez que responde a un precio máximo.

Entonces, de acuerdo con la fórmula, el operador de telecomunicaciones debe pagar la suma de los impuestos municipales adicionales que genera el acceso y uso compartido de infraestructura (Imp), en caso los hubiera, y el producto de los siguientes componentes: (i) el costo de operación y mantenimiento (OPEX) adicional en que se incurre cuando la infraestructura eléctrica es compartida (OMc), que representa una fracción o porcentaje del costo mensual OPEX de la infraestructura sin compartición (OMs); (ii) el factor de distribución entre los arrendatarios ($B=1/N_a$); y, (iii) un margen de utilidad razonable (im).

Con relación al factor “ N_a ”, la norma indica que este significa “número de arrendatarios” y que es parte del componente “B”, que es el factor de distribución de costos solo entre los arrendatarios. No hay un mayor desarrollo explicativo.

6.4. DETERMINAR SI EL PAGO EN EXCESO POR CONCEPTO DE CONTRAPRESTACIÓN PERIÓDICA CONFIGURA UN SUPUESTO DE PAGO INDEBIDO CONFORME AL CÓDIGO CIVIL

6.4.1. El pago indebido y sus requisitos

El pago indebido es una fuente heterónoma de obligaciones, pues la relación obligatoria no se constituye por voluntad de los sujetos que la conforman, sino que es impuesta por el

ordenamiento jurídico, es decir, es un supuesto legalmente tipificado⁵⁶. Este se encuentra previsto en el artículo 1267 del Código Civil, el cual establece que “El que por error de hecho o de derecho entrega a otro algún bien o cantidad en pago, puede exigir la restitución de quien la recibió”. Con esta regulación el ordenamiento jurídico prevé una reacción ante el desplazamiento patrimonial que carece de causa⁵⁷, es decir, es un pago falto de equidad y, por ende, contrario a la justicia, lo que resulta causa eficiente del derecho a exigir y de la obligación de restituir lo ilegítimamente pagado⁵⁸.

Atendiendo a lo dispuesto por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema en el fundamento 10 de la Casación N° 85-2010 Lima, el pago indebido se configura cuando se cumplen los siguientes requisitos: (i) el pago no es debido, es decir, no existe una obligación entre quien paga y quien acepta el pago; y, (ii) el pago debe haberse realizado por error, ya sea de hecho o de derecho.

Por otro lado, Ferrero⁵⁹ indica de manera más detallada que los elementos del pago indebido son (i) el cumplimiento de una prestación; (ii) el *animus solvendi*, es decir, la intención de extinguir una obligación propia; (iii) la inexistencia de la obligación, es decir, no existe causa para el pago; y, (iii) el error de hecho o de derecho en quien realiza el pago (*solvens*), es decir, realiza el pago por equivocación.

De manera similar, Barchi⁶⁰ señala que el supuesto de hecho del pago indebido está conformado por tres presupuestos: (i) desplazamiento patrimonial, es decir, la entrega de un bien o cantidad que otorga una ventaja o beneficio de carácter patrimonial a otra persona; (ii) la ausencia de causa, pues el desplazamiento patrimonial no se funda en una relación obligatoria previa, la cual es el título jurídico del pago; y, (iii) el error del *solvens*, el cual se entiende como la convicción de ejecutar una prestación debida.

⁵⁶ Luciano Barchi Velaochaga, “Si algo tiene la posibilidad de salir mal, saldrá mal. Algunas consideraciones sobre la regulación del pago indebido en el Código Civil peruano”, *Revista Ius et Veritas*, N° 33 (2006): 80.

⁵⁷ Raúl Ferrero Costa, “Definición y efectos del pago indebido”, en *Código Civil Comentado Tomo VI*, ed. Walter Gutiérrez Camacho y Manuel Muro Rojo (Lima: Gaceta Jurídica, 2007), 475.

⁵⁸ Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre, *Compendio de Derecho de las Obligaciones* (Lima: Palestra, 2011), 623.

⁵⁹ Raúl Ferrero Costa, “Definición y efectos del pago indebido”, 475.

⁶⁰ Luciano Barchi Velaochaga, “El enriquecimiento sin causa en el contexto del contrato: a propósito del pago en exceso”, *Revista Advocatus*, N° 38 (2019): 32-34.

Por su lado, Osterling y Castillo Freyre⁶¹ indican que el pago indebido no reúne los requisitos propios del pago, toda vez que este último presupone la preexistencia de una obligación que generaba el deber de cumplir, así como el *animus solvendi* al ejecutar la prestación, mientras que el pago indebido es aquel pago no basado en una obligación que le dé sustento y carente de *animus solvendi*, entendido como la voluntad consciente de lo que se está haciendo (lo que está relacionado con el error), y que, por tanto, no cumple con todos los requisitos del pago. De manera similar a lo señalado por la Corte Suprema, indican que se configura un supuesto de pago indebido cuando (i) el pago no es debido, pues no existe una obligación entre quien paga y quien recibe el pago, y (ii) el pago es efectuado por error.

6.4.2. Supuestos de pago indebido

Atendiendo a lo anteriormente expuesto, Osteling y Castillo Freyre⁶² dan algunos ejemplos de los supuestos en los cuales se configura el pago indebido: (i) el doble pago, es decir, cuando por error se paga una deuda que ya estaba pagada; (ii) el pago en demasía, es decir, cuando por error se paga en exceso se puede exigir la restitución del excedente; (iii) el pago de una prestación distinta a la debida, es decir, cuando por error se paga una deuda existente, pero con una prestación que no se debía; entre otros supuestos.

En línea con lo anterior, Díez-Picazo⁶³ señala que la figura del pago indebido se configura cuando se ejecuta una prestación que no es debida por error, lo cual puede responder a alguna de las siguientes causas: (i) la deuda existe, pero vincula a personas distintas del que da y recibe el pago; (ii) nunca ha existido una relación obligacional entre el que da y recibe o esta se extinguió antes de efectuarse el pago; (iii) existe una deuda entre el *solvens* y el *accipiens*, pero el *solvens* ha entregado una mayor cantidad a la debida o cosa distinta de la que se pactó.

En concordancia con los anteriores autores, Barchi⁶⁴ también considera que el pago en exceso constituye un pago indebido, pues, si bien en este caso existe una causa (una obligación), el *solvens* da al *accipiens* una suma mayor a la debida, bajo la creencia equivocada de que la suma que se debe es mayor. En ese sentido, la obligación de restituir es respecto de lo pagado en

⁶¹ Osterling Parodi y Castillo Freyre, *Compendio de Derecho de las Obligaciones*, 625-630.

⁶² Osterling Parodi y Castillo Freyre, *Compendio de Derecho de las Obligaciones*, 627-628.

⁶³ Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, *Sistema de Derecho Civil. Volumen II* (Madrid: Tecnos, 1992), 582.

⁶⁴ Luciano Barchi Velaochaga, “El enriquecimiento sin causa en el contexto del contrato: a propósito del pago en exceso”, 35-37.

exceso, que es precisamente lo no debido. Así, el autor precisa que en el Derecho Civil no existe una distinción entre el pago indebido o pago en exceso, ya sea porque se pague sin existir título o que se pague con título, pero en exceso, pues en ambos casos existiría un desplazamiento patrimonial realizado por error, siendo que la *conditio indebiti* pretende evitar que el *accipiens* se enriquezca sin causa. Por tanto, en este caso se trata de un error relativo, no absoluto, pues el *solvens* sí está obligado, pero se equivoca en uno de los elementos, como la cantidad de lo que debe.

Por otro lado, a diferencia de lo señalado por los citados autores, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema ha diferenciado ambos supuestos, inaplicando las disposiciones del pago indebido al supuesto de pago en exceso. Así, por ejemplo, en el fundamento 11 de la Casación N° 5076-2013 Lima ha señalado que, al tratarse de un pago en exceso “no resulta de aplicación el artículo 1274 del Código Civil”. De manera más precisa, mediante Casación N° 7458-2013 Lima, la referida Sala de la Corte Suprema señaló de manera expresa en el fundamento 4 que el pago en exceso es un “supuesto de hecho distinto al pago indebido regulado en el artículo 1267 del Código Civil”, haciendo suyos los argumentos presentados por la Corte Superior, el que indicó que el pago indebido es “el pago que no debió hacerse”, supuesto diferente al de autos en el que “sí había obligación de pago, pero de una suma menor”.

De esta manera, para estas casaciones el pago en exceso presupone la existencia de una obligación de pago, pero de una menor suma de dinero, mientras que el pago indebido no presupone obligación alguna, siendo un pago de lo que no se debe.

Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema no es uniforme, sino incluso contradictoria, puesto que en una oportunidad posterior, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema indicó en el fundamento 8 de la Casación N° 4594-2015 Lima que “el pago indebido, conforme a la regulación dispuesta por nuestro legislador, se presenta exclusivamente entre personas verdaderamente vinculadas por una relación obligacional como acreedor y deudor, dentro de la cual lo indebido se encuentra constituido por la relación de una prestación que no se ajusta a los términos pactados entre ellas”. Continúa señalando en el fundamento 9 “que la configuración de los supuestos de pago indebido suponen, inicialmente, la preexistencia de un acuerdo o concertación libre entre las partes en relación a los términos en que debería cumplirse

la obligación adoptada por ellas; en cuyo caso, el pago indebido se presenta cuando se paga más de lo pactado”.

Es decir, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema reconoce el pago en exceso como un supuesto de pago indebido, a diferencia de lo señalado por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente.

6.4.3. El error como presupuesto del pago indebido

Como se ha señalado, uno de los requisitos del pago indebido es el error del que paga indebidamente (*solvens*). Este error puede ser de hecho o de derecho. El error de hecho es aquel producto de una falsa o equivocada representación de la realidad, por la cual el *solvens* considera supuestos diferentes a los reales, lo que lo lleva a efectuar un pago realmente no deseado⁶⁵.

Por otro lado, con relación al error de derecho, Osterling y Castillo Freyre⁶⁶ sostienen que “El error de derecho supone una información parcial incompleta de las normas jurídicas” y que, ante la presunción de que toda ley es conocida con su publicación en el Diario Oficial “El Peruano”, “el error de derecho que faculta a quien paga indebidamente a exigir la restitución de lo pagado, no puede ser entendido como un desconocimiento de la ley, sino como una interpretación equivocada del Derecho”. Esta definición ha sido recogida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema en el fundamento 11 de la Casación N° 85-2010 Lima.

Sobre este punto, cabe traer a colación lo señalado por Barchi respecto a la necesidad de contar con leyes claras y precisas en sus supuestos de hecho y consecuencias, para que no induzcan a error a nadie por su oscuridad o falta de claridad normativa por abuso de conceptos vagos e indeterminados, pues cuando la norma es oscura puede generar diversas interpretaciones respecto a una única disposición normativa que genera incertidumbre y dudas respecto de su interpretación, es decir, de su significado⁶⁷. Esta situación puede conllevar a una interpretación equivocada del Derecho.

⁶⁵ Osterling Parodi y Castillo Freyre, *Compendio de Derecho de las Obligaciones*, 631.

⁶⁶ Osterling Parodi y Castillo Freyre, *Compendio de Derecho de las Obligaciones*, 631.

⁶⁷ Barchi Velaochaga, “Si algo tiene la posibilidad de salir mal, saldrá mal”, 79.

Asimismo, se debe señalar que el error del *solvens* no tiene que ser excusable, puesto que lo contrario conllevaría a la solución amoral de permitir que el *accipiens* se quede con aquello que no se le debe bajo el pretexto de que el *solvens* debió ser diligente.⁶⁸

Otro punto importante radica en la prueba del error, el cual puede ser complejo, pero se facilita con las presunciones previstas en el artículo 1273 del Código Civil. Dicho artículo establece que la prueba del error se encuentra a cargo de quien invoca el pago indebido, salvo que el demandado negara haber recibido el bien que se le reclame, en cuyo caso se releva al demandante (*solvens*) de toda otra prueba adicional a la entrega del pago, lo que no enerva el derecho del demandado de acreditar que lo que recibió era lo debido.

Otra presunción en favor del *solvens* se refiere a la presunción del error en el pago cuando se cumple con una prestación que nunca se debió o que ya estaba pagada, en cuyo caso el *solvens* debe probar el pago y manifestar que nunca debió lo que entregó o probar que, si debió, ya lo pagó. Esta presunción puede ser destruida por el *accipiens* acreditando que este pago se hizo a título de liberalidad o por otra causa justa.

6.5. DETERMINAR SI ES POSIBLE DEVOLVER UN IMPORTE QUE EXCEDE LO SOLICITADO POR AZTECA EN SU PETITORIO, CONSIDERANDO LOS ALCANCES DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

6.5.1. El principio de congruencia y su flexibilización

El principio de congruencia es un principio del Derecho Procesal que se encuentra recogido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, el cual establece que “El Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes”.

Entonces, para el Derecho Procesal este principio implica que el juzgador solo puede pronunciarse sobre las pretensiones y hechos propuestos por las partes durante el proceso, es decir, debe existir congruencia entre lo pretendido y lo que declara el juzgador en su decisión,

⁶⁸ Díez-Picazo y Gullón, *Sistema de Derecho Civil. Volumen II*, 582.

debiendo existir identidad de entre la materia, partes y hechos de una *litis* y lo resuelto por la decisión jurisdiccional que la dirima⁶⁹.

Al respecto, la Corte Suprema ha señalado que el principio de congruencia “constituye un postulado de lógica formal por el cual el Juez debe decidir según las pretensiones deducidas en juicio y en armonía con la relación jurídica procesal establecida, sin alterar ni modificar los aspectos esenciales de la materia controvertida”. Asimismo, señaló que dentro de las clases de incongruencia objetiva se identifican: “i) *ultra petita*, cuando el órgano jurisdiccional concede cuantitativamente más de lo pedido, ii) *extra petita*, cuando el Juez concede cosa distinta a la pedida o algo no pedido, y iii) *citra petita*, cuando el Juez incumple pronunciarse respecto a todos los puntos controvertidos o respecto a alguna de las pretensiones.”⁷⁰

Como señala el Tribunal Constitucional, este principio tiene relación directa con otras garantías y derechos constitucionales vinculados al debido proceso, como es el derecho de defensa, el derecho a un juez imparcial y el derecho a la motivación:

(...), la infracción del deber de congruencia supone no sólo la afectación del principio dispositivo al cual también se encuentra sumergido el proceso civil, sino que a consecuencia de ello se puede afectar otros derechos constitucionalmente protegidos, verbigracia el derecho de defensa y, en determinadas ocasiones, el derecho a ser juzgado por un juez imparcial.⁷¹

(...) uno de los contenidos esenciales del derecho al debido proceso es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. La exigencia (...) garantiza que los jueces, cualquiera que sea la instancia a la que pertenezcan, expresen la argumentación jurídica que los ha llevado a decidir una controversia, (...); pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables.⁷²

⁶⁹ Marianella Ledesma Narváez, *Comentarios al Código Procesal Civil Tomo I* (Lima: Gaceta Jurídica, 2008), 66.

⁷⁰ Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, Casación N° 6190-2013 Lambayeque, fundamento 2.

⁷¹ STC N° 03151-2006-AA/TC del 17 de setiembre de 2008, fundamento 5.

⁷² STC N° 8123-2005-PHC/TC del 14 de noviembre de 2005, fundamento 35.

En la misma línea, la Corte Suprema ha dispuesto que el principio de congruencia es parte integrante del derecho de motivación de las resoluciones judiciales y conlleva a que el juzgador deba resolver conforme al petitorio expresado en la demanda, considerando la petición inicial como punto central del proceso, a partir del cual se formulan los argumentos de contradicción, excepciones y ofrecimiento de pruebas que materialicen la defensa técnica de la parte demandada⁷³. Asimismo, también señaló que este deber de congruencia:

(...) implica la exigencia del Juzgador, de resolver el conflicto jurídico sometido a la jurisdicción, garantizando la identidad entre la pretensión contenida en la demanda postulada en el proceso y, lo resuelto en la sentencia que pone fin al mismo; de modo tal que conjuntamente garantiza el derecho de defensa de la parte emplazada pues le permite organizar su defensa técnica y el acopio de caudal probatorio, en base a la delimitación precisa del objeto de la demanda. Es en virtud de dicho principio, que se encuentra proscrito y se incurre en una afectación al debido proceso, cuando se emite un pronunciamiento en el que se falle más de lo pedido (*ultra petita*), distinto a lo pedido (*extra petita*) o menos de lo pedido (*citra petita*).⁷⁴

De acuerdo con ello, se puede afirmar que la congruencia procesal consiste en una garantía para las partes del proceso, vinculada a otras garantías y derechos constitucionales como lo son el debido proceso, el derecho de defensa y el derecho a la motivación, constituyendo a su vez un límite importante a la discrecionalidad del juzgador, toda vez que no podrá pronunciarse más allá de lo pedido ni fundamentar su decisión en hechos distintos a los alegados por las partes del proceso.

Tal es su importancia como garantía procesal que su contravención es sancionada con nulidad. Al respecto, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema ha señalado que los efectos que genera la transgresión de la congruencia “se sitúan en la teoría de la nulidad procesal, que permite invalidar los actos que la contravienen. Es decir, se sanciona la transgresión de la

⁷³ Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, Casación N° 8507-2015 Lima, del 29 de noviembre de 2016, fundamento 2.5.

⁷⁴ Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, Casación N° 15760-2013, La Libertad. Citada en la Casación N° 8507-2015 Lima, fundamento 2.5.

congruencia porque constituye una garantía para las partes, un límite para el juez, que otorga seguridad y certeza a las partes e interviene la posible arbitrariedad judicial”⁷⁵.

Ahora bien, se debe mencionar que el Tribunal Constitucional ha reconocido que el principio de congruencia se aplica en todo tipo de proceso, teniendo particular importancia en aquellos en los que se discuten intereses de naturaleza estrictamente privada. No obstante, este principio viene admitiendo su relativización o flexibilización en aquellos casos en los que se encuentren involucrados intereses y derechos de especial relevancia social e innegable trascendencia pública, como los que se presentan en materia laboral, constitucional o de familia.

Si bien el principio de congruencia resulta de aplicación a todos los ámbitos del derecho procesal, resulta especialmente válido cuando los intereses que las partes discuten son de naturaleza estrictamente privada; no obstante, cuando están en juego intereses de innegable trascendencia pública, la congruencia procesal puede verse restringida en atención a la legítima protección de otros bienes constitucionales (cfr. STC 2868- 2004-AA, Fund. N. o 11; STC 0905- 200 1-AA, Fund. N.0 4). Por esta razón, en ámbitos de especial relevancia social del derecho, tal principio sufre una relativización. Así sucede, entre otros, en los ámbitos del derecho constitucional, laboral y de familia.⁷⁶

Entonces, la facultad del juez de relativizar la aplicación del principio de congruencia en ámbitos como los mencionados (familia, laboral y constitucional) guarda coherencia con el contenido fundamental que se protege y el especial carácter tuitivo del Derecho en esos ámbitos.

A manera de ejemplo, en el ámbito laboral, la Ley N° 29497, La Nueva Ley Procesal del Trabajo, en su artículo 31, faculta al Juez a disponer el pago de sumas mayores a las demandadas si apareciere error en el cálculo de los derechos demandados o error en la invocación de las normas aplicables, dando lugar a un supuesto de flexibilización del principio de congruencia. Ello guarda coherencia con la irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores reconocido constitucionalmente, así como con el carácter tuitivo del Derecho

⁷⁵ Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, Casación N° 2359-2015 Ica, fundamento 3 y 4.

⁷⁶ STC N° 00782-2013-PA/TC del 25 de marzo de 2015, fundamento 5.

Laboral como materia social *sui generis* que busca proteger a la parte más débil de la relación laboral: el trabajador.

Asimismo, en el ámbito de familia, el Tercer Pleno Casatorio Civil se concluyó que el juez solo se pronunciará de oficio sobre la indemnización del cónyuge perjudicado siempre que la parte interesada haya alegado o expresado de alguna forma hechos concretos referidos a los perjuicios resultantes de la separación de hecho y que la contraparte tenga oportunidad de ejercer su derecho de contradicción. Es decir, para el voto de la mayoría, no se contraviene el principio de congruencia en este supuesto siempre que se tutele el derecho de defensa de la contraparte⁷⁷.

Esto implica que aún en casos en los que se busque proteger un interés o derecho con especial relevancia social en los que relativiza el principio de congruencia, existen ciertos límites como son la tutela del derecho de defensa y contradicción.

6.5.2. El principio de congruencia en el procedimiento administrativo trilateral

El principio de congruencia no se aplica únicamente en los procesos civiles, sino también en los procedimientos administrativos trilaterales. Tal como indica Gómez Apac⁷⁸, en estos procedimientos se aplican tanto instituciones del derecho administrativo como de la teoría general del derecho, ya sean instituciones del proceso civil o penal. Más bien, cuándo se aplican unas u otras dependerá del tipo del procedimiento administrativo trilateral, pues algunos tienen el interés público y el interés privado en la misma intensidad, mientras que en otros prevalece el interés público. Esta variación conlleva también a una modulación en la aplicación de instituciones procesales como el principio de congruencia.

Lo anterior es consistente con lo establecido en el artículo 198 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, TUO de la LPAG), el cual dispone en el inciso 198.2 que “En procedimientos iniciados a petición del interesado, la resolución será congruente con

⁷⁷ Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, Casación N° 4464-2010 Puno, Tercer Pleno Casatorio Civil, considerando 19.

⁷⁸ Hugo Gómez Apac, “El Procedimiento Trilateral: ¿Cuasijurisdiccional?”, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 10 (2011): 19.

las peticiones formuladas por éste, sin que en ningún caso pueda agravar su situación inicial y sin perjuicio de la potestad de la administración de iniciar de oficio un nuevo procedimiento, si procede”.

Al respecto, Morón⁷⁹ señala que la congruencia en el procedimiento administrativo presenta matices propios, dado que la Administración no agota su cometido y obligaciones con el análisis y pronunciamiento sobre lo alegado por el administrado, sino que, en virtud de su deber de oficialidad y satisfacción de los intereses públicos, debe pronunciarse sobre todos los aspectos que obren en el expediente y que puedan haber surgido durante su tramitación, de modo que el límite natural al requisito de la congruencia de las resoluciones está en el contenido mismo del expediente y no en los extremos planteados por los interesados.

En la misma línea, el Tribunal Constitucional ha reconocido que el principio de congruencia puede verse flexibilizado en los procedimientos administrativos; sin embargo, en estos casos siempre que se debe dar la oportunidad al administrado de ejercer su derecho de defensa respecto de aquellos aspectos que no fueron parte de lo pretendido:

12. Sobre el ‘principio de congruencia’, si bien se ha explicado que forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la debida motivación de las decisiones judiciales y que garantiza que el juzgador resuelva cada caso concreto sin omitir, alterar o exceder las pretensiones formuladas por las partes (Véase, STC N.º 08327-2005-PA/TC, fundamento 5), en sede administrativa, dicho principio procesal se encuentra flexibilizado, en la medida que en el *iter* del procedimiento administrativo debe armonizarse con la potestad de invalidación general de la Administración Pública.

13. En tal línea, entonces, la no existencia de identidad entre las cuestiones planteadas en el recurso de apelación y los extremos resueltos por la Resolución N.º 170-2012-TC-S1 no necesariamente implica una afectación al derecho de defensa del administrado, siempre que la autoridad administrativa cumpla con otorgar la debida oportunidad para realizar los respectivos descargos sobre los nuevos hechos a tratar. (...)⁸⁰

⁷⁹ Juan Carlos Morón Urbina, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General* (Lima: Gaceta Jurídica, 2014), 564 -565.

⁸⁰ STC N.º 04293-2012-PA/TC del 18 de marzo de 2014, fundamentos 12 y 13.

Por su parte, la doctrina también ha reconocido que existen límites en la aplicación de este principio, como lo es el respeto a la garantía del derecho de defensa del administrado. Al respecto, Morón⁸¹ indica que afecta el derecho de defensa del administrado y encubre una desviación de poder permitir a la Administración decidir sobre aspectos no planteados en el expediente y sobre los cuales, consecuentemente, los interesados no han mostrado su parecer.

Este límite se encuentra recogido también en el artículo 5 del TUO de la LPAG, el cual dispone en el inciso 5.4 que “El contenido [del acto administrativo] debe comprender todas las cuestiones de hecho y derecho planteadas por los administrados, pudiendo involucrar otras no propuestas por estos que hayan sido apreciadas de oficio, siempre que la autoridad administrativa les otorgue un plazo no menor a cinco (5) días para que expongan su posición y, en su caso, aporten pruebas que consideren pertinentes”.

De este modo, si bien la norma reconoce la posibilidad de flexibilizar el principio de congruencia permitiendo que la autoridad administrativa evalúe cuestiones de hecho y derecho no propuestas por los administrados que hayan sido apreciadas de oficio, estas deben haber sido apreciadas del expediente y se debe garantizar el derecho de defensa de los interesados otorgándoles un plazo para que presenten sus argumentos y pruebas.

Entonces, se tiene que en el trámite de los procedimientos administrativos trilaterales se puede aplicar el principio de congruencia, pudiendo flexibilizarlo en virtud del deber de oficialidad y satisfacción de intereses públicos de la Administración, a fin de pronunciarse, no sobre cualquier cuestión, sino en aquellas en las que predomine el interés público, que hayan surgido durante la tramitación del expediente y que consten en este, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados, siempre que se les haya permitido previamente ejercer su derecho de defensa. Por otro lado, en los procedimientos en los que predomine el interés privado no cabrá la flexibilización del principio.

7. POSICIÓN PERSONAL FUNDAMENTADA SOBRE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

⁸¹ Morón Urbina, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, 565.

7.1. DETERMINAR SI LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA DEBIÓ EVALUAR LA ARBITRABILIDAD DE LA MATERIA CONTROVERTIDA A EFECTOS DE RESOLVER LA EXCEPCIÓN DE CONVENIO ARBITRAL

AZTECA y SEAL suscribieron el 1 de julio de 2015 el Contrato de Compartición, que tuvo como objeto establecer las condiciones para el acceso y uso no exclusivo de la infraestructura de soporte eléctrico de SEAL para el tendido de cables de fibra óptica por parte de AZTECA, debiendo esta última pagar como contraprestación una retribución mensual a favor de SEAL. Asimismo, en la cláusula vigesimoquinta de este contrato, las partes pactaron lo siguiente:

25.1 Las Partes emplearán sus mejores esfuerzos para solucionar los desacuerdos o reclamos que surjan a raíz de o se relacionen con este contrato. Si éstos no pudieran ser resueltos dentro de diez (10) días hábiles siguientes a la fecha de recepción por una de las Partes de una solicitud escrita por la otra para una solución amigable, la controversia será resuelta exclusiva y definitivamente de conformidad con las disposiciones especificadas en esta cláusula. El plazo para llegar a un acuerdo en trato directo podrá ser prorrogado por acuerdo de las Partes.

25.2 De no llegarse a un acuerdo de trato directo, dentro del plazo establecido en el numeral 25.1, todos y cada uno de los reclamos, disputas causales de demanda por pérdidas o daños, controversias, diferencias, procedimientos o cuestionamientos entre las partes que surjan a raíz del presente Contrato, o que se relacionen en cualquier forma a su validez, ejecución, aplicación, alcance, interpretación, incumplimiento, violación o resolución (la “Controversia” o las “Controversias”) serán exclusiva y definitivamente determinados y resueltos mediante arbitraje de derecho realizado con sujeción al presente Contrato y de conformidad con las reglas de arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, tal como se estipula en esta cláusula, salvo acuerdo de las partes de someter una controversia específica a arbitraje de conciencia.

(...)

Resulta claro que las partes pactaron un convenio arbitral, obligándose a someter a arbitraje todas las controversias que surjan a raíz del Contrato de Compartición, cumpliendo con lo establecido en el artículo 13 de la Ley de Arbitraje. En consecuencia, las partes renuncian a

someter sus controversias ante jueces ordinarios, atribuyendo jurisdicción a los árbitros a efectos de que ellos resuelvan las controversias que se sometan ante ellos.

De igual manera, como parte del efecto negativo del convenio arbitral, los jueces se encontrarán impedidos y, por tanto, deberán abstenerse de conocer o intervenir en la resolución de las controversias que se sometan arbitraje, lo que implica que, si una parte interpone una demanda ante un juez, la otra puede plantear una excepción de convenio arbitral a fin de que se reconozca la obligación de someter la controversia a arbitraje.

Siendo así, ante el desconocimiento de dicha obligación por parte de AZTECA, SEAL interpuso una excepción de convenio arbitral, cumpliendo con los requisitos de procedencia previstos en el inciso 2 del artículo 16 de la Ley de Arbitraje: (i) cumplió con interponer la excepción en el plazo previsto para la vía procedimental, esto es, se dedujo en el plazo de 15 días hábiles conjuntamente con la contestación de la reclamación, conforme establecen los artículos 46 y 48 del Reglamento de Solución de Controversias; y, (ii) cumplió con acreditar la existencia del convenio arbitral, el cual se encuentra recogido en la citada cláusula vigesimoquinta del Contrato de Participación. Cabe mencionar que, tras un requerimiento de información, las partes señalaron que no existía un arbitraje en trámite.

Se debe mencionar que, si bien el artículo 16 de la Ley de Arbitraje hace referencia a la intervención de los jueces, ello no implica que esta disposición no sea aplicable a los casos que se tramitan en materia administrativa como en el presente caso, toda vez que los órganos de solución de controversias del OSIPTEL también tienen facultades para resolver controversias derivadas de un contrato, como lo es el Contrato de Participación.

Además, el artículo 50 del Reglamento General del OSIPTEL, así como los pronunciamientos del Consejo Directivo del OSIPTEL han reconocido la posibilidad de someter a arbitraje las controversias que surjan entre empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones e incluso entre estas y aquellas que no tengan dicha condición, siempre que sean materias arbitrables, en cuyo caso la vía arbitral es alternativa y excluyente de la vía administrativa.

En ese sentido, las disposiciones que rigen el arbitraje también deben ser respetadas por los órganos de solución de controversias del OSIPTEL, como autoridades administrativas. Así

también lo ha reconocido el Tribunal Constitucional mediante la Sentencia recaída en el Expediente N° 6167-2005-PHC/TC, en cuyo fundamento 12 reconoció que los tribunales arbitrales se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros, incluyendo autoridades administrativas, destinada a avocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito de la existencia de un acuerdo arbitral.

En la misma línea, considerando que el marco normativo del propio OSIPTEL le permite resolver controversias en arbitraje, Zegarra⁸² ha señalado que la vía arbitral es alternativa para las empresas y excluyente de la vía administrativa, siendo la única forma en la que las empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones pueden exceptuarse de la obligatoriedad de someter sus conflictos al procedimiento de solución de controversias en sede administrativa.

De este modo, resulta claro que la interposición de la excepción de convenio arbitral es susceptible de ser interpuesta en sede administrativa, a fin de que el acuerdo de las partes de someter sus controversias a arbitraje sea respetado, de forma que debe ser evaluada en el marco de las normas que regulan el arbitraje, como lo es la Ley de Arbitraje.

Ahora bien, para resolver una excepción de convenio arbitral resulta indispensable recurrir al inciso 3 del artículo 16 de la Ley de Arbitraje, el cual establece los requisitos, condiciones y alcances de esta excepción, que tiene una naturaleza particular que difiere sustancialmente de las excepciones comunes⁸³. En este artículo, se establece que esta excepción, “sea que se formule antes o después de iniciado el arbitraje, será amparada por el solo mérito de la existencia del convenio arbitral, salvo en el primer caso, cuando el convenio fuese manifiestamente nulo”. De ello se desprende que cuando una parte interpone una excepción de convenio arbitral la autoridad debe declararla fundada con la sola acreditación de la existencia del convenio arbitral, como ha ocurrido en este caso, viéndose impedida de efectuar un análisis de los elementos del convenio arbitral, salvo que este sea manifiestamente nulo.

Este efecto de la interposición de la excepción de convenio arbitral tiene relación directa con el efecto negativo del convenio arbitral, por el cual se impide a los jueces conocer una

⁸² Diego Zegarra Valdivia, “El marco institucional y normativo del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL”, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 5 (2008): 147.

⁸³ Exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1071, que norma el arbitraje, 5.

controversia, debiendo abstenerse, cuando exista, aunque sea *prima facie*, un convenio arbitral, a fin de asegurar la facultad de los árbitros de pronunciarse sobre su propia competencia.

Asimismo, tiene relación con el principio *Kompetenz-Kompetenz*, el cual según el inciso 1 del artículo 41 de la Ley de Arbitraje, consiste en que el tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia. Este es el denominado efecto positivo del principio *Kompetenz-Kompetenz*. Sin embargo, este principio también desprende un efecto negativo, el cual encuentra base legal precisamente en el inciso 3 del artículo 16 de la Ley de Arbitraje.

En línea con lo señalado por Gaillard⁸⁴, O'Neill y Nava⁸⁵, el efecto negativo del principio *Kompetenz-Kompetenz* implica que los jueces -o autoridades administrativas- que deben revisar la existencia y validez del convenio arbitral, deben limitarse a realizar una revisión *prima facie* de este, a fin de permitir a los árbitros ser los primeros en determinar su propia competencia. Como señala Rubio Guerrero⁸⁶, sin este principio y la consecuente limitación a la facultad de los jueces u otras autoridades en la revisión del convenio arbitral, el desarrollo del arbitraje estaría sujeto a incertidumbre, dado que bastaría que una parte invoque la nulidad del convenio arbitral para cuestionar o impedir el arbitraje.

En este orden de ideas, se tiene que, por regla general, los jueces o autoridades administrativas deben abstenerse de juzgar el convenio arbitral y remitir la controversia al arbitraje por la sola existencia de este, a fin de respetar la voluntad de las partes de someterse al arbitraje y la competencia de los árbitros de pronunciarse sobre su propia competencia. No obstante, ello no obsta que el juez pueda examinar la validez del convenio arbitral; sin embargo, esta revisión deberá ser *prima facie*, es decir, ligera o superficial, a fin de evitar estrategias para evadir el arbitraje, de modo que únicamente podrá desestimar la excepción de convenio arbitral si este se evidencia manifiestamente nulo, salvo que exista un proceso arbitral en trámite sobre la misma controversia, en cuyo caso, el árbitro será el único competente para analizar la validez de este.

⁸⁴ Gaillard y Banifatemi, "Negative effect of Competence-Competence: The Rule of Priority in favor of the Arbitrators", 259-260. Citado por Rubio Guerrero, "El principio *Competence-Competence* en la nueva Ley Peruana de Arbitraje", 101.

⁸⁵ O'Neill de la Fuente y Nava Zegarra, "¿Nacer para vivir muriendo? La nulidad manifiesta del convenio arbitral", 103.

⁸⁶ Rubio Guerrero, "El principio *Competence-Competence* en la nueva Ley Peruana de Arbitraje", 101.

Así, el artículo 16 de la Ley de Arbitraje recoge la tesis de nulidad manifiesta del convenio arbitral, pues este es el supuesto excepcional por el cual, de no existir un arbitraje en trámite, el juez o autoridad administrativa podrá desestimar la excepción de convenio arbitral, precisamente a fin de evitar que se siga un arbitraje que resultaría evidentemente inútil. No obstante, es importante recordar que debe tratarse de un análisis preliminar y superficial que permita constatar de forma indubitable un vicio estructural del convenio arbitral que conlleve a la nulidad⁸⁷.

Atendiendo a los criterios expuestos por la Corte Suprema de Justicia⁸⁸, la nulidad debe determinarse de manera evidente, inmediatamente perceptible y fácil de detectar en el documento mismo o de otro elemento de prueba incorporado al proceso. En específico, puede entenderse que el convenio arbitral es manifiestamente nulo, por ejemplo, cuando haya sido suscrito por alguien evidentemente incapaz o cuando comprenda una materia manifiestamente no arbitrable, por ejemplo, del tipo penal o que involucre la potestad sancionadora de la Administración pública. En ese sentido, si no se tiene certeza sobre la nulidad, sino que presenta dudas razonables o no sobre la validez del convenio arbitral, deberá estimar la excepción de convenio arbitral, dado que disipar esas dudas requerirían un análisis que excedería lo permitido por la Ley de Arbitraje.

En el presente caso, en primer lugar, se debe tener en cuenta que se trata de una relación contractual entre dos empresas, en el marco de la cual surgió una controversia relacionada a la contraprestación periódica por acceso y uso compartido de infraestructura pactada en el Contrato de Participación, toda vez que, según AZTECA, esta excede el máximo legalmente permitido. En ese sentido, solicita que se le devuelva o, en su defecto, se compense el monto de US\$ 515,797.17 que corresponde a lo pagado en exceso por uso compartido de infraestructura desde la suscripción del Contrato de Participación.

Asimismo, se debe considerar que no se había iniciado un arbitraje sobre la misma controversia, conforme fue informado por las partes al CCO, por lo cual, dicha autoridad no solo debía constatar la existencia del convenio arbitral, sino que podía efectuar una revisión de la validez del convenio arbitral al resolver la excepción de convenio arbitral interpuesta por

⁸⁷ Ríos Pizarro, “La nulidad ‘manifiesta’ del convenio arbitral: un caso de excepciones”, 323.

⁸⁸ Ver: Casación 4333-2013, Lima, 2 de marzo de 2015, y el precedente vinculante 4 del IX Pleno Casatorio Civil.

SEAL; sin embargo, esta revisión debía ser *prima facie*, lo que le impedía efectuar un análisis exhaustivo de la validez de este ni de la arbitrabilidad de la materia controvertida, cuyo análisis tiene mayor relación con la competencia del árbitro.

En ese sentido, de un análisis *prima facie* del convenio arbitral, no se aprecia que este se encuentre incurso en algún supuesto de nulidad, toda vez que este ha sido suscrito entre personas jurídicas debidamente representadas con capacidad para celebrar actos jurídicos, como son AZTECA y SEAL, y no se aprecia que este regule materias que claramente no sean susceptibles de ser sometidas a arbitraje, considerando la redacción genérica y amplia que tiene el convenio arbitral que comprende todas las controversias que puedan surgir entre las partes a raíz del Contrato de Compartición, que se relacionen a su validez, ejecución, aplicación, alcance, interpretación, incumplimiento, violación o resolución, y que este caso consiste en una controversia en la ejecución del Contrato de Compartición con relación al pago de la contraprestación fijada en este.

Ahora bien, es cierto que el régimen de compartición de infraestructura bajo el cual se encuentra la relación contractual de AZTECA y SEAL y la contraprestación que corresponde ser pagada a raíz de esta se encuentran regulados por la Ley de Banda Ancha, que tutela un interés público; sin embargo, ello no significa que toda controversia que surja de un contrato de compartición sea claramente no arbitrable ni que lo sea la materia controvertida referida a si la contraprestación excede el precio máximo permitido, pues no existe norma que excluya claramente su arbitrabilidad ni resulta evidente una afectación al interés público, sino que determinarla requiere un análisis más extenso del marco normativo aplicable que corresponde ser efectuado por el árbitro.

Distinto sería el caso si la Ley de Banda Ancha hubiera dispuesto que toda materia relacionada con las obligaciones previstas en dicha ley y su reglamento no son materia susceptible de someterse a arbitraje, de modo que un convenio arbitral como el suscrito por AZTECA y SEAL podría considerarse manifiestamente nulo por contemplar materias claramente no arbitrables. Sin embargo, este no es el caso, sino que inclusive el OSIPTEL reconoce la posibilidad de presentarse controversias susceptibles de someterse a arbitraje en el marco de una relación de compartición de infraestructura sujeta al régimen de la Ley de Banda Ancha.

En consecuencia, se puede concluir que, dado que en el presente caso se cumplió con interponer la excepción de convenio arbitral en el plazo correspondiente, se acreditó la existencia del convenio arbitral -el cual no resulta manifiestamente nulo-, correspondía declarar fundada la excepción de convenio arbitral, a efectos de promover el inicio del arbitraje, respetar la decisión de las partes de acudir a este y permitir que el tribunal arbitral sea quien se pronuncie sobre su competencia. En ese sentido, la autoridad administrativa debió abstenerse de realizar un análisis de arbitrabilidad de la materia controvertida, toda vez que ello corresponde ser efectuado por el árbitro al evaluar su propia competencia.

7.2. DETERMINAR SI LA MATERIA CONTROVERTIDA ES MATERIA ARBITRABLE SUSCEPTIBLE DE SER RESUELTA POR EL TRIBUNAL ARBITRAL

Si bien el arbitraje es una jurisdicción que resuelve controversias con carácter vinculante y obligatorio para las partes, dado que este tiene origen convencional, la jurisdicción arbitral está sujeta a limitaciones. Una de las limitaciones es impuesta por el ordenamiento jurídico a las partes, el cual restringe su autonomía de la voluntad dado que no pueden someter a arbitraje todos los conflictos que deseen⁸⁹.

Esta limitación de la jurisdicción arbitral se relaciona, entonces, con qué materias son susceptibles de ser sometidas a conocimiento de los árbitros, lo cual se concretiza en lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley de Arbitraje, que dispone que pueden someterse a arbitraje las materias que son de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen. De este modo, la Ley de Arbitraje recoge un criterio positivo sobre aquello que puede ser objeto de arbitraje, estableciendo como principal eje orientador la “libre disponibilidad” de la materia, el cual debe ser leído de manera coherente con la tendencia de ampliar el ámbito de las materias arbitrables a la que se suscribe la Ley de Arbitraje vigente, conforme señalan Cantuarias⁹⁰, Castillo Freyre y Rita Sabroso⁹¹.

En el presente caso, la materia controvertida está referida a la determinación de la contraprestación periódica por acceso y uso compartido de infraestructura que AZTECA debe

⁸⁹ Caivano, “La cláusula arbitral y la cesión del contrato que lo contiene”, 7.

⁹⁰ Cantuarias Salaverry, “Art. 2°.- Materias susceptibles de arbitraje”, 8-9.

⁹¹ Castillo Freyre y Sabroso, “¿Las funciones del OSITRAN son materia arbitrable?”, 286.

pagar a SEAL según el precio máximo establecido en la Metodología. En particular, AZTECA solicita que el CCO declare que la contraprestación periódica exigida por SEAL a AZTECA por uso compartido de su infraestructura excede la máxima retribución legalmente permitida y, como pretensión accesoria, que se ordene a SEAL la devolución o, en su defecto, la compensación de US\$ 515,797.17 que correspondería a lo pagado en exceso por AZTECA desde la suscripción del Contrato de Compartición hasta la fecha de la emisión del Mandato de Compartición.

Ahora bien, se advierte que la controversia se encuentra relacionada, en efecto, con el Contrato de Compartición suscrito entre AZTECA y SEAL. Al respecto, se debe tener en cuenta que este contrato fue suscrito por las partes como consecuencia de la obligación dispuesta en el artículo 13 de la Ley de Banda Ancha, que establece precisamente la obligación de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica, como lo es SEAL, de proveer acceso y uso de su infraestructura a los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones, como lo es AZTECA, con la finalidad de permitir el despliegue de sus redes de telecomunicaciones para la provisión de Banda Ancha.

Si bien la referida norma les otorga un margen de negociación de los términos del Contrato de Compartición, limita la discrecionalidad de las partes en la determinación de la contraprestación que corresponde pagar a AZTECA por el acceso y uso compartido de la infraestructura de SEAL, toda vez que el artículo 13 numeral 4 de la Ley de Banda Ancha, así como el artículo 30 de su Reglamento, establecen que la contraprestación que deberá pagar quien tiene derecho a utilizar la infraestructura eléctrica, es decir, AZTECA, debe ser determinada de acuerdo con la fórmula de la Metodología prevista en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, siendo que el resultado de su aplicación sirve como un precio máximo, lo que implica la imposibilidad de las partes de pactar un precio superior a este.

En ese sentido, nos encontramos ante un contrato “normado”, en el que su contenido no se deja en su totalidad a la libre determinación de las partes, sino que en determinados aspectos lo predetermina una norma, en este caso, la Ley de Banda Ancha y su Reglamento. Al respecto, De la Puente y Lavalle⁹² señala que “se consideran contratos normados aquéllos cuyo contenido está previamente sujeto a una regulación legal, de tal manera que el legislador establece

⁹² Manuel De La Puente y Lavalle, *El Contrato en General. Tomo I* (Lima: Palestra, 2011), 248.

determinadas cláusulas imperativas que las partes deben observar al celebrar el contrato”. Asimismo, sostiene que, si las partes deciden celebrar el contrato, “su libertad de determinar el contenido quedará limitada por la observancia obligatoria de las pautas señaladas por la ley”. Ello se condice con lo dispuesto en el artículo 1355 del Código Civil, que establece que la ley puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos por consideraciones de interés social, público o ético.

En este caso, en efecto, las disposiciones previstas en la Ley de Banda Ancha y su Reglamento, que incluyen el artículo 13 de la ley y el artículo 30 del reglamento, se encuentran alineadas con el objetivo de la misma ley, consistente en impulsar el desarrollo, utilización y masificación de la Banda Ancha en todo el territorio nacional, promoviendo el despliegue de infraestructura como medio que favorece y facilita la inclusión social, el desarrollo socioeconómico, la competitividad, la seguridad del país y la transformación organizacional hacia una sociedad de la información.

En línea con lo anterior, la Ley de Banda Ancha declaró de necesidad pública e interés nacional la construcción de la RDNFO, así como el acceso y uso de la infraestructura asociada a la prestación de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, a fin de facilitar el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de la Banda Ancha fija y móvil.

El interés público que guía las disposiciones de la Ley de Banda Ancha y su Reglamento justifica las limitaciones al contenido de los contratos y, por tanto, a la autonomía de voluntad de las partes que suscriben un contrato de compartición de infraestructura. No obstante, el hecho de que la contraprestación periódica por acceso y uso compartido de infraestructura que debe pagar AZTECA a SEAL se encuentre regulada por una norma imperativa, cuya imperatividad es consecuencia del interés público que subyace a esta, no implica necesariamente que una controversia relacionada a esta no sea arbitrable. Mas aun cuando, como sería en el caso en análisis, la controversia se refiere al pago de la contraprestación económica por el servicio contratado entre dos empresas, aspecto que no parece guardar relación directa con el interés público tutelado por la ley.

Como señala Caivano⁹³, el legislador tiene la potestad de establecer determinados contenidos imperativos de una norma, pero las razones de interés público que subyacen a la norma no generan necesariamente la no arbitrabilidad de las controversias que a ella se refieran. En la misma línea, Rivera sostiene que “el solo hecho de que la materia sometida a arbitraje esté regulada por una normativa de orden público no excluye su arbitrabilidad, en la medida en que los derechos involucrados sean disponibles para las partes, para estar excluida deberá caer dentro de alguna de las prohibiciones expresamente establecidas en la ley”⁹⁴. Asimismo, Cantuarias ha señalado que la arbitrabilidad de una controversia y la existencia de normas imperativas de la ley sustantiva aplicable no deben confundirse, dado que no existe relación entre la no disponibilidad o transabilidad con el sometimiento a normas imperativas⁹⁵.

Así también, como señala Caivano⁹⁶, “[e]l hecho de que exista un interés público que el legislador se propone tutelar mediante una ley no es razón suficiente para excluir la materia del elenco de las que pueden resolverse por la vía del arbitraje”, dado que con la calificación de la norma como una de orden público o imperativa no necesariamente significa que el legislador quiso que las controversias que se refieran a esa norma solo pueden ser conocidas por los jueces, sino que lo que busca es que el contenido de los derechos reconocidos en la norma no sea alterado por las partes mediante un acto de disposición. En ese sentido, el autor resalta que a lo que debe prestarse más atención es al resultado o decisión, no tanto al medio (vía judicial, arbitral o administrativa), dado que es la decisión la que puede lesionar el interés público que la norma busca tutelar.

En este orden de ideas, no es posible sostener la no arbitrabilidad de la materia objeto de controversia en el presente caso por el solo hecho de tratarse de una materia regulada por una norma imperativa o de orden público, que por su naturaleza tiene relación con el interés público, toda vez que el árbitro, al igual que los jueces o autoridades administrativas, siempre deben aplicar y respetar el contenido de las normas imperativas, así como el interés público que subyace a estas al resolver las controversias que se sometan a su conocimiento. Así, la regulación mediante normas de carácter imperativo implica únicamente un límite al poder decisorio de los árbitros, mas no necesariamente su exclusión del arbitraje.

⁹³ Caivano, “Arbitrabilidad y Orden Público”, 75-76.

⁹⁴ Rivera, “El orden público en el arbitraje”, 268.

⁹⁵ Cantuarias Salaverry, “Art. 2º.- Materias susceptibles de arbitraje”, 15.

⁹⁶ Caivano, “Arbitrabilidad y Orden Público”, 76-77.

Entonces, en este caso, nos encontramos, no ante una “excepción”, sino ante una “cuasi-excepción” a la arbitrabilidad, como la denomina Caivano⁹⁷, dado que se trata de una materia de contenido económico o patrimonial, como lo es la contraprestación por acceso y uso compartido de infraestructura eléctrica, pero que ha sido objeto de regulación legal que sustrae o limita determinados aspectos del ámbito de autonomía de la voluntad de las partes, dado que en este caso estas no pueden pactar una contraprestación que exceda el resultado de la Metodología prevista en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha. En este punto, es importante resaltar que, a diferencia de las “excepciones”, las “cuasi-excepciones” sí son arbitrables, aunque en estos casos la revisión *ex post* del laudo por parte de los jueces adquiere mayor importancia a fin de verificar que no se haya contravenido el orden público y que este y el interés público que subyace a la norma haya sido resguardado.

No obstante, si bien no es posible calificar como materia no arbitrable a la materia controvertida bajo análisis por el hecho de encontrarse regulada mediante una norma de carácter imperativo, distinto es el caso, como señala Caivano⁹⁸, en que el legislador impone la intervención de los tribunales del Estado y prohíbe la renuncia del derecho a accionar ante estos, dado que en este supuesto el legislador optó expresamente por otorgar a los jueces la jurisdicción exclusiva e irrenunciable para conocer determinadas cuestiones, de modo que la incidencia de la arbitrabilidad es directa.

Este supuesto también resulta aplicable a las autoridades administrativas, dado que en diversos casos el legislador ha optado por atribuir a autoridades administrativas la competencia para conocer determinadas materias, siendo la vía administrativa previa y obligatoria. En ese sentido, resulta indispensable determinar si la materia objeto de la presente controversia es de competencia exclusiva e irrenunciable del OSIPTEL, de modo que pueda entenderse que la arbitrabilidad de la materia ha sido afectada directamente.

Ello también se condice con el artículo 50 del Reglamento General del OSIPTEL, el cual establece que las empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones pueden someter sus controversias a arbitraje, salvo que versen sobre materias no arbitrables,

⁹⁷ Caivano, “Arbitrabilidad y Orden Público”, 76.

⁹⁸ Caivano, “Arbitrabilidad y Orden Público”, 77.

entendiéndose por estas a aquellas referidas al cumplimiento de las funciones que corresponde desarrollar al OSIPTEL, por tratarse del ejercicio de atribuciones o funciones de imperio del Estado.

Ahora bien, desde 1993, el TUO de la Ley de Telecomunicaciones ya otorgaba al OSIPTEL la función de resolver controversias por la vía administrativa que surjan entre prestadores de los servicios públicos de telecomunicaciones. Posteriormente, en el año 2000, Ley Marco de los Organismos Reguladores estableció que los organismos reguladores ejercen 5 funciones dentro de sus ámbitos de competencia: función supervisora, función reguladora, función normativa, función fiscalizadora y sancionadora, función de solución de reclamos de usuarios de los servicios que regulan y función de solución de controversias. Asimismo, la misma norma establece que estas funciones son ejercidas con los alcances y limitaciones que se establezcan en sus respectivas leyes y reglamentos.

En consistencia con lo anterior, la Ley de Funciones y Facultades del OSIPTEL estableció en su artículo 36 que el OSIPTEL, a través de los Cuerpos Colegiados en primera instancia y del Tribunal de Solución de Controversias en segunda instancia, es competente para conocer toda controversia que se plantee como consecuencia de acciones y omisiones que afecten o puedan afectar el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, aunque solo una de las partes tenga la condición de empresa operadora de tales servicios. Así se observa que, si bien en principio son las personas naturales o jurídicas que prestan servicios públicos de telecomunicaciones las que se encuentran bajo el ámbito de competencia del OSIPTEL, esta ley amplía su ámbito de competencia permitiéndole conocer controversias suscitadas entre aquellas y empresas que no tienen dicha condición, siempre que se afecte o se pueda afectar el mercado bajo su supervisión.

Al respecto, explica Mendoza⁹⁹ que en el contexto de los años noventa, cuando el Estado pasó de ser el prestador monopólico de los servicios públicos a ser el supervisor y regulador de los servicios concesionados, surgió la necesidad de desarrollar un mecanismo a cargo de órganos especializados, confiables y expeditivos que resuelvan las controversias que se presenten entre las empresas de cada sector privatizado. Siendo así, se consideró que el Poder Judicial no era

⁹⁹ Dante Mendoza Antonioli, “El Procedimiento de Solución de Controversias entre Empresas de Telecomunicaciones”, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 5 (2008): 255.

una opción viable, por lo que se optó por encargar esta función a los organismos reguladores, correspondiendo al OSIPTEL resolver administrativamente las controversias que se presenten entre empresas que se encuentren bajo su competencia, como se denota de las disposiciones del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, la Ley Marco de Organismos Reguladores y la Ley de Funciones y Facultades del OSIPTEL.

En la misma línea, Vargas¹⁰⁰ señala que el reconocimiento de la función de solución de controversias se origina por el cambio de la Administración de ser gestora a ser garante, debiendo ejercer la defensa del buen funcionamiento del sistema, por lo que se le asigna esta función con cierta amplitud, a fin de resolver todos o algunos de los aspectos sometidos a regulación, lo que se justifica en el hecho de que los conflictos suscitados en los sectores regulados tienen un fuerte componente técnico y económico.

De igual manera, Gómez Apac¹⁰¹ señala que el procedimiento administrativo trilateral -que es el medio legal a través del cual se ejerce la función de solución de controversias- sirve para resolver conflictos que podrían ser resueltos por una autoridad jurisdiccional, pero que el legislador ha decidido otorgarle competencia primaria a una autoridad administrativa para que esta actúe como aquella.

En concreto, el Reglamento General del OSIPTEL y el Reglamento de Solución de Controversias establecieron en sus artículos 53 y 2, respectivamente, un listado sobre las materias respecto de las cuales el OSIPTEL tiene la competencia para conocer en ejercicio de su función de solución de controversias. Así, en dichas disposiciones se estableció que el OSIPTEL es competente para conocer en la vía administrativa las controversias que surjan entre empresas relacionadas con, entre otras materias, el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones. Asimismo, es importante resaltar que ambas normas, en los artículos 55 y 3 respectivamente, también dispusieron expresamente que la vía administrativa previa se solución de controversias es obligatoria y de competencia exclusiva del OSIPTEL.

¹⁰⁰ Erick E. Vargas Guevara, “El procedimiento administrativo trilateral como mecanismos de solución de controversias en el sector eléctrico peruano”, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 17 (2019): 104.

¹⁰¹ Gómez Apac, “El Procedimiento Trilateral: ¿Cuasijurisdiccional?”, 16.

A partir de lo expuesto, se puede concluir que el legislador optó por otorgar a los organismos reguladores la competencia para resolver controversias entre empresas en determinadas materias que se encuentran vinculadas al mercado que supervisan, sustrayéndolas de la competencia de la jurisdicción ordinaria, quienes podrán revisar las decisiones de estas autoridades administrativas de manera *ex post*, una vez agotada la vía administrativa previa.

En particular, del marco normativo se desprende que el OSIPTEL tiene la competencia exclusiva para resolver en la vía administrativa toda controversia que surja entre empresas operadoras de telecomunicaciones, pero también entre estas y aquellas que no tienen dicha condición, que se encuentren relacionadas con el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, siempre que afecte o pueda afectar el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones.

La controversia objeto del procedimiento administrativo trilateral surgida entre AZTECA, empresa operadora de telecomunicaciones, y SEAL, empresa concesionaria de energía eléctrica, en efecto se trata de una materia relacionada con el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público. No obstante, atendiendo a que se trata de una controversia entre una empresa operadora de telecomunicaciones y una empresa que no tiene dicha condición, corresponde determinar si esta se subsume en la regla prevista tanto en la Ley de Funciones y Facultades del OSIPTEL, como en el Reglamento General del OSIPTEL y el Reglamento de Solución de Controversias, esto es, si se trata de una acción u omisión que afecta o puede afectar el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, de modo que pueda entenderse que esta no cumple con la condición de ser “arbitrable” al tratarse de una materia de competencia exclusiva del OSIPTEL, referida al ejercicio de su función de imperio de solución de controversias.

Ahora bien, las citadas normas no definen los alcances de qué se debe entender como una acción y omisión que afecta o puede afectar el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, sino que más bien se denota que el legislador ha decidido utilizar una fórmula genérica que otorga un margen de discrecionalidad a la autoridad administrativa para definir según las particularidades de cada caso aquellas controversias que afecten o puedan afectar dicho mercado. En ese sentido, para que el OSIPTEL asuma la competencia, la afectación no debe ser real o inminente, sino basta con advertir la posibilidad de que esta se presente.

Como se ha mencionado, la Ley de Banda Ancha declaró de interés nacional y necesidad pública tanto la construcción de la RDNFO como el acceso y uso de la infraestructura asociada a la prestación de servicios públicos de energía eléctrica, toda vez que este facilita el despliegue de infraestructura para la provisión de Banda Ancha, lo que sirve como medio para favorecer y facilitar la inclusión social, el desarrollo socioeconómico, la competitividad y la seguridad del país, coadyuvando al ejercicio de los derechos a la educación, salud, trabajo y libertades de expresión e información.

En ese sentido, las disposiciones de la Ley de Banda Ancha y de su Reglamento, como normas de carácter imperativo, están dirigidas a alcanzar el citado objetivo de interés nacional y necesidad pública. Así, el artículo 13 de la Ley de Banda Ancha establece las obligaciones y condiciones mínimas que rigen este régimen de compartición de infraestructura:

- (i) La obligación de los concesionarios de energía eléctrica e hidrocarburos de proveer el acceso y uso de su infraestructura a los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones.
- (ii) La obligación de dichos concesionarios de adecuar su infraestructura, de ser el caso, el despliegue de nueva fibra óptica, así como encargarse de su mantenimiento.
- (iii) El acceso y uso de la infraestructura eléctrica y de hidrocarburos se realiza a cambio de una contraprestación inicial que considere la recuperación de las inversiones en las que incurra el concesionario de energía eléctrica e hidrocarburos para prestar el acceso y uso de su infraestructura, así como contraprestaciones periódicas que remuneren la operación y mantenimiento, incluido un margen de utilidad razonable, las cuales serán determinadas según la Metodología del Reglamento de la Ley de Banda Ancha.
- (iv) La obligación de asumir responsabilidad legal por alguna afectación a los servicios de energía eléctrica o de hidrocarburos generada por causa imputable al concesionario de servicios públicos de telecomunicaciones.
- (v) La prohibición de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos de efectuar prácticas discriminatorias o celebrar acuerdos exclusivos con empresas de telecomunicaciones que constituyan conductas anticompetitivas.

Estas obligaciones se encuentran reglamentadas en el Título III del Reglamento de la Ley de Banda Ancha. En particular, con relación a la retribución por el acceso y el uso de la

infraestructura eléctrica y de hidrocarburos, el artículo 30 de la referida ley establece que el resultado de la Metodología sirve como un precio máximo, permitiendo que las partes puedan pactar un precio menor siempre que este sea ofrecido a los otros operadores de telecomunicaciones que deseen acceder a dicha infraestructura bajo un criterio de no discriminación, salvo que el menor precio se sustente en razones particulares acreditadas.

Todas estas disposiciones tienen un rol en el logro del objetivo previsto en la Ley de Banda Ancha, de modo que el incumplimiento de cualquiera de estas obligaciones y condiciones mínimas previstas en el marco normativo que rigen el régimen de acceso y uso compartido de infraestructura eléctrica y de hidrocarburos tiene la potencialidad de afectar el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones.

Lo anterior resulta más claro cuando se advierte que, en su artículo 32, la Ley de Banda Ancha encarga al OSIPTEL la supervisión del cumplimiento de los artículos 13 y 15 de la norma, siendo el primero el que regula el acceso y uso de la infraestructura de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, que establece precisamente las obligaciones previamente listadas. Al respecto, cabe recordar que la actividad de fiscalización o supervisión tiene como finalidad asegurar el cumplimiento de las normas y obligaciones para prevenir incumplimientos, revertir el incumplimiento de estas y proteger bienes jurídicos y asegurar derechos de las personas¹⁰². Asimismo, la misma ley dispone en el inciso 30.2 del artículo 30 que constituye una infracción grave incumplir con las disposiciones que se emitan sobre la contraprestación por acceso y uso compartido de infraestructura a ser aplicada.

De ello se puede concluir que existe un interés del legislador en que las partes de una relación de compartición de infraestructura pacten una contraprestación inicial y periódica conforme al resultado de la Metodología prevista en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, pues de lo contrario se generaría cuanto menos la posibilidad de incidir negativamente en el despliegue de infraestructura para la provisión de Banda Ancha, por lo cual se busca reducir y disuadir los incumplimientos de esta obligación a través de la supervisión e inclusive a través de su tipificación como infracción.

¹⁰² Milagros Maraví Sumar, “La actividad de fiscalización en el TUO de la LPAG: Revisión del mercado legal del OSITRAN”, *Revista Forseti*, Vol. 8, N° 11 (2020): 89.

Al respecto, la Exposición de Motivos del Reglamento de la Ley de Banda Ancha¹⁰³ explica que los artículos 24 al 34 que forman parte del Título III de dicha norma, entre los cuales está el artículo 30 sobre la retribución por el acceso y uso de infraestructura eléctrica y de hidrocarburos, están referidos al uso eficiente de la mencionada infraestructura, a fin de aprovechar las torres y postes que se hubieran construido en los proyectos de energía eléctrica o hidrocarburos, facilitando el tendido de nuevos cables de fibra óptica para el despliegue de redes de telecomunicaciones de alta capacidad a nivel nacional, a cambio de una retribución económica determinada bajo ciertos criterios determinados por la Metodología.

Sobre el particular, se puede señalar que esta regulación sobre la contraprestación, que impide que las empresas concesionarias de energía eléctrica o hidrocarburos cobren a las operadoras de telecomunicaciones un precio superior al establecido en la Metodología, tiene como finalidad evitar que estos concesionarios se aprovechen de la posición privilegiada en la que se encuentran por ser los titulares de la infraestructura existente y requerida por los operadores de telecomunicaciones para desplegar la infraestructura necesaria para la provisión de la Banda Ancha a nivel nacional, exigiendo una contraprestación excesiva y/o arbitraria que pueda terminar retrasando o afectando la viabilidad y/o eficiencia del proyecto de la RDNFO y, por tanto, de la provisión de los servicios públicos de telecomunicaciones que se prestan a través de esta, como es la banda ancha fija y móvil.

En ese sentido, se puede concluir que una materia controvertida que involucre la determinación de si la contraprestación exigida por la empresa concesionaria de energía eléctrica por acceso y uso compartido de su infraestructura excede la máxima retribución permitida es una materia que no es de libre disposición y, por tanto, no arbitrable, no porque la contraprestación se encuentre regulada por una norma imperativa y vinculada a un interés público, sino porque el marco legal y reglamentario ha reservado la competencia para pronunciarse sobre esta materia al OSIPTEL, al tratarse de una materia referida al acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios público de telecomunicaciones, que puede afectar el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones.

Por otro lado, AZTECA también solicitó que se ordene a SEAL la devolución de un monto ascendente a US\$ 515,797.17 que correspondería a lo pagado en exceso por AZTECA por uso

¹⁰³ Exposición de Motivos del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, 10.

compartido de infraestructura o, en su defecto, se ordene su compensación. Entonces, se puede observar que esta pretensión se refiere a una obligación de devolución o compensación por la configuración de un pago en exceso, es decir, se trata de una pretensión restitutoria que tiene carácter extracontractual pero que en efecto se deriva de la relación jurídica existente entre AZTECA y SEAL a raíz del Contrato de Compartición.

Sobre este punto cabe recordar que el artículo 13 de la Ley de Arbitraje establece que las partes pueden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que surjan entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza, lo que involucra las cuestiones extracontractuales que se derivan de la relación contractual existente entre las partes que suscribieron el convenio arbitral. Así, en este caso, AZTECA y SEAL redactaron el convenio arbitral de manera genérica, indicando que este comprende todas aquellas diferencias o cuestionamientos entre las partes que surjan a raíz del Contrato de Compartición, o que se relacionen en cualquier forma a su ejecución.

Por lo cual, se puede afirmar que el cuestionamiento referido a la obligación de devolución o compensación por parte de SEAL por un pago en exceso de AZTECA de la contraprestación por acceso y uso compartido de infraestructura pactada en el Contrato de Compartición se encuentra dentro del ámbito de aplicación del convenio arbitral. Como señala Barchi¹⁰⁴, cuando las partes utilizan expresiones genéricas o vagas para indicar el ámbito de operatividad del convenio arbitral sin especificar su alcance, este debe interpretarse en el sentido de que la competencia arbitral se extiende a todas las controversias que derivan de la relación jurídica a la cual el convenio arbitral se refiere, en virtud del principio *favor arbitrati*.

Ahora bien, en línea con lo señalado por Barchi, si una de las partes ha efectuado un pago en exceso podrá requerir en la vía arbitral la restitución de lo pagado de más, lo cual se sustenta en el artículo 1267 del Código Civil peruano referido a las atribuciones patrimoniales sin causa por error del *solvens*, es decir, al pago indebido¹⁰⁵, cuya regulación da solución al desplazamiento patrimonial realizado por error de manera indebida. En ese sentido, sin perjuicio de ser necesario evaluar a fondo la pretensión accesorio, es innegable que esta

¹⁰⁴ Luciano Barchi Velaochaga, “Ámbito de aplicación del convenio arbitral en las controversias contractuales: A propósito del Decreto Legislativo N° 1071”, en *Panorama Actual de Arbitraje*, ed. por Mario Castillo Freyre (Lima: Palestra, 2010), 70.

¹⁰⁵ Barchi Velaochaga, “Ámbito de aplicación del convenio arbitral en las controversias contractuales: A propósito del Decreto Legislativo N° 1071”, 72.

pretensión restitutoria planteada por AZTECA se trata de una materia estrictamente patrimonial, que no ha sido regulada ni recogida dentro las obligaciones y condiciones anteriormente señaladas en la Ley de Banda Ancha y su Reglamento.

En este orden de ideas, la pretensión accesoria referida a la devolución o compensación por el pago en exceso efectuado por AZTECA se trata de una materia patrimonial y de libre disposición que no se encuentra regulada ni alineada con el objetivo de facilitar el despliegue de la infraestructura de telecomunicaciones necesaria para la provisión del servicio de Banda Ancha, toda vez que esta solo afecta la esfera patrimonial de las partes del Contrato de Compartición, mas no afecta ni tiene la potencialidad de afectar el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones. En consecuencia, a diferencia de la pretensión principal de AZTECA, esta materia tiene la condición de arbitrable necesaria para someterse a conocimiento de los árbitros.

Por tanto, se puede concluir que la materia controversia referida a si la contraprestación fijada en el Contrato de Compartición excede el máximo legalmente permitido no es materia arbitrable, por ser de competencia exclusiva del OSIPTEL al poder afectar el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones; mientras que la materia controvertida referida a si corresponde ordenar la devolución de lo presuntamente pagado en exceso por AZTECA sí tiene la condición de arbitrable, al tratarse de una materia estrictamente patrimonial y de libre disposición.

7.3. DETERMINAR SI ES POSIBLE TRASCENDER DEL TEXTO DE LA NORMA AL INTERPRETAR Y DETERMINAR EL VALOR QUE EL REGLAMENTO DE LA LEY DE BANDA ANCHA OTORGÓ AL DENOMINADOR “NA”

En el presente caso, la discusión se centra en la determinación de la contraprestación periódica que le correspondía pagar a AZTECA por concepto de acceso y uso compartido de infraestructura de SEAL, dado que según AZTECA habría asignado erróneamente al denominador “Na” un valor de uno (1) cuando en todos los casos este debe ser igual a tres (3), mientras que SEAL sostuvo que no existe criterio de interpretación que permita concluir que el “Na” equivale a tres (3), sino que este sería igual al número efectivo de arrendatarios.

Antes de proceder a revisar el texto de la norma, cabe señalar, como indica Marcial Rubio¹⁰⁶, que cada intérprete asume siempre una posición axiomática de interpretación, es decir, asume uno o más criterios de interpretación y, por tanto, una dirección interpretativa diferente a otros intérpretes, válida según la teoría de la interpretación, por lo que la discrepancia no está en el significado de las normas, sino en la posición axiomática que el intérprete adopta. Por tanto, el autor recomienda que el intérprete se esfuerce en adoptar estos criterios de manera consciente cada vez que interpreta.

En este punto, es importante tener en cuenta que la labor de la Administración pública, en ejercicio de sus funciones de Derecho Público, siempre está dirigida a la protección del interés público. Así, los actos administrativos que emitan deben adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que le otorgan facultades¹⁰⁷. Ello concuerda con lo expresamente dispuesto en el artículo 86 del TUO de la LPAG, el cual dispone que uno de los deberes principales de la autoridad administrativa consiste en interpretar las normas administrativas de forma que mejor atiendan el fin público al cual se dirigen, preservando razonablemente los derechos de los administrados.

En ese sentido, es la propia norma la que predispone la posición axiomática que adopta la Administración pública al interpretar las normas en ejercicio de sus funciones. Es decir, va a adoptar como principal criterio de interpretación el teleológico, lo que implica que va a asumir la interpretación por la cual se obtenga, en la medida de lo posible, la finalidad¹⁰⁸ de la aplicación de la norma jurídica, sin dejar de garantizar los derechos de los administrados.

Ahora bien, cabe remitirnos en primer lugar a lo dispuesto por la propia norma. El Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, en el cual está prevista la Metodología, contiene la fórmula para la determinación de la contraprestación periódica. En este se indica lo siguiente:

$$RM=Imp+OMc \times B \times (1+im)$$

Donde:

(...)

¹⁰⁶ Rubio Correa, *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*, 233 y 236-237.

¹⁰⁷ En concordancia con el inciso 3 del artículo 5 del TUO de la LPAG sobre requisitos de validez de los actos administrativos.

¹⁰⁸ Ezquiaga Ganuzas, *Argumentación e Interpretación*, 284.

OMc: Costo OPEX adicional de la infraestructura cuando se comparte; que representa una fracción del costo mensual OPEX de la infraestructura sin compartición.

B: Factor de distribución de costos sólo entre los arrendatarios.

$B = 1/Na$.

Donde Na: número de arrendatarios.

im: Tasa de retorno mensualizada o margen de utilidad razonable.

Como se puede apreciar, la fórmula de la Metodología busca que la operadora de telecomunicaciones retribuya a la empresa concesionaria de energía eléctrica el costo adicional o incremental que esta genera al usar la infraestructura de la concesionaria de energía eléctrica, más un margen de utilidad razonable. Así, de la sola lectura del texto de la norma se observa que el “Na” significa “número de arrendatarios” y este forma parte del factor “B” que permite distribuir los costos solo entre los arrendatarios. Ahora bien, si nos remitimos al método de interpretación literal para esclarecer lo que quiso decir la norma, recurriendo al sentido común de las palabras y al Diccionario de la Real Academia Española, el “Na” puede entenderse como “la cantidad de personas que toman en arrendamiento algo”, en este caso, la infraestructura eléctrica de SEAL.

No obstante, ello no esclarece o precisa a qué arrendatarios se refiere la norma, puesto que de la frase “número de arrendatarios” es posible entender que se refiere al número de arrendatarios que hace uso efectivo de la infraestructura eléctrica al momento de la suscripción del Contrato de Compartición o a lo largo de la relación contractual, el número de arrendatarios que puede soportar o albergar la infraestructura eléctrica, el número de arrendatarios que asumió el MTC como presupuesto para la elaboración de la Metodología o inclusive el número de arrendatarios que suscriben el Contrato de Compartición. Lo cierto es que la norma no precisa o describe el uso efectivo de esta frase más allá de señalar que significa “número de arrendatarios”, de modo que consiste en una expresión indeterminada o incompleta, por lo que existe un problema de interpretación que no puede ser resuelto acudiendo únicamente a la literalidad de la norma.

Como señala Marcial Rubio¹⁰⁹, si bien siempre se va a aplicar el método literal, puede dejar sin solución una serie de problemas de interpretación, dando una respuesta interpretativa inadecuada, por lo que suele ir acompañado de otros métodos de interpretación para dar un verdadero sentido a la norma. Más aún, el Tribunal Constitucional ha reconocido que el método

¹⁰⁹ Rubio Correa, *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*, 238-240.

literal puede resultar insuficiente¹¹⁰. En este caso, este método resulta en efecto insuficiente para entender el significado de la norma.

Inclusive, autores como Rodríguez-Puerto¹¹¹, Rodríguez-Toubes¹¹² y Zusman¹¹³, también señalan que desde el comienzo el intérprete debe valerse de todos los métodos que ayuden a entender el contexto y el sentido de la ley -no solo después de que falle el método literal-, de modo que no es posible establecer una jerarquía entre los criterios y métodos, los cuales están en el mismo plano y son adoptados según las circunstancias de hecho y el tipo de texto que se debe interpretar.

Así también, Zusman¹¹⁴ sostiene que es posible trascender del significado literal de la norma cuando existe una duda real sobre el texto de la norma -lo que se presenta en este caso-, para lo cual puede recurrirse a la intención del legislador, cuya búsqueda envuelve la interpretación histórica que, para entender la norma, comprende la revisión de la normativa anterior, los trabajos preparatorios, exposiciones de motivos y los debates parlamentarios. De igual manera, indica que interviene la interpretación teleológica, que busca entender la razón de ser de la norma, su finalidad económica, social o moral y los principios que la inspiran.

Ahora bien, las razones que dieron lugar a la elaboración de la Metodología y a su aprobación no se encuentran contenidas en el mismo Reglamento de la Ley de Banda Ancha, por lo que será necesario recurrir a los antecedentes jurídicos de la norma, es decir, a la información previa a la existencia de la norma que permiten entender el porqué de su texto y la intención con la cual se hizo (normas derogadas, debates, documentos sustentatorios, etc.)¹¹⁵. Por tanto, se debe recurrir en efecto al método de interpretación histórico.

Para ello, es importante tener en cuenta que la disposición cuyo significado busca desentrañarse no es un texto puramente jurídico, sino que tiene contenido técnico-económico, puesto que es parte de una fórmula que sirve para determinar la contraprestación periódica exigible por acceso y uso compartido de infraestructura. Así, este detalle no se encuentra explicado ni en la

¹¹⁰ STC N° 1941-2002-AA/TC, fundamento 5.

¹¹¹ Manuel Jesús Rodríguez-Puerto, "Métodos de interpretación, hermenéutica y Derecho Natural", *Revista Dikaion*, Vol. 19, N° 2 (2010): 334.

¹¹² Rodríguez-Toubes, "El criterio histórico en la interpretación jurídica", 610-611.

¹¹³ Zusman Tinman, *La interpretación de la Ley. Teórica y Métodos*, 112.

¹¹⁴ Zusman Tinman, *La interpretación de la Ley. Teórica y Métodos*, 161-162.

¹¹⁵ Rubio Correa, *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*, 234.

propia norma -como se ha señalado- ni en la Exposición de Motivos del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, el cual solo expone los motivos por los cuales se redactaron los artículos contenidos en el propio Reglamento, mas no en su Anexo, en el cual se encuentra la Metodología.

Esta explicación sobre la construcción de la fórmula de la Metodología tampoco se encuentra en el proyecto de reglamento pre publicado para comentarios mediante Resolución Viceministerial N° 338-2013-MTC/03, en su Exposición de Motivos ni en el Informe N° 083-2013-MTC/26 de fecha 27 de marzo de 2013 que recomendó su prepublicación. Menos aún en los documentos previamente mencionados se precisó cuál es el valor que debe atribuirse al denominador “Na” al aplicar la fórmula en un caso concreto.

Posteriormente, el MTC realizó una nueva evaluación del proyecto de reglamento mediante el Informe N° 251-2013-MTC/26 de fecha 17 de octubre de 2013, a través del cual se recogieron y evaluaron los comentarios y sugerencias de los interesados. A diferencia de los documentos anteriores, este informe sí cuenta con un desarrollo detallado sobre el sustento de la fórmula de la Metodología, incluyendo información que explica cómo es que se asignaron los valores de sus componentes.

En ese sentido, se trata de un documento que sustenta la formulación de la Metodología que fue aprobada y publicada en el Diario Oficial “El Peruano” con fecha 4 de noviembre de 2013, en el que constan las consideraciones y fundamentos sobre la elaboración y modificaciones realizadas a la Metodología por parte de sus redactores, por lo que es un trabajo preparatorio del Reglamento de la Ley de Banda Ancha que, si bien no es un documento con carácter normativo y no fue publicado conjuntamente con la norma, ello no enerva el valor interpretativo que puede tener a fin de determinar la intención que tuvo el redactor de la norma y, por tanto, su sentido. Más aún si se considera que es un documento público y que el artículo 13 de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, reconoce expresamente que los proyectos de norma reglamentaria son elaborados por la entidad competente acompañados de la exposición de motivos, los informes, estudios y consultas realizados, por lo que estos forman parte del sustento de su elaboración.

Si bien en el Informe N° 251-2013.MTC/26 no se menciona el sustento del valor del denominador “Na”, sí se desarrollan los fundamentos en base a los cuales se establecieron los valores de los parámetros “h”, “l”, “m” y “f”, que forman parte de la fórmula de la Metodología.

Sobre este punto, cabe señalar que, conforme a lo señalado por Guastini¹¹⁶, el significado que se atribuye al texto normativo puede ser contextual o a-contextual. El significado contextual es aquel que se atribuye a un texto normativo deduciéndolo de elementos extra textuales como la intención de la autoridad normativa de alguna forma reconocida (por ejemplo, de los trabajos preparatorios) y otros fragmentos o textos contiguos o circundantes al texto interpretado. Por otro lado, el significado a-contextual es aquel que se deduce aplicando únicamente las reglas semánticas y sintácticas del lenguaje común y, por tanto, refleja el contenido de sentido del texto normativo en sí mismo considerado, sin atenerse a otros elementos.

Asimismo, según el mismo autor, el significado puede ser *prima facie* o “todo considerado”. Por el primero, el significado es el resultado de la comprensión inmediata e irreflexiva del texto normativo, mientras que el significado “todo considerado” es el resultado de la problematización del significado *prima facie*, pues este se muestra oscuro o insatisfactorio.

Al respecto, en el presente caso consideramos adecuado realizar una interpretación que permita desentrañar el significado contextual y “todo considerado” de la norma, puesto que, como se ha visto, el significado literal o *prima facie* resulta insatisfactorio o insuficiente para hallar el sentido de la Metodología y en particular el valor del “Na”. Además, tratándose de una fórmula, sus componentes se encuentran inevitablemente vinculados y todos tienen en conjunto una función y finalidad que permite determinar la contraprestación periódica por acceso y uso compartido de infraestructura, por lo que estos, incluyendo el “Na”, no pueden verse de manera aislada, siendo necesario verlo dentro del todo: la fórmula de la Metodología.

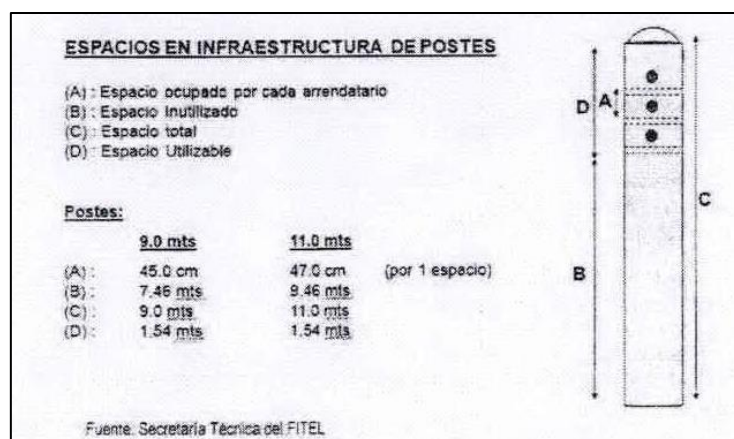
En ese sentido, entre los componentes de la fórmula, será necesario considerar en particular el sustento del parámetro “f”, puesto que este es uno de los factores determinantes para el cálculo del costo adicional o incremental generado por la compartición, que a su vez está vinculado con el denominador “Na” que busca distribuir dicho costo entre los arrendatarios.

¹¹⁶ Guastini, *Interpretar y argumentar*, 112-113.

Como se señaló anteriormente, en el Informe N° 251-2013-MTC/26 se indicó que el parámetro “f” es el que presenta mayores variables que pueden influir en su cálculo, por lo cual se efectuaron dos aproximaciones desde ópticas diferentes para estimar su valor (20%), considerando dos criterios: (i) un criterio de espacio utilizado; y, (ii) un criterio de peso.

Considerando el criterio de espacio utilizado, se tomó en cuenta la información proporcionada por el FITEL en cuanto a la configuración física de los postes de energía eléctrica y los espacios disponibles para ser compartidos, considerándose tres (3) espacios en cada poste, siendo que cada espacio puede ser ocupado por cada arrendatario. Esta información es similar a información técnica comparada de Estados Unidos.

En base a dicha información, se consideró que el ratio entre el espacio disponible para ser utilizado por las empresas de telecomunicaciones (3 espacios) y el espacio total o altura del poste de energía eléctrica es una buena aproximación para determinar el porcentaje de los costos de operación y mantenimiento que deben asumir las empresas de telecomunicaciones, el cual equivale al 16%. No obstante, dado que existen diferentes tipos de postes, que varían en altura, materiales, etc., y que el parámetro también sería aplicado a postes de alta tensión, se agregó un margen de seguridad adicional (a favor de las empresas que compartirán su infraestructura), por lo que se asignó al parámetro “f” el valor de 20%.



Fuente: Informe N° 251-2013.MTC/26, p. 21.

Por otro lado, considerando el criterio de peso que soporta la infraestructura eléctrica, se indicó que los postes y torres de energía eléctrica están diseñados principalmente para soportar el peso de los conductores y/o cables eléctricos, siendo que en el caso de compartir la infraestructura

con empresas de telecomunicaciones también soportarán el peso de los cables de telecomunicaciones, como son los cables de fibra óptica.

En ese sentido, se sostuvo que resulta razonable también distribuir el costo de la operación y mantenimiento en función al peso que soporta la infraestructura eléctrica. Para dicho efecto, se señaló que, si bien podrían utilizarse diferentes supuestos y efectuar ajustes al modelo que se plantea, se consideró “que un arreglo general estaría compuesto por una línea de 3 fases (con 3 conductores) de media tensión (conductores eléctricos AA de 70 mm²) y hasta 3 cables ADSS de fibra óptica en el mismo poste o torres (cables de hasta 30 hilos, con vanos entre 80 y 120 m).”¹¹⁷

Se continuó indicando que, “considerando que el peso de un cable de fibra óptica ADSS es aproximadamente 95 Kg/Km y que el peso de cada conductor de 70 mm² es aproximadamente de 745 Kg/Km, el cálculo del ratio entre los pesos indicados ($3 \times 95 / 3 \times 745$) es 15%”¹¹⁸. Al igual que con el criterio anterior, dado que en la estimación podrían plantearse diferentes variaciones que afecten el cálculo, pues las empresas de telecomunicaciones podrían utilizar cables más pesados en lugar de cables de fibra óptica, o las empresas eléctricas podrían utilizar conductores más pesados o más livianos (por ejemplo, para baja tensión), entre otras variantes, se consideró prudente asignar un valor para “f” de 20%, que incluye un margen de seguridad razonable respecto al 15%.

A partir de lo expuesto, se aprecia que el MTC determinó el valor del parámetro “f” en función del espacio y peso de tres (3) cables de fibra óptica que serían utilizados por los arrendatarios y que soportaría la infraestructura, es decir, este parámetro, que afecta directamente el costo de operación y mantenimiento adicional en que se incurre cuando la infraestructura eléctrica es compartida y que deberá ser retribuido por los operadores de telecomunicaciones, está construida considerando el arrendamiento de tres (3) cables de fibra óptica, como arreglo general. Es decir, la fórmula retribuye los costos de operación y mantenimiento adicionales que generan tres (3) arrendatarios, puesto que cada espacio disponible para colgar un cable de fibra óptica es el espacio que usa un arrendatario, atendiendo a lo indicado en la página 21 del Informe N° 251-2013.MTC/26.

¹¹⁷ Informe N° 251-2013-MTC/26, 22.

¹¹⁸ Informe N° 251-2013-MTC/26, 22.

Ahora bien, como se ha señalado anteriormente, el parámetro “f” y el denominador “Na” se encuentran vinculados, pues forman parte de dos componentes que se encuentran directamente relacionados con los costos de operación y mantenimiento que deben ser retribuidos por las operadoras de telecomunicaciones que arriendan una infraestructura eléctrica. Así, el parámetro “f” es un componente de la variable “OMc”, que representa el costo adicional en el que incurre una empresa concesionaria de energía eléctrica por compartir su infraestructura a tres (3) arrendatarios (es el resultado de multiplicar este costo en que incurre sin compartir su infraestructura por el parámetro “f” de 20%), mientras que el denominador “Na” es un componente del factor “B” (1/Na), el cual permite distribuir el costo adicional “OMc” entre los arrendatarios.

$$RM = Imp + OMc \times B \times (1 + im)$$

Donde:

(...)

OMc: Costo OPEX adicional de la infraestructura cuando se comparte; que representa una fracción del costo mensual OPEX de la infraestructura sin compartición. (f x OMs)

B: Factor de distribución de costos sólo entre los arrendatarios.

B = 1/Na.

Donde Na: número de arrendatarios.

De acuerdo con ello, considerando las definiciones del “OMc” y “B”, se aprecia que la fórmula busca que la contraprestación periódica que paga cada arrendatario (empresa operadora de telecomunicaciones) retribuya a la empresa arrendadora el costo incremental de operación y mantenimiento que genera el arrendamiento de su infraestructura eléctrica, de manera que la función del factor “B” y, por tanto, del “Na” es distribuir el costo de manera que cada arrendatario asuma lo que en efecto le corresponde. Así, si cada arrendatario despliega un (1) cable de fibra óptica, corresponde que este retribuya el costo adicional que genera desplegar un (1) cable de fibra óptica en la infraestructura eléctrica.

Sobre este punto, corresponde señalar que la doctrina reconoce, entre otros, la interpretación declarativa y correctiva como técnicas de interpretación contrapuestas. Así, la interpretación declarativa, también conocida como la interpretación literal, se abstiene de corregir el significado del texto normativo; mientras que la interpretación correctiva no se limita a

declararlo, sino que corrige el texto normativo.¹¹⁹ Así también, se entiende que toda interpretación que no sea declarativa (o literal) es una interpretación correctora, dado que esta última atribuye a un texto normativo un significado diferente al que tendría según el uso común de las palabras y las reglas gramaticales¹²⁰. De esta manera, la principal diferencia entre ambas está en el grado de compromiso con el texto y fin de la norma, mientras que la interpretación declarativa prevalece el significado que comunica el texto, en la interpretación correctora prevalece aquella que mejor atiende el fin perseguido, aunque no se perciba del texto¹²¹.

En el presente caso, dado la insuficiencia del significado común de las palabras y del texto literal de la norma para aclarar plenamente el valor que la norma buscó atribuir al denominador “Na”, es necesario, como se ha venido haciendo, recurrir a una interpretación correctora de la norma, distinta a la declarativa o literal, que mejor atienda el sentido y finalidad de la norma.

Entonces, atendiendo a un argumento teleológico y pragmático, dado que la fórmula, en particular, el “OMc” representa el costo adicional generado por el arrendamiento de tres (3) cables de fibra óptica, el valor del denominador “Na” debe ser igual a tres (3) a fin de distribuir el costo y permitir que cada arrendatario asuma el que genera el espacio y uso de un (1) cable de fibra óptica. Admitir lo contrario iría en contra de la propia finalidad de la fórmula, generando que cada operador de telecomunicaciones asuma el costo adicional que genera arrendar tres (3) cables de fibra óptica, en lugar del que efectivamente despliega, excediendo así el precio máximo permitido y afectando la eficiencia que se busca alcanzar con este régimen en el acceso y uso compartido de la infraestructura eléctrica y/o de hidrocarburos.

Cabe mencionar que no existe sustento para considerar que el costo adicional que genera un cable de fibra óptica es el mismo que generan tres (3) cables de fibra óptica, pues de ser así carecería de sentido que el redactor de la norma hubiera considerado el peso y espacio de un cable de fibra óptica, multiplicándolo por tres (3) atendiendo al número de cables o arrendatarios que por regla general soporta una infraestructura eléctrica, para determinar el costo adicional que genera la compartición en todo el espacio disponible (para 3 cables), pues ello implica que el espacio que ocupa y el peso que tiene cada cable genera trabajo y desgaste adicional que requiere de operación y mantenimiento.

¹¹⁹ Guastini, *Interpretar y argumentar*, 117-118.

¹²⁰ Moreso y Vilajosana, *Introducción a la teoría del Derecho*, 166.

¹²¹ Rodríguez-Toubes, “El criterio histórico en la interpretación jurídica”, 606-607.

Por otro lado, se debe mencionar que, de la revisión del texto de la norma y de los antecedentes jurídicos de esta, no se ha verificado sustento que respalde que el denominador “Na” responde al número efectivo de arrendatarios que hacen uso de la infraestructura eléctrica, pues no ha sido así expresamente señalado ni se desprende de una interpretación correctora, de modo que ese significado responde únicamente al significado que las partes han elegido otorgarle atendiendo a una lectura *prima facie* de la norma, el cual resulta siendo un significado subjetivo que no ha sido complementado por otras técnicas y métodos de interpretación y que no responde al sentido y finalidad de la norma previsto por su redactor.

Asimismo, como señala Zusman al referirse al antitextualismo como aproximación que acepta trascender de la letra de la norma, el intérprete no solo debe analizar toda la norma -no solo las frases problemáticas-, sino también deben analizar las consecuencias de una determinada interpretación y evitar un significado que conlleven a absurdos o incoherencias¹²².

En ese sentido, se debe considerar que admitir una interpretación distinta de la Metodología del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, por la cual se admita que el valor del denominador “Na” corresponde al número efectivo de arrendatarios que hacen uso de la infraestructura eléctrica, implicaría que la referida norma pretende que se modifiquen constantemente los contratos privados en materia de compartición de infraestructura, así como los mandatos de compartición emitidos por el OSIPTEL en los que se haya establecido el precio a pagar por infraestructura, cada vez que un nuevo operador de telecomunicaciones solicite el acceso a la infraestructura de la empresa concesionaria de energía eléctrica, a fin de recalcular la contraprestación pactada por causas ajenas a las partes del contrato o mandato, como lo es la solicitud de un tercero.

Esta situación pondría a la empresa operadora de telecomunicaciones (arrendataria) en una posición de desventaja frente a su contraparte (arrendador), generando asimetría de información entre las partes del contrato, puesto que será la empresa concesionaria de energía eléctrica quien tendrá la información sobre el acceso de un nuevo arrendatario a su infraestructura y, por tanto, la información necesaria para, según este resultado interpretativo, reducir la contraprestación periódica que viene pagando la empresa operadora de

¹²² Zusman Tinman, *La interpretación de la Ley. Teórica y Métodos*, 110-111.

telecomunicaciones (al modificar el valor del denominador “Na”), información con la que no cuenta a menos que la empresa de energía eléctrica se lo comunique o que asuma los costos y carga extraordinaria de supervisar diariamente la infraestructura. Por tanto, la arrendataria no tendría información suficiente para controlar o supervisar que su contraparte le esté cobrando la contraprestación resultante de la Metodología.

Adicionalmente, se debe mencionar que este resultado interpretativo (número efectivo de arrendatarios) genera más gastos de supervisión para el OSIPTEL que el que se acoge en este caso, puesto que el contenido de los contratos o la ejecución de estos tendría que estar variando conforme el número de arrendatarios que accede o se retira de la infraestructura eléctrica varía, lo que complicaría la labor de supervisar el cumplimiento de las disposiciones de la contraprestación periódica como precio máximo, lo cual contravendría el principio de eficiencia que rige a las entidades del Poder Ejecutivo¹²³.

Por tanto, resulta coherente que la Metodología del Reglamento de la Ley de Banda Ancha considerara un criterio objetivo para determinar el valor del “Na” que no conlleve a una modificación constante de los contratos o mandatos de compartición, como es el de establecer un número ficto de arrendatarios (3) como arreglo general de lo que puede soportar una infraestructura eléctrica, entre los cuales se debe distribuir los costos de operación y mantenimiento de esta.

En conclusión, debido a que la descripción del denominador “Na” de la fórmula prevista en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha fue efectuada de manera imprecisa o incompleta, el método de interpretación literal, que no en todos los casos brinda resultados de interpretación adecuados y que se recomienda acompañarlo con otros métodos, ciertamente no resulta suficiente para comprender el sentido de la norma. Por tal motivo, se justifica trascender de la literalidad del texto, a fin de hallar la intención del redactor al elaborar la fórmula, así como su finalidad, más aún cuando es un deber expreso de la Administración pública interpretar las normas de manera que mejor atiendan los fines públicos a los que se dirigen.

¹²³ El artículo II de Título Preliminar de la Ley N° 29158 establece los principios en base a los cuales las entidades del Poder Ejecutivo deben realizar su actividad, siendo uno de ellos el principio de eficiencia, que implica que la gestión se realiza optimizando la utilización de los recursos disponibles, procurando innovación y mejoramiento continuo.

En ese sentido, recurriendo a los antecedentes jurídicos del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, se puede concluir que el “Na” tiene en todos los casos el valor de tres (3), con lo cual se logra que cada arrendatario asuma el costo adicional o incremental que genera el despliegue de su cable de fibra óptica, permitiendo un uso eficiente de la infraestructura de energía eléctrica e hidrocarburos disponible.

7.4. DETERMINAR SI EL PAGO EN EXCESO POR CONCEPTO DE CONTRAPRESTACIÓN PERIÓDICA CONFIGURA UN SUPUESTO DE PAGO INDEBIDO CONFORME AL CÓDIGO CIVIL

Ambas instancias del OSIPTEL, aunque difiriendo en el monto, ordenaron a SEAL la devolución a AZTECA de un determinado importe pagado en exceso (US\$ 3 460.71 en primera instancia y US\$ 515 797.17 en segunda instancia).

Los referidos montos, según el cálculo de cada órgano colegiado, corresponden a los montos pagados en exceso por parte de AZTECA por concepto de contraprestación periódica de acceso y uso compartido de la infraestructura eléctrica de SEAL entre el periodo de suscripción del Contrato de Compartición (1 de julio de 2015) hasta la emisión del Mandato de Compartición (8 de junio de 2018).

No existe regulación sobre la obligación de restitución de lo pagado en exceso en las normas de Derecho Administrativo, ya sea la Ley de Banda Ancha, su Reglamento, el TUO de la LPAG o las normas especiales del OSIPTEL. Ante dicho escenario, el TUO de la LPAG establece en el artículo VIII del Título Preliminar que las autoridades administrativas no pueden dejar de resolver las cuestiones que se les proponga, para lo cual podrán acudir a los principios del procedimiento administrativo o, en su defecto, subsidiariamente, a las normas de otros ordenamientos que sean compatibles con su naturaleza y finalidad.

Al respecto, el ordenamiento civil prevé la figura del pago indebido, prevista en el artículo 1267 del Código Civil, que constituye una fuente heterónoma de obligaciones, pues es la ley la que crea la obligación de restitución de lo cobrado indebidamente por parte del *accipiens* (quien recibe el pago indebido) a favor del *solvens* (quien realiza el pago indebido) y, consecuentemente, el derecho de este último a exigir la restitución de lo ilegítimamente pagado.

Por otro lado, el procedimiento seguido en el presente expediente se trata de un procedimiento administrativo trilateral, el cual es definido por el artículo 229 del TUO de la LPAG como el procedimiento administrativo contencioso seguido entre dos o más administrados ante las entidades de la Administración y para los descritos en el inciso 8) del artículo I del Título Preliminar de la mencionada ley, es decir, las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos, como lo son AZTECA y SEAL.

Entonces, como señala Parada, en este procedimiento “como en el proceso civil, el órgano administrativo se sitúa en una posición de independencia e imparcialidad frente a dos o más administrados con intereses contrapuestos”¹²⁴, de modo que, en estos casos, la Administración no solo actúa como gestora del interés público, sino también como árbitro de intereses privados en conflicto¹²⁵.

Siendo así, tratándose de intereses privados en conflicto como lo es la devolución de un monto dinerario pagado en exceso por concepto de contraprestación periódica, la aplicación de las normas sustantivas de Derecho Civil, como son las referidas al pago indebido, no resultan incompatibles con el procedimiento administrativo ni con la materia objeto de la pretensión accesoria de AZTECA, sino, por el contrario, resulta necesario recurrir a estas para resolver el fondo de la cuestión en controversia.

Ahora bien, el artículo 1267 del Código Civil establece que “El que por error de hecho o de derecho entrega a otro algún bien o cantidad en pago, puede exigir la restitución de quien la recibió”. Atendiendo a la norma, así como lo dispuesto por la Corte Suprema¹²⁶ y la doctrina¹²⁷, se tiene que los requisitos para la configuración del pago indebido son: (i) que se haya efectuado un desplazamiento patrimonial; (ii) no existe causa, es decir, el pago no es debido dado que no existe una obligación entre quien paga y quien recibe el pago; y, (iii) es efectuado por error, ya sea de hecho o de derecho.

¹²⁴ Ramón Parada, *Derecho Administrativo Tomo I* (Madrid: Marcial Pons, 2010), 202. Citado por Gómez Apac, “El Procedimiento Trilateral: ¿Cuasijurisdiccional?”, 16.

¹²⁵ Gómez Apac, “El Procedimiento Trilateral: ¿Cuasijurisdiccional?”, 19.

¹²⁶ Casación N° 85-2010 Lima, fundamento 10.

¹²⁷ Ver: (i) Barchi Velaochaga, “El enriquecimiento sin causa en el contexto del contrato: a propósito del pago en exceso”, 32-34; y, (ii) Osterling Parodi y Castillo Freyre, *Compendio de Derecho de las Obligaciones*, 625-630.

Atendiendo a lo expuesto, autores como Osterling y Castillo Freyre¹²⁸, Díez-Picazo¹²⁹ y Barchi¹³⁰ han desarrollado algunos supuestos de pago indebido, como (i) cuando se efectúa un doble pago de una misma deuda; (ii) cuando se paga con una prestación distinta a la debida, cuando el pago se realiza a una persona distinta al acreedor; (iii) cuando se extinguió de manera previa al pago la relación obligacional existente entre el *solvens* y el *accipiens*; (iv) cuando el *solvens* efectúa el pago en demasía, exceso o por una cantidad superior a la debida; entre otros supuestos.

El que interesa a efectos del presente caso es el pago en exceso como supuesto de pago indebido, pues AZTECA precisamente solicita la devolución de un monto de US\$ 515,797.17, que correspondería a lo pagado en exceso por uso compartido de infraestructura.

No obstante, si bien la doctrina ha sido clara en reconocer el pago en exceso como un supuesto de pago indebido, se debe señalar que esta postura no ha sido adoptada de manera unánime por la Corte Suprema. Al respecto, en las Casaciones N° 5076-2013 Lima y N° 7458-2013 Lima, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema ha diferenciado el pago en exceso del pago indebido por considerar que en el primero existe una obligación de pago, pero de una suma menor, mientras que el pago indebido es un pago que no debió hacerse -al no existir obligación alguna-, inaplicando por tanto las disposiciones del Código Civil sobre esta materia.

Posteriormente, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema señaló en el fundamento 8 de la Casación N° 4594-2015 Lima que “el pago indebido, conforme a la regulación dispuesta por nuestro legislador, se presenta exclusivamente entre personas verdaderamente vinculadas por una relación obligacional como acreedor y deudor, dentro de la cual lo indebido se encuentra constituido por la relación de una prestación que no se ajusta a los términos pactados entre ellas”. Continúa señalando en el fundamento 9 “que la configuración de los supuestos de pago indebido suponen, inicialmente, la preexistencia de un acuerdo o concertación libre entre las partes en relación a los términos en que debería cumplirse la obligación adoptada por ellas; en cuyo caso, el pago indebido se presenta cuando se paga más de lo pactado”.

¹²⁸ Osterling Parodi y Castillo Freyre, *Compendio de Derecho de las Obligaciones*, 627-628.

¹²⁹ Díez-Picazo y Gullón, *Sistema de Derecho Civil. Volumen II*, 582.

¹³⁰ Barchi Velaochaga, “El enriquecimiento sin causa en el contexto del contrato: a propósito del pago en exceso”, 35-37.

Con este pronunciamiento se adoptó una postura contraria a la adoptada por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, pasando de considerar que en los supuestos de pago indebido no existe una obligación de pago entre las partes pues es un pago que no debió hacerse, a considerar que en todos los casos debe existir una relación obligacional entre el *solvens* y el *accipiens*, reconociendo que el pago indebido se puede presentar cuando se paga más de lo pactado, es decir, en exceso.

Al respecto, consideramos que los supuestos de pago indebido se pueden presentar en ambos escenarios, pues, como se puede apreciar de los ejemplos previamente señalados, este se puede configurar en casos en los que no exista obligación de pago alguna entre el *solvens* y el *accipiens*, sea por ejemplo porque esta se extinguió antes del pago sin que el *solvens* haya tomado conocimiento o porque por error realizó el pago a persona distinta del acreedor de la deuda, así como también en casos en los que exista de manera previa una relación obligacional entre ambos, ya sea por ejemplo cuando se paga con una prestación distinta a la acordada o cuando se paga más de lo debido.

En particular en el supuesto de pago en exceso que es el que nos interesa, si bien existe una relación obligacional previa entre el *solvens* y el *accipiens*, el pago respecto del exceso no es debido o que -como señala la Corte Suprema- no debió hacerse, pues no tiene como sustento una obligación, es decir, el *solvens* no estaba obligado a pagar ese adicional, lo que precisamente lo convierte un pago indebido únicamente respecto de dicha cantidad. Por tanto, tratándose de un desplazamiento patrimonial sin causa y por error, correspondería la restitución de lo pagado en exceso (lo no debido), conforme a lo dispuesto en el artículo 1267 del Código Civil, a fin de evitar que el *accipiens* se enriquezca sin causa a costa del *solvens* con un patrimonio respecto del cual no tiene derecho. En estos casos, el *solvens* recae en un error relativo, pues sí existe una obligación, pero se equivoca en la cantidad.

En el caso concreto, existe una relación obligacional entre AZTECA y SEAL, donde SEAL arrienda a AZTECA su infraestructura eléctrica y AZTECA está obligada a pagarle un determinado importe como contraprestación. Sin embargo, al efectuar los pagos mensuales, se advirtió que AZTECA pagó un determinado monto por encima de lo que debió pagar, de acuerdo con el resultado de la Metodología. Respecto de este monto pagado en exceso no existía obligación de pago, por lo cual se considera un pago no debido. Cabe mencionar que

AZTECA ha aportado los medios probatorios que acreditan los pagos efectuados en el periodo reclamado, los que incluirían lo pagado indebidamente.

Entonces, tenemos que AZTECA ha efectuado un desplazamiento patrimonial sin causa a favor de SEAL, por un monto que excede lo que debió pagar de acuerdo con lo dispuesto en el Contrato de Participación, en el cual se dispuso que la contraprestación se calcula siguiendo la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, la cual ciertamente no puede exceder su resultado considerando que se trata de un precio máximo de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 30 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha. Por tanto, se cumplen con los primeros dos requisitos del pago indebido previamente señalados.

Con relación al error como presupuesto del pago indebido, este puede ser de hecho, por una falsa o equivocada representación de la realidad, o de derecho, por una interpretación equivocada del Derecho¹³¹. En este caso, las partes efectuaron una interpretación equivocada de la Metodología al momento de determinar la contraprestación periódica por acceso y uso compartido de la infraestructura de SEAL, pues atribuyeron al denominador “Na” el valor de uno (1), cuando este equivale a tres (3) a fin de que cada arrendatario asuma los costos adicionales que efectivamente genera el despliegue de su cable de fibra óptica en la infraestructura de SEAL.

En este punto cabe señalar que la definición del denominador “Na” en la Metodología prevista en el Reglamento de la Ley de Banda Ancha fue realizada de manera imprecisa, dando lugar a que esta única disposición tenga diversas interpretaciones, generando dudas que llevaron a AZTECA a presentar su reclamación a fin de que sea la autoridad administrativa la que determine la correcta interpretación de la fórmula de la Metodología y, en especial, del valor del denominador “Na” atribuido por el redactor de la norma.

De esta manera, la imprecisión de la definición del “Na” indujo a error a las partes al aplicar la Metodología, por lo que se configuró un error de derecho por interpretación equivocada de la fórmula de la Metodología del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, lo que conllevó a que AZTECA (*solvens*) pague a SEAL (*accipiens*) una cantidad superior a la debida.

¹³¹ Osterling Parodi y Castillo Freyre, *Compendio de Derecho de las Obligaciones*, 631; y, Casación N° 85-2010 Lima, fundamento 11.

Atendiendo a lo expuesto, es posible concluir que la pretensión accesoria de AZTECA podía ser evaluada conforme a lo dispuesto en el artículo 1267 del Código Civil, dado que el monto pagado en exceso por dicha empresa constituye un supuesto de pago indebido por error de derecho que genera la obligación de SEAL como *accipiens* de restituir a AZTECA como *solvens* lo recibido indebidamente.

7.5. DETERMINAR SI ES POSIBLE DEVOLVER UN IMPORTE QUE EXCEDE LO SOLICITADO POR AZTECA EN SU PETITORIO, CONSIDERANDO LOS ALCANCES DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

El principio de congruencia es un principio procesal que establece que el juzgador no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los alegados por las partes. Este ha sido reconocido por la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Constitucional como una garantía para las partes del proceso que tiene relación directa con otras garantías y derechos constitucionales como el debido proceso, el derecho de defensa, el derecho a la debida motivación y, en ocasiones, el derecho a ser juzgado por un juez imparcial.

En su relación con derecho a la motivación, este principio implica un límite a la discrecionalidad y/o arbitrariedad del juzgador, pues debe resolver los conflictos conforme al petitorio de la demanda y fundamentándose en los hechos alegados por las partes. De otro lado, implica también la obligación del juzgador de pronunciarse sobre todos los puntos controvertidos establecidos en el proceso y sobre todas las alegaciones y medios probatorios aportados por las partes¹³². Asimismo, la garantía de que el juzgador resolverá el conflicto conforme al petitorio de la demanda delimita de manera precisa el objeto de la demanda, lo que garantiza a su vez el derecho de defensa de la parte demandada, pues le permite organizar su defensa técnica mediante la formulación de sus argumentos de contradicción, excepciones y ofrecimiento que pruebas¹³³.

En ese sentido, si bien este principio se aplica en todo tipo de proceso, tiene especial relevancia en aquellos en los que exista una contraparte, pues ambas partes deben encontrarse en igualdad

¹³² Ver: Casación N° 2359-2015 Ica, fundamento 3; y, la STC N° 8123-2005-PHC, fundamento 35.

¹³³ Ver: Casación N° 8507-2015 Lima, fundamento 2.5; y, la STC N° 8123-2005-PHC, fundamento 35.

de oportunidades para ejercer su defensa, el cual implica brindarles la posibilidad de presentar sus alegatos, probar y contradecir, pudiendo ver afectado dicho derecho por la incongruencia en la que incurra el juzgador. Este es el caso de los procedimientos administrativos trilaterales, en los que existe un conflicto entre dos partes que es resuelto por una autoridad administrativa imparcial, como el que se tramitó bajo este expediente.

Es importante resaltar que el principio de congruencia no se aplica únicamente en los procesos seguidos ante las autoridades judiciales, sino también en los procedimientos administrativos, en los cuales también resultan aplicables las instituciones de la teoría general del proceso, como es la congruencia procesal. En efecto, el artículo 198.2 del TUO de la LPAG reconoce este principio al establecer que “En procedimientos iniciados a petición del interesado, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por éste, sin que en ningún caso pueda agravar su situación inicial y sin perjuicio de la potestad de la administración de iniciar de oficio un nuevo procedimiento, si procede”.

Sin embargo, su aplicación no es estricta en todos los casos, pues, como indica Morón¹³⁴, la congruencia en el procedimiento administrativo presenta matices propios, dado que la Administración no agota su cometido y obligaciones con el análisis y pronunciamiento sobre lo alegado por el administrado, sino que, en virtud de su deber de oficialidad y satisfacción de los intereses públicos, debe pronunciarse sobre todos los aspectos que obren en el expediente, sin limitarse a los extremos planteados por los interesados.

Así también, el Tribunal Constitucional ha reconocido que el principio de congruencia puede verse flexibilizado en los procedimientos administrativos; sin embargo, siempre se le debe dar la oportunidad al administrado de ejercer su derecho de defensa respecto de aquellos aspectos que no han sido parte de lo pretendido¹³⁵.

La posibilidad de esta flexibilización y protección del derecho de defensa se encuentra prevista también en el artículo 5 del TUO de la LPAG, el cual dispone en el inciso 5.4 que “El contenido [del acto administrativo] debe comprender todas las cuestiones de hecho y derecho planteadas por los administrados, pudiendo involucrar otras no propuestas por estos que hayan sido

¹³⁴ Morón Urbina, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, 564 -565.

¹³⁵ STC N° 04293-2012-PA/TC, fundamentos 12 y 13.

apreciadas de oficio, siempre que la autoridad administrativa les otorgue un plazo no menor a cinco (5) días para que expongan su posición y, en su caso, aporten pruebas que consideren pertinentes”.

Entonces se puede apreciar que, si bien se admite la flexibilización de este principio, ello puede efectuarse siempre que se respete el principio del debido procedimiento y los derechos que lo conforman, como el derecho de defensa, lo que implica otorgarles a los administrados un plazo para ejercer su derecho respecto de aquellas cuestiones apreciadas de oficio en el expediente por la autoridad. Ello es coherente con la relación directa que existe entre este principio y dichos derechos y garantías constitucionales.

Así también, Morón¹³⁶ considera que afecta el derecho de defensa del administrado y encubre una desviación de poder permitir a la Administración decidir sobre aspectos no planteados en el expediente y sobre los cuales, consecuentemente, los interesados no han mostrado su parecer, de modo que un límite adicional a la flexibilización de este principio es que dichas cuestiones no propuestas obren en el expediente.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional también ha reconocido que el principio de congruencia admite su relativización en aquellos casos en los que se encuentren involucrados intereses y derechos de especial relevancia social e innegable trascendencia pública, como los que se presentan en materia laboral, constitucional o de familia¹³⁷. Es decir, su relativización no se aplica en todos los casos, pues se trata de una garantía que como regla general se debe presentar. Entonces, el principio se aplicará de manera más estricta mientras se encuentren en juego intereses de naturaleza privada y podrá relativizarse únicamente cuando se encuentren en juego intereses y derechos de especial relevancia social e innegable trascendencia jurídica.

En la misma línea, aunque en el contexto del procedimiento administrativo, Gómez Apac¹³⁸ señala que puede existir una modulación en su aplicación dependiendo del tipo de procedimiento administrativo trilateral, pues algunos tienen el interés público y el interés privado en el mismo nivel, mientras que en otros prevalece el interés público. Así, por ejemplo,

¹³⁶ Morón Urbina, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, 565.

¹³⁷ STC. N° 00782-2013-AA, fundamento 5.

¹³⁸ Gómez Apac, “El Procedimiento Trilateral: ¿Cuasijurisdiccional?”, 19 y 32.

si se trata de un procedimiento donde predomina el interés privado, el pronunciamiento de la autoridad administrativa no podrá ser *ultra petita*.

De acuerdo con lo expuesto, para flexibilizar el principio de congruencia en los procedimientos administrativos trilaterales debe presentarse lo siguiente: (i) las cuestiones no propuestas por las partes deben obrar en el expediente; (ii) las partes deben haber ejercido o haber podido ejercer su derecho de defensa respecto de dichas cuestiones previo al pronunciamiento de la autoridad administrativa; y, (iii) las cuestiones no propuestas deben tener incidencia o afectación directa en el interés público, de modo que la autoridad administrativa se pronunciará sobre estas en virtud de su deber de impulso de oficio y satisfacción del interés público. Estos tres puntos permiten establecer un equilibrio entre la finalidad de la Administración pública de proteger el interés general, garantizando también los derechos e intereses de los administrados.

En el presente caso, el TSC determinó que el monto pagado en exceso por AZTECA y que, por tanto, correspondería ser restituido por SEAL realmente ascendía a US\$ 521 993.22; sin embargo, AZTECA solicitó como pretensión accesorias la devolución de únicamente US\$ 515 797.17. Entonces, considerando lo previamente expuesto, se debe determinar si en este caso es posible flexibilizar el principio de congruencia a fin de ordenar a SEAL la devolución del monto total de US\$ 521 993.22 o si la autoridad administrativa debe atenerse a lo pretendido por AZTECA y ordenar la devolución de los US\$ 515 797.17.

En este caso, la cuestión no propuesta por las partes consiste en el importe pagado en exceso ascendente a US\$ 521 993.22, el cual excede lo solicitado en su pretensión accesorias por AZTECA en US\$ 6 196.05. Cabe mencionar que en este caso el TSC determinó un monto distinto al solicitado por AZTECA, dado que reemplazó en la Metodología todos los valores de sus componentes, recalculando en su totalidad la contraprestación que SEAL debió cobrar, restándolo del importe que AZTECA realmente pagó. Entonces, este monto adicional no fue parte de la reclamación, no obra en el expediente ni es posible deducirlo sin efectuar una operación compleja como la realizada por la autoridad administrativa para su determinación en la resolución final.

Como segundo punto, se debe mencionar que, dado que el cálculo fue efectuado en el pronunciamiento final del TSC en segunda instancia, SEAL no tuvo la oportunidad de presentar alegatos con relación a la determinación del monto ascendente a US\$ 521 993.22, superior al

solicitado por AZTECA en US\$ 6 196.05. Más bien, durante todo el procedimiento SEAL ejerció su defensa bajo la premisa de que AZTECA solicitaba US\$ 515 797.17 y que, en atención a la garantía procesal de congruencia, en el escenario menos beneficioso para SEAL, esta tendría que restituir como máximo hasta el monto solicitado en el petitorio (US\$ 515 797.17).

Como tercer punto, se debe considerar que la pretensión accesoria de AZTECA consiste en la devolución o restitución de un importe dinerario pagado en exceso, lo que generó el derecho de AZTECA a la restitución y la obligación de SEAL de devolver el exceso, por lo que predomina el interés privado de las partes en este extremo. No es posible afirmar que la restitución de lo pagado indebidamente por parte de SEAL a favor de AZTECA tiene como sustento la protección del interés público, pues la estimación o desestimación de esta pretensión tendrá efecto directa y únicamente en la esfera patrimonial de ambas empresas, sin afectar la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones a los usuarios.

Asimismo, es importante considerar que AZTECA solicitó expresamente la devolución del monto pagado en exceso ascendente a US\$ 521 993.22, quien como *solvens* tiene la facultad de ejercer o renunciar total o parcialmente a su derecho de restitución, no existiendo fundamento por el cual la autoridad administrativa deba sustituir la voluntad de la reclamante a fin de concederle más de lo pedido.

En ese sentido, se tiene que no se cumplen con los requisitos previamente señalados para flexibilizar el principio de congruencia, pues el monto superior determinado por el órgano de segunda instancia no obra en el expediente, sino que es resultado de una operación adicional efectuada por este al resolver el recurso de apelación, por lo cual SEAL no ha tenido la oportunidad de ejercer su defensa sobre este punto. Asimismo, la obligación de restitución declarada por los órganos de ambas instancias no tiene como sustento la protección del interés público, sino que prevalece el interés privado de las partes al afectar únicamente su esfera patrimonial.

Por tanto, otorgar a AZTECA un monto superior a lo solicitado, por más que sea el importe efectivamente pagado en exceso por dicha empresa, no responde al deber de oficialidad y satisfacción del interés público al cual está sujeto la Administración, sino que implicaría una desviación de su poder materializada en una decisión que beneficia sin fundamento a una de

las partes en perjuicio de su contraparte, quien no ha podido ejercer su derecho de defensa con relación a este incremento cuantitativo no solicitado de la pretensión.

En consecuencia, en este caso, no es posible ordenar la devolución de un importe que excede lo solicitado por la reclamante en su petitorio, pues esta decisión constituiría un supuesto de incongruencia *ultra petita*, que contraviene el principio y garantía de congruencia procesal.

8. VALORACIÓN JURÍDICA PERSONAL SOBRE CÓMO LA AUTORIDAD COMPETENTE RESOLVIÓ LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

8.1. SOBRE EL ANÁLISIS DE ARBITRABILIDAD EFECTUADO AL RESOLVER LA EXCEPCIÓN DE CONVENIO ARBITRAL Y LA APELACIÓN RESPECTIVA

En la Resolución N° 004-2019-CCO/OSIPTTEL, al evaluar la excepción de convenio arbitral, el CCO realizó un análisis conjunto de los artículos 2 y 13 de la Ley de Arbitraje, así como del artículo 16 de la misma norma, que regula la excepción de convenio arbitral. A partir de ello, concluyó que debe entenderse que el convenio arbitral suscrito entre AZTECA y SEAL será aplicable únicamente respecto de las controversias que versen sobre materias de libre disposición, por lo que estimó necesario analizar si la materia controvertida del procedimiento tiene dicha calidad, a efectos de determinar si es susceptible de ser sometida a arbitraje y, de ser el caso, si el convenio arbitral es aplicable a la presente controversia.

Al respecto, es correcto que el arbitraje solo puede llevarse a cabo respecto a materias que sean susceptibles de someter a arbitraje, es decir, aquellas que versan sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados internacionales autoricen. En otras palabras, no prosperará el arbitraje si la materia que se pretende someter a este no es susceptible de ser arbitrada conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley de Arbitraje. No obstante, distinta es la cuestión referida a quién corresponde determinar la arbitrabilidad de la materia, si corresponde a la autoridad ante quien se presenta la excepción o le corresponde al árbitro.

El artículo 16 de la Ley de Arbitraje establece en su inciso 3 que “La excepción de convenio arbitral, sea que se formule antes o después de iniciado el arbitraje, será amparada por el solo mérito de la existencia del convenio arbitral, salvo en el primer caso, cuando el convenio fuese

manifiestamente nulo”. Si bien el CCO citó este inciso, el cual también fue mencionado por SEAL como parte de su defensa, no efectuó evaluación de sus implicancias o, en todo caso, de por qué este inciso no resultaría aplicable al presente caso.

Como se ha señalado anteriormente, la excepción de convenio arbitral se manifiesta cuando surten los efectos negativos del convenio arbitral, el que implica que los jueces deben abstenerse de conocer una controversia, dado que ha sido sustraída de su competencia a favor del arbitraje. Así, por regla general ante la interposición de una excepción de convenio arbitral, con la sola constatación de su existencia, el juez debe abstenerse de conocer la controversia y reconocer la competencia arbitral, permitiendo que el tribunal arbitral sea el primero en pronunciarse sobre esta. El único caso en el que el juzgador podrá realizar un análisis del convenio arbitral será cuando, no existiendo un proceso arbitral en trámite sobre la misma controversia, el convenio sea manifiestamente nulo, lo cual tampoco ha sido evaluado por el CCO al declarar infundada la excepción de convenio arbitral.

Por tanto, si bien el CCO ha reconocido la posibilidad de aplicar las disposiciones del Código Procesal Civil y de la Ley de Arbitraje al evaluar la excepción de convenio arbitral como defensa procesal válidamente aplicable en el procedimiento administrativo trilateral, ha omitido lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 16 de la Ley de Arbitraje que regula esta excepción y establece una regla de prioridad a favor del árbitro para evaluar su propia competencia, la cual está sujeta a la arbitrabilidad de la materia. Es decir, si bien no es competente un árbitro para conocer una materia que no sea arbitrable, a quien por regla general le corresponde determinar si la materia es arbitrable o no y, por tanto, si es competente es al árbitro. En este caso, la falta de fundamento sobre la inaplicación de dicha disposición constituye un defecto en la motivación, más aún cuando el contenido de esta fue parte de la defensa de SEAL.

Por otro lado, en la Resolución N° 007-2019-TSC/OSIPTTEL, el TSC tampoco efectuó análisis alguno sobre lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley de Arbitraje, sino que también consideró que la estimación o no de la excepción de convenio arbitral depende de que la arbitrabilidad de la materia, señalando que lo relevante en este caso es determinar si la cuestión reclamada califica o no como una materia arbitrable, pues el margen de actuación arbitral no puede extenderse a conflictos que no sean de libre disposición. Al respecto, al igual que con el CCO, también existe un defecto en la motivación, pues no se fundamentó por qué la referida

disposición no resulta aplicable al presente caso y, más bien, se excedieron los alcances de la discrecionalidad que la Ley de Arbitraje otorga al juzgador al evaluar esta excepción, pues, como se ha señalado, el análisis de la arbitrabilidad de la materia controvertida corresponde ser efectuada por el tribunal arbitral, quien determinará si es competente o no en razón de la materia.

Ahora bien, el TSC también indica que no se está frente a una discusión entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción arbitral, en la que el convenio arbitral puede servir de sustento para relegar a la primera, sino que se está frente a una pretensión de desplazar el ejercicio de la función de solución de controversias del OSIPTEL que es irrenunciable ante un fuero arbitral, considerando que el artículo 74 de TUO de la LPAG dispone que es nulo todo acto administrativo que contemple la renuncia a la titularidad o la abstención del ejercicio de las atribuciones conferidas a un órgano administrativo.

Sobre el particular, se debe señalar que esta excepción no implica un análisis de la competencia de los órganos de solución de controversias del OSIPTEL ni una renuncia a esta, sino que una vez interpuesta corresponde determinar si esta debe ser estimada o no según lo previsto en la Ley de Arbitraje. Así, la estimación de esta excepción no implica que se esté afectando la competencia de los órganos de solución de controversias, pues el árbitro no podrá resolver la controversia si esta es de competencia exclusiva del OSIPTEL y, por tanto, no es susceptible de arbitraje.

Es decir, el hecho de que la Ley de Arbitraje otorgue la prioridad al árbitro para determinar su propia competencia y por tanto evaluar la arbitrabilidad de la materia, no implica que el árbitro no deba efectuar esta evaluación en función al marco normativo vigente, pues este tiene el deber de emitir laudos válidos y ejecutables. Entonces, la diferencia está únicamente en la autoridad que conforme a ley debe efectuar dicha evaluación.

Adicionalmente, las decisiones del árbitro también están sujetas a las normas vigentes y a controles ante excesos o contravenciones a estas, ya sea mediante la excepción de incompetencia conforme al inciso 3 del artículo 41 de la Ley de Arbitraje o mediante el recurso de anulación de laudo, conforme al artículo 62 de la misma norma, por lo que no es posible afirmar que el hecho de tener que abstenerse de pronunciarse sobre la controversia y permitir que sea el árbitro quien se pronuncie sobre la validez, eficacia o aplicación del convenio

arbitral, al declarar fundada una excepción de convenio arbitral, se esté afectando o renunciando a la competencia de la autoridad administrativa.

Más aún cuando el mismo artículo 74 del TUO de la LPAG establece en su inciso 2 que puede ser exigible a una autoridad no ejercer alguna atribución administrativa de su competencia por ley o mandato judicial expreso. En este caso, la ley que ordena a la autoridad administrativa abstenerse de continuar conociendo una controversia por el solo mérito de la existencia de un convenio arbitral es el artículo 16 de la Ley de Arbitraje.

Por otro lado, sin perjuicio de lo anterior y que este supuesto no se presentó en este caso, el TSC señaló también que la competencia del fuero administrativo para resolver conflictos tampoco puede ceder cuando un proceso arbitral se active por alguno de los administrados. Consideramos que ello no es correcto, pues el artículo 16 de la Ley de Arbitraje ha sido claro en señalar que la excepción de convenio arbitral que se formula después de iniciado el arbitraje será amparada por el solo mérito de la existencia del convenio arbitral. Es decir, en el caso en que exista un proceso arbitral en trámite, el juzgador debe declarar fundada la excepción y declarar concluido el procedimiento sin efectuar evaluación alguna sobre su validez.

Incluso si consideramos que el proceso arbitral haya sido iniciado después del plazo para interponer la excepción de convenio arbitral, se debe recordar que la Constitución ha reconocido al fuero arbitral como una jurisdicción, estableciendo en su artículo 139 inciso 2 que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, interferir en el ejercicio de sus funciones, modificar sentencias ni retardar su ejecución. Algo similar ha sido establecido en el artículo 3 de la Ley de Arbitraje, que establece el principio de no interferencia, por el cual ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrables podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral ni interferir en las actuaciones arbitrales antes de la emisión del laudo.

En ese sentido, no se concuerda con los fundamentos del TSC, dado que, en caso de que se inicie un proceso arbitral sobre la misma controversia en el que tribunal arbitral se considere competente, correspondería a la autoridad administrativa abstenerse de continuar con el procedimiento, puesto que un órgano jurisdiccional ya se habría avocado a su conocimiento y este tiene prioridad como jurisdicción, evitando así la inseguridad jurídica que generaría la

existencia de dos posibles pronunciamientos contradictorios que no puedan ser ejecutados simultáneamente.

En conclusión, los órganos de solución de controversias de ambas instancias del OSIPTEL no debieron evaluar la arbitrabilidad de la materia controvertida a fin desestimar la excepción de convenio arbitral, sino por el contrario debieron declarar fundada dicha excepción por el solo hecho de existir el convenio arbitral, ante la ausencia de una nulidad manifiesta. Efectuar dicho análisis excedió lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley de Arbitraje y desconoció el efecto negativo del convenio arbitral y del principio *Kompetenz-Kompetenz* vinculados a este.

Por otro lado, con relación al aspecto procedimental, cabe mencionar que SEAL interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 004-2019-CCO/OSIPTEL que declaró infundada la excepción de convenio arbitral. Su procedencia fue evaluada por dicho órgano colegiado mediante Resolución N° 005-2019-CCO/OSIPTEL, resolviendo conceder la apelación. Sin embargo, dentro de su análisis para otorgar el concesorio no consideró el artículo 217 inciso 2 del TUO de la LPAG -aplicable al procedimiento según el artículo 25 del Reglamento de Solución de Controversias-, el cual dispone que solo son impugnables los actos definitivos que ponen fin a la instancia y los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión, de modo que los restantes actos de trámite podrán ser impugnados con el recurso que, en su caso, se interponga contra el acto definitivo.

La Resolución N° 004-2019-CCO/OSIPTEL que resuelve la excepción de convenio arbitral se trata de un acto de trámite -pues no pone fin al procedimiento- que no determina la imposibilidad de continuar con el procedimiento, sino que más bien lo impulsa, y que tampoco genera indefensión, pues este acto no impide que SEAL continúe presentando sus alegatos y ejerza su derecho de defensa durante el procedimiento, por lo que correspondía ser cuestionado junto con el acto definitivo. Sin embargo, ni el CCO ni posteriormente el TSC efectuaron esta evaluación de procedencia, incumpliendo con lo dispuesto en el artículo 217 del TUO de la LPAG y el artículo 25 del Reglamento de Solución de Controversias.

8.2. SOBRE LA DECLARACIÓN DE NO ARBITRABILIDAD DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

El CCO señaló que el convenio arbitral suscrito entre SEAL y AZTECA no es aplicable para el objeto del presente procedimiento, dado que este versa sobre un aspecto regulado e involucra un interés público, por lo que no es susceptible de ser sometido a arbitraje por no constituir una materia de libre disposición de las partes conforme a derecho. Por otro lado, el TSC señaló que la naturaleza de la controversia es no disponible, no solo porque involucra aspectos regulados por el Reglamento de la Ley de Banda Ancha, sino porque afecta el ejercicio de potestades administrativas reservadas por ley a la Administración pública y tiene incidencia en el interés público.

Al respecto, conforme a lo desarrollado en el acápite 6.2, no se coincide con los fundamentos expuestos por el CCO, puesto que el hecho de que la contraprestación periódica por acceso y uso compartido de infraestructura esté regulada por una norma imperativa no implica que dicha materia quede excluida del arbitraje, sino implica un límite al poder decisorio del tribunal arbitral, quien, al igual que el juez o la autoridad administrativa, se encuentra obligado a aplicar y respetar el contenido de la norma y el interés público que busca tutelar. Así, el árbitro al igual que la autoridad administrativa pueden interpretar la Metodología del Reglamento de la Ley de Banda Ancha a fin de determinar el valor asignado normativamente al denominador “Na” y, por tanto, la contraprestación que correspondía pagar a AZTECA.

Sin embargo, debe considerarse si los efectos de dicha interpretación podrían o no afectar intereses de orden público que trasciendan los meros intereses particulares de las partes; ello relacionado con el impacto que dicha interpretación pueda generar en la determinación de la contraprestación periódica por acceso y uso compartido de infraestructura y, por tanto, en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, lo que determina, según lo expuesto, que la materia sea de competencia exclusiva del OSIPTEL y, en consecuencia, no disponible.

En esa línea, se coincide parcialmente con los fundamentos del TSC en el extremo en que indica que la materia no es arbitrable porque afecta el ejercicio de potestades administrativas reservadas por ley a la Administración pública. Ahora bien, más que afectar las potestades administrativas del OSIPTEL, lo cierto es que el legislador ha decidido excluir algunas materias de los fueros jurisdiccionales y otorgarle la competencia exclusiva sobre estas autoridades administrativas con especialización técnica, como son los órganos de solución de controversias del OSIPTEL.

Una de estas materias de competencia exclusiva e irrenunciable del OSIPTEL, según lo dispuesto en la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, el Reglamento General del OSIPTEL y el Reglamento de Solución de Controversias, es aquella relacionada con el acceso y uso compartido de infraestructura, que afecte o pueda afectar el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, como la que se presenta en este caso, siendo ello lo que determina su falta de carácter arbitrable.

Ahora bien, si bien no se coincide con los fundamentos de los órganos de solución de controversias del OSIPTEL, ambas instancias motivaron su decisión sobre la no arbitrabilidad de la materia, por lo que no existe vicio de motivación en ese extremo. No obstante, no se tuvo en cuenta que la materia controvertida no se limita a lo solicitado por AZTECA en su pretensión principal, sino que AZTECA también presentó una pretensión accesoria a la pretensión principal, solicitando la devolución de lo pagado en exceso por contraprestación por acceso y uso compartido de infraestructura. Sobre este punto, ninguna de las instancias de solución de controversias efectuó alguna evaluación sobre la disponibilidad o arbitrabilidad de esta pretensión, lo que configura un defecto en la motivación.

8.3. SOBRE LA LABOR DE INTERPRETACIÓN EFECTUADA POR LAS INSTANCIAS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

En la Resolución N° 015-2019-CCO/OSIPTEL, el CCO resolvió la controversia declarando fundada en parte la pretensión principal de AZTECA referida a que la contraprestación fijada en el Contrato de Compartición excede el máximo permitido por el Reglamento de la Ley de Banda Ancha. Ello se debe a que consideró válido que las partes asumieran que el valor del denominador “Na” era equivalente al número de arrendatarios que efectivamente hacían uso de la infraestructura de SEAL, por lo que fue correcto que las partes asignaran el valor de uno (1) al “Na” al determinar la contraprestación periódica por el acceso y uso de las estructuras eléctricas de SEAL, respecto de las cuales AZTECA era la única arrendataria al momento de suscribir el Contrato de Compartición, a excepción de 93 estructuras, respecto de las cuales la contraprestación fijada excedió el máximo permitido, dado que las partes debieron asignar al “Na” un valor de dos (2) al ser AZTECA la segunda arrendataria.

Como parte de sus fundamentos, el CCO señaló que a la fecha de suscripción del Contrato de Compartición, las partes únicamente se encontraban sometidas a lo dispuesto en la Ley de

Banda Ancha y su Reglamento a efectos de determinar el valor del denominador “Na”, siendo que el Informe N° 251-2013-MTC/26, además de no tener carácter normativo ni haber estado disponible para las partes, no contenía referencia expresa sobre la determinación del valor del “Na” equivalente a tres (3) ni permitía a las partes inferir la existencia de una relación de interdependencia entre la variable “f” y el valor del “Na”. En ese sentido, concluyó que las partes válidamente asumieron que el valor del denominador “Na” equivale al número efectivo de arrendatarios.

De ello se aprecia que, al determinar cuál es el valor del denominador “Na” en la fórmula -pues este no fue señalado concretamente en la norma-, el CCO adoptó una postura textualista para la interpretación, pues buscó que dicho valor estuviera señalado expresamente en el Informe N° 251-2013-MTC/26. En ese sentido, descartó la interpretación presentada por AZTECA al no encontrar una referencia expresa de que dicho factor tiene un valor igual a tres (3), sin realizar alguna labor interpretativa adicional.

Por otro lado, el CCO hizo referencia a la Exposición de Motivos y los informes que sustentaron los proyectos de modificación de los valores de las variables “m” y “f” elaborados en el 2015 y 2017, en los cuales el MTC realizó una simulación de la aplicación de la fórmula, asumiendo como uno de los supuestos que el arrendamiento es provisto por una (1) empresa de telecomunicaciones, consignando para ello un valor de uno (1), de lo que infirió que el denominador “Na” es una variable que responde al número efectivo de arrendatarios, utilizando esta inferencia para descartar que el “Na” podía ser igual a tres (3).

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que dicha Exposición de Motivos e Informes fueron emitidos años después de la entrada en vigencia de la Metodología y de la fecha de suscripción del Contrato de Compartición, además de que el mismo CCO cuestionó la validez del Informe N° 251-2013-MTC/26 por no tener carácter normativo ni haber estado disponible para las partes, utilizando luego informes de la misma naturaleza para sustentar que el “Na” no es igual a tres (3).

En ese sentido, se advierte cierta contradicción en la fundamentación, pues no es coherente con sus propios actos utilizar informes para efectuar y/o descartar una interpretación que responden a las mismas razones por las cuales cuestionó el valor interpretativo del Informe N° 251-2013-MTC/26, los que, además de no tener carácter normativo, evidentemente no estaban

disponibles para las partes a la fecha de suscripción del Contrato de Compartición, pues estos fueron emitidos años después y, más importante aún, sustentaron proyectos de modificación que no fueron aprobados ni entraron en vigencia.

Asimismo, se aprecia que la principal fundamentación de la resolución no parte de determinar cuál es el valor atribuido normativamente al denominador “Na”, sino de descartar que el “Na” es igual a tres (3). Así, más allá del análisis de los referidos documentos del 2015 y 2017 -cuyo valor interpretativo es cuestionable por las razones anteriormente señaladas-, no efectuó labor de interpretación adicional que sustente que el denominador “Na” es igual al número efectivo de arrendatarios, sino que tomó por válida la interpretación de la Metodología del Reglamento efectuada por las partes -que inclusive fue incumplida¹³⁹-.

Sobre este punto, suscribiendo lo señalado por Zusman¹⁴⁰, es importante resaltar que toda persona con autoridad para aplicar la ley, como lo es una autoridad administrativa, tiene el deber de fijar el significado legal de la norma, sin importar cuán difícil sea, se traten de casos en que la norma adolece de generalidad, oscuridad o imprecisión. Siendo así, la autoridad administrativa debe adoptar la interpretación propuesta por alguna de las partes o adoptar una propia a fin de resolver la controversia, con los fundamentos que sustenten dicha decisión.

Este deber no fue cumplido por el CCO, pues omitió efectuar como autoridad administrativa una interpretación que determine clara y expresamente cuál es el valor que la norma otorgó al denominador “Na” a fin de resolver la controversia, y en su lugar dio prevalencia al valor otorgado por las partes al denominador “Na”.

Finalmente, con relación a la Resolución N° 015-2019-CCO/OSIPTTEL, se observa cierta inconsistencia en la determinación de la contraprestación periódica máxima que AZTECA debió pagar, efectuada por el CCO, pues al determinarla consideró las variaciones que se dieron en el número de estructuras arrendadas en el 2016, pero no hizo lo mismo para las variaciones del número de arrendatarios que se produjeron durante el periodo que se reclama, asignando al “Na” el valor del número efectivo de arrendatarios que habían únicamente al momento de la

¹³⁹ Cabe mencionar que, durante el periodo de vigencia del Contrato de Compartición, las partes asignaron al “Na” el valor de uno (1), sin variar su valor en función al número efectivo de arrendatarios tal como debieron hacer en consistencia con la alegada interpretación de SEAL.

¹⁴⁰ Zusman Tinman, *La interpretación de la Ley. Teórica y Métodos*, 48, 56 y 63.

suscripción del Contrato de Compartición, cuando durante su ejecución SEAL arrendó las mismas estructuras a otras empresas de telecomunicaciones.

Esta decisión, además de no estar fundamentada, no tiene sustento, dado que tanto el denominador “Na” como el número de estructuras son factores aplicados en la Metodología al momento de la determinación de la contraprestación periódica, los cuales no están consignados expresamente en el Contrato de Compartición y que, según lo señalado por SEAL y el CCO, sus valores podrían variar en el tiempo, por lo que no se justifica que no se aplique un “Na” diferenciado en función del número efectivo de arrendatarios, si se hace lo propio con el número de estructuras.

Ahora bien, con relación a la Resolución N° 006-2020-TSC/OSIPTEL, se aprecia que el TSC efectuó una labor interpretativa más completa, pues no se limitó a verificar lo que la norma señala expresa y literalmente ni buscó que otro documento señale expresamente su valor, sino que, ante la falta de ello, buscó comprender la función del denominador “Na” en la fórmula y su relación con las demás variables, a fin de determinar cuál es el valor que le corresponde conforme a su finalidad.

Por otro lado, como uno de sus fundamentos para descartar el cuestionamiento del CCO sobre el valor probatorio del Informe N° 251-2013-MTC/26 por su falta de carácter normativo, el TSC señaló que la necesidad de evaluar toda la documentación relacionada con la controversia descansa en la correcta aplicación del principio de verdad material, conforme al cual la autoridad debe verificar plenamente los hechos que sustenten su decisión, adoptando las medidas probatorias necesarias autorizadas por ley, lo cual es exigible en procedimientos trilaterales si el pronunciamiento de la autoridad pudiera involucrar el interés público, como ocurre en este caso.

Al respecto, se debe considerar que este principio tiene como premisa la verificación de hechos, pues la Administración no debe conformarse con lo aportado por el administrado, sino obtener las pruebas y averiguar los hechos que correspondan a la verdad material u objetiva, por lo que tiene especial importancia en el ámbito de la actividad probatoria que es la oficialidad de la prueba¹⁴¹.

¹⁴¹ Christian Guzmán Napurí, *Procedimiento Administrativo General Tomo I* (Lima: Instituto Pacífico, 2020), 73.

Tomando en cuenta ello, no resulta correcta la aplicación del principio de verdad material como sustento para valorar el referido informe, puesto que, lo que se encuentra en discusión en el presente caso no son hechos, sino la interpretación de la fórmula de la Metodología del Reglamento de la Ley de Banda Ancha. En ese sentido, el Informe N° 251-2013-MTC/26 no tiene valor probatorio, sino interpretativo, siendo que el referido principio es aplicable para la probanza de hechos, mas no para interpretación de normas, mediante la cual se busca encontrar el sentido normativo de una disposición. Afirmar lo contrario contraviene el conocido aforismo: “Se prueban los hechos, no el derecho”, pues las normas y su sentido no se prueban, se interpretan, salvo que se traten de costumbres o derecho extranjero¹⁴², que no es el caso. Por tanto, el sustento para considerar el Informe N° 251-2013-MTC/26 no se encuentra en el principio de verdad material, sino en los métodos de interpretación.

8.4. SOBRE LA DECISIÓN DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA DE ORDENAR DE LA DEVOLUCIÓN DE LO PAGADO EN EXCESO

Al pronunciarse sobre la pretensión accesoria de AZTECA, ni el CCO ni el TSC desarrollaron el sustento normativo que les permite ordenar la devolución de lo pagado en exceso ni realizaron el análisis sobre los requisitos que deben presentarse para que se configure un supuesto de pago indebido que tiene como consecuencia jurídica la obligación de restitución del pago en exceso, sino que, al declarar fundada en parte y fundada la pretensión principal, respectivamente, también estimaron la pretensión accesoria sin mayor análisis que la comprobación de que se efectuó un pago superior a lo debido.

Si bien AZTECA presentó la pretensión como accesoria, lo que significa que esta sigue la suerte de la principal, ello no significa que la autoridad no deba evaluar si esta pretensión correspondía ser planteada de tal manera. En este caso, si bien la evaluación de la pretensión principal sirve como presupuesto para la evaluación de la pretensión planteada como accesoria, esta última no puede ser estimada por el solo hecho de haber estimado la principal, sino que exige realizar un análisis adicional para determinar si corresponde ser estimada, como es la concurrencia de los requisitos para la configuración del pago indebido. Este análisis no fue

¹⁴² Carlos Alberto Matheus López, “Sobre la función y objeto de la prueba”, *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, N° 55 (2002): 327-328.

realizado por ninguna de las instancias del OSIPTEL, por lo que configura un vicio en la motivación.

8.5. SOBRE LA DECISIÓN DEL TSC Y EL VOTO EN DISCORDIA SOBRE LA FLEXIBILIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

El TSC calculó un importe pagado en exceso superior a lo solicitado por AZTECA en su pretensión accesoria. Ante ello, en la Resolución N° 006-2020-TSC/OSIPTEL se señaló que, a fin de no contravenir el principio de congruencia excediendo el petitorio de la reclamación, corresponde ordenar a SEAL la devolución del importe solicitado por AZTECA. Sin embargo, existió un voto en discordia por declarar fundada la pretensión accesoria y ordenar la devolución del importe total correspondiente al cobro en exceso que supera el importe solicitado por AZTECA en su reclamación, por considerar que solo la devolución del importe total satisface el interés público que subyace al proyecto de la RDNFO.

Al respecto, conforme a lo desarrollado anteriormente, no coincidimos con los fundamentos del voto en discordia, pues en este caso la pretensión accesoria referida a la devolución de lo pagado en exceso no responde a un interés público, sino al interés privado de las partes, pues, a diferencia de la obligación imperativa de no exceder el precio máximo de la contraprestación periódica por acceso y uso compartido de infraestructura, declarada de necesidad pública e interés nacional, la pretensión accesoria se basa en la existencia de una obligación heterónoma de restitución legalmente establecida por el Código Civil ante un supuesto de pago indebido, que no genera afectación a los usuarios del mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, sino que afecta únicamente el patrimonio de las partes involucradas. Por tanto, el principio de congruencia, como garantía de los administrados, resulta aplicable en su total dimensión, sin que exista sustento para su relativización en el marco de este conflicto entre intereses privados generado como consecuencia del pago indebido de AZTECA.

Sin perjuicio de ello, es importante recordar que la flexibilización del principio de congruencia solo es posible si se ha permitido a las partes ejercer su derecho de defensa con respecto a las nuevas cuestiones apreciadas de oficio, como el importe superior a lo solicitado por AZTECA, lo cual no ha ocurrido en el presente caso, pues dicho importe no ha sido nunca puesto en conocimiento de ninguna de las partes hasta la emisión del voto en discordia con la resolución final del TSC. Así, además de no estar presente el interés público, una decisión que excede el

petitorio en este caso contravendría el principio de imparcialidad, pues se estaría favoreciendo a una parte sin otorgar la oportunidad a su contraparte de defenderse y presentar sus alegatos al respecto.

Asimismo, en el voto en discordia se mencionaron los principios de celeridad y economía procesal como sustento de la decisión, a fin de evitar el inicio de futuras reclamaciones para solicitar la devolución del importe restante que generen más gastos para el Estado y las partes. Si bien estos principios son propios del procedimiento administrativo, son principios secundarios que no son de aplicación si los hechos no han sido debidamente aclarados o no se ha habido suficiente oportunidad de defensa¹⁴³. Es decir, los referidos principios pueden ser aplicados siempre que no se vulnere dicho derecho. Por tanto, dado que no se le dio la oportunidad a SEAL para presentar sus argumentos de defensa sobre el monto de US\$ 521 993.22 que excede lo solicitado por AZTECA, no es posible aplicar los principios de celeridad y economía procesal para sustentar la decisión de ordenar la devolución de dicho importe.

Por otro lado, es importante mencionar que una de las razones por las que el TSC obtuvo un monto superior a lo solicitado por AZTECA se debe a que efectuó el cálculo de la contraprestación máxima por acceso y uso compartido de infraestructura reemplazando los valores que consideró correctos de todas variables de la fórmula de la Metodología y no solo del denominador “Na”; sin embargo, si bien la correcta determinación de esta contraprestación debe responder a los valores establecidos por la norma, debió haberse aplicado lo dispuesto en el inciso 5.4 del artículo 5 del TUO de la LPAG, que dispone que la autoridad administrativa puede involucrar otras cuestiones no propuestas por los administrados, apreciadas de oficio, siempre que les otorgue un plazo no menor a cinco (5) días para que exponga su posición. En este caso, se debió haber otorgado dicho plazo a las partes para presentar sus argumentos con relación a los valores de las demás variables de la fórmula metodológica, al apreciar de oficio que las partes les habían asignado valores que no correspondían según la Metodología, lo que no se efectuó en este caso.

9. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

¹⁴³ Agustín A. Gordillo, “Principios fundamentales del procedimiento administrativo”, en *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas Tomo 5*, ed. por Agustín A. Gordillo (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2012), PRA-II-14.

- La excepción de convenio arbitral es una defensa de forma susceptible de ser aplicada en los procedimientos administrativos trilaterales como el que es materia de este expediente, cuya regulación se encuentra prevista no solo en el Código Procesal Civil, sino en la Ley de Arbitraje, siendo que sus disposiciones deben ser respetadas por la autoridad administrativa al efectuar su evaluación. Ello implica que, una vez interpuesta, debe declararla fundada con la sola acreditación de la existencia del convenio arbitral, a fin de respetar la voluntad de las partes de someter sus controversias a arbitraje y la competencia del tribunal arbitral de pronunciarse sobre su propia competencia, viéndose impedida de efectuar un análisis del convenio arbitral, salvo que este sea manifiestamente nulo y no exista un proceso arbitral en trámite sobre la misma controversia. En este caso, correspondía a la autoridad administrativa declarar fundada la excepción de convenio arbitral, absteniéndose de un realizar un análisis de arbitrabilidad de la materia controvertida, toda vez que el competente para efectuar ese análisis es el tribunal arbitral.

- La controversia principal consiste en una materia de contenido patrimonial, como es la contraprestación por acceso y uso compartido de infraestructura eléctrica, que ha sido objeto de regulación por norma imperativa, lo que no determina su no arbitrabilidad, puesto que los árbitros, al igual que los jueces y las autoridades administrativas, deben aplicar y respetar el contenido de las normas imperativas, así como el interés público que subyace a estas al resolver las controversias sometidas a su conocimiento. Sin embargo, la competencia para resolver las controversias referidas al acceso y uso compartido de infraestructura de servicios públicos de energía e hidrocarburos surgidas entre una empresa de telecomunicaciones y otra que no tiene dicha condición, que afectan o pueden afectar el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, ha sido otorgada por norma de manera exclusiva al OSIPTEL. Este escenario se presenta en este caso, lo que determina directamente no arbitrabilidad de la materia referida a la pretensión principal, más no a la pretensión accesoria planteada por AZTECA, toda vez que esta tiene contenido estrictamente patrimonial y de libre disposición.

- Resulta recomendable que las normas que regulan materias que involucren la protección de un interés público significativo establezcan expresamente aquellas materias que no son susceptibles de ser arbitradas y/o se establezca legalmente que los casos en que un organismo regulador, como es el OSIPTEL, considere que la materia controvertida es objeto de su competencia exclusiva por afectar o poder afectar el mercado bajo su

supervisión, y no se haya iniciado un proceso arbitral, podrá desestimar la excepción de convenio arbitral que se interponga.

- Cada intérprete asume uno o más criterios de interpretación, dando lugar a una interpretación válida que puede discrepar de la adoptada por otros intérpretes. Así, uno de los dilemas más importantes que tiene el intérprete es elegir entre darle prevalencia al significado literal del texto o darle el significado que mejor se ajuste a los fines perseguidos por la norma y/o el legislador. En este caso, el criterio interpretativo que corresponde ser adoptado por la autoridad administrativa al interpretar el valor del denominador “Na” en la Metodología es el teleológico, considerando que es deber de la autoridad administrativa interpretar las normas administrativas de forma que mejor atiendan al fin público al que se dirigen, por lo que una interpretación literal es insuficiente para hallar el sentido de la norma, más aún cuando esta es imprecisa. En tal sentido, adoptando el método histórico, es posible interpretar que el valor otorgado por el Reglamento de la Ley de Banda Ancha al denominador “Na” es igual a tres (3), pues solo así cada arrendatario asumirá los costos que genera el despliegue de su cable de fibra óptica en la infraestructura eléctrica, lo que se ajusta a la finalidad de la fórmula de la Metodología y coadyuva a un uso eficiente de la infraestructura eléctrica para el desarrollo de la RDNFO.
- La figura del pago indebido prevista en el artículo 1267 del Código Civil resulta aplicable en la evaluación de la pretensión accesoria a la pretensión principal planteada por AZTECA, al tratarse de una solicitud de devolución de un pago en exceso como supuesto de un pago indebido, lo cual no encuentra regulación en las normas de Derecho Administrativo. A partir de ello se desprende que AZTECA y SEAL incurrieron en un error de derecho por interpretación equivocada de la Metodología del Reglamento de la Ley de Banda Ancha. Por tanto, al existir un desplazamiento patrimonial por error de derecho a favor de SEAL sin causa, pues no existía obligación de AZTECA de hacer un pago superior al precio máximo resultante de la Metodología, se configuró un pago indebido que generó la obligación de restitución del pago en exceso a cargo de SEAL a favor de AZTECA. Este análisis debió haber sido realizado por la autoridad administrativa al resolver la pretensión accesoria de la reclamación.
- El principio de congruencia es una garantía para las partes del proceso vinculada a los derechos al debido procedimiento, debida motivación, defensa e imparcialidad del

juzgador aplicable también en los procedimientos administrativos. Sin embargo, en el ámbito administrativo, este principio presenta matices propios. Así, como regla general, esta garantía debe aplicarse en su plenitud, pudiendo flexibilizarse cuando las cuestiones no propuestas sean advertidas de oficio por la autoridad administrativa del propio expediente, las partes hayan podido ejercer su derecho de defensa respecto a dichas cuestiones y estas tengan incidencia directa en el interés público. En este caso, no se presentan estos requisitos, pues el importe de US\$ 521 993.22, el cual excede lo solicitado en su pretensión accesoria por AZTECA, no consta en el expediente ni es posible deducirlo de este. Asimismo, SEAL no presentó sus alegatos con relación a este importe superior al reclamado y la restitución del cobro indebido no tiene como sustento la protección de un interés público. Por tanto, la orden de devolución del referido importe vulneraría el principio de congruencia, por configurar un supuesto de incongruencia *ultra petita*.

10. REFERENCIAS

ARTÍCULOS

Barchi Velaochaga, Luciano. “El enriquecimiento sin causa en el contexto del contrato: a propósito del pago en exceso”. *Revista Advocatus*, N° 38 (2019): 27-40.

Barchi Velaochaga, Luciano. “Si algo tiene la posibilidad de salir mal, saldrá mal. Algunas consideraciones sobre la regulación del pago indebido en el Código Civil peruano”. *Revista Ius et Veritas*, N° 33 (2006): 78-90.

Bullard González, Alfredo. “El Dilema del Huevo y la Gallina: El Carácter Contractual del Recurso de Anulación”. *Revista Derecho & Sociedad*, N° 38 (2012): 17-31.

Caivano, Roque J. “Arbitrabilidad y Orden Público”. *Foro Jurídico*, No. 12 (2013): 62-78.

Caivano, Roque J. “La cláusula arbitral y la cesión del contrato que lo contiene”. *Revista de Derecho Privado, edición especial* (2012): 3-53.

César Rivera, Julio. “El orden público en el arbitraje”. *Revista Latinoamericana de Derecho*, Año V, No. 9-10 (2008): 261-288.

Gómez Apac, Hugo. “El Procedimiento Trilateral: ¿Cuasijurisdiccional?”. *Revista de Derecho Administrativo*, N° 10 (2011): 15-42.

González de Cossío, Francisco. “La ironía de Compétence-Compétence”, *Lima Arbitration*, N°3 (2008/2009): 194-212.

Maraví Sumar, Milagros. “La actividad de fiscalización en el TUO de la LPAG: Revisión del mercado legal del OSITRAN”. *Revista Forseti*, Vol. 8, N° 11 (2020): 84-107.

Matheus López, Carlos Alberto. “Sobre la función y objeto de la prueba”. *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, N° 55 (2002): 323-338.

Mendoza Antonioli, Dante. “El Procedimiento de Solución de Controversias entre Empresas de Telecomunicaciones”. *Revista de Derecho Administrativo*, N° 5 (2008): 254-261.

Olaechea Flores, Joselyn. “Libre competencia versus Regulación: Sobre la aplicación del principio de supletoriedad en la nueva Ley de Represión de las Conductas Anticompetitivas”. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, N° 12 (2011): 61-94.

O’Neill de la Fuente, Cecilia y Mariem Nava Zegarra. “¿Nacer para vivir muriendo? La nulidad manifiesta del convenio arbitral”. *Advocatus*, N° 32 (2015): 101-113.

Ríos Pizarro, Carlos. “La nulidad ‘manifiesta’ del convenio arbitral: un caso de excepciones”. *Revista Ius et Veritas*, N° 47 (2014): 318-325.

Rodríguez-Puerto, Manuel Jesús. “Métodos de interpretación, hermenéutica y Derecho Natural”. *Revista Díkaion*, Vol, 19, N° 2 (2010): 319-347.

Rodríguez-Toubes, Joaquín. “El criterio histórico en la interpretación jurídica”. *Revista Jurídica de la Universidad de Santiago de Compostela* Vol. 22, N° Extra 1 (2013): 599-632.

Rubio Guerrero, Roger. “El principio *Competence-Competence* en la nueva Ley Peruana de Arbitraje”. *Lima Arbitration*, N° 4 (2010): 101-118.

Vargas Guevara, Erick E. “El procedimiento administrativo trilateral como mecanismos de solución de controversias en el sector eléctrico peruano”. *Revista de Derecho Administrativo*, N° 17 (2019): 96-123.

Zegarra Valdivia, Diego. “El marco institucional y normativo del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL”. *Revista de Derecho Administrativo*, N° 5 (2008): 132-149.

LIBROS

Barchi Velaochaga, Luciano. “Ámbito de aplicación del convenio arbitral en las controversias contractuales: A propósito del Decreto Legislativo N° 1071”. En *Panorama Actual de Arbitraje*, editado por Mario Castillo Freyre, 67-91. Lima: Palestra, 2010.

Cantuarias Salaverry, Fernando. “Art. 2°.- Materias susceptibles de arbitraje”. En *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje Tomo I*, editado por Carlos Alberto Soto Coaguila y Alfredo Bullard González, 7-20. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011.

Castillo Freyre, Mario, Rita Sabroso Minaya, Laura Castro Zapata y Jhoel Chipana Catalán. *Comentarios a la Ley de Arbitraje Primera Parte*. Lima: ECB Ediciones, 2014.

Castillo Freyre, Mario y Rita Sabroso. “¿Las funciones del OSITRAN son materia arbitrable?”. En *Panorama Actual de Arbitraje*, editado por Mario Castillo Freyre, 271-316. Lima: Palestra, 2010.

- De La Puente y Lavalle, Manuel. *El Contrato en General Tomo I*. Lima: Palestra, 2011.
- Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Sistema de Derecho Civil. Volumen II*. Madrid: Tecnos, 1992.
- Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier. *Argumentación e Interpretación*. Lima: Grijley, 2013.
- Ferrero Costa, Raúl. “Definición y efectos del pago indebido”. En *Código Civil Comentado Tomo VI*, editado por Walter Gutiérrez Camacho y Manuel Muro Rojo, 474-476. Lima: Gaceta Jurídica, 2007.
- González de Cossío, Francisco. *Arbitraje*. México: Porrúa, 2011.
- Gordillo, Agustín A. “Principios fundamentales del procedimiento administrativo”. En *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas Tomo 5*, editado por Agustín A. Gordillo, PRA-II-1 – PRA-II-14. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2012.
- Guastini, Riccardo. *Interpretar y argumentar*. Lima: Ediciones Legales, 2018.
- Ledesma Narváez, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil Tomo I*. Lima: Gaceta Jurídica, 2008.
- Guzmán Napurí, Christian. *Procedimiento Administrativo General Tomo I*. Lima: Instituto Pacífico, 2020.
- Moreso José Juan y Josep Maria Vilajosana. *Introducción a la teoría del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- Morón Urbina, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica, 2014.
- Muñoz Machado, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo XIV La actividad regulatoria de la Administración*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015.
- Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Palestra, 2011.
- Rubio Correa, Marcial. *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2009.
- Simons Pino, Adrián. “Art. 16°.- Excepción de convenio arbitral”. En *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje Tomo I*, editado por Carlos Alberto Soto Coaguila y Alfredo Bullard González, 260-272. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011.
- Soto Coaguila, Carlos Alberto. “Art. 13°.- Contenido y forma del convenio arbitral”. En *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje Tomo I*, editado por Carlos Alberto Soto Coaguila y Alfredo Bullard González, 147-200. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011.

Tarello, Gionvanni. *La introducción de la Ley*. Lima: Palestra Editores, 2013.

Zusman Tinman, Shoschana. *La interpretación de la Ley. Teórica y Métodos*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2018.

JURISPRUDENCIA

Cuerpo Colegiado Ad Hoc del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería. Resolución N° 007-2014-OS/CC-88 de fecha 22 de agosto de 2014.

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N° 85-2010 Lima. 6 de diciembre de 2010.

Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N° 4464-2010 Puno. Tercer Pleno Casatorio Civil. 18 de marzo de 2011.

Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N° 4442-2015 Moquegua. IX Pleno Casatorio Civil. 19 de agosto de 2016.

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N° 4594-2015 Lima. 28 de junio de 2016.

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N° 4333-2013 Lima. 2 de marzo de 2015.

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N° 2359-2015 Ica. 1 de julio de 2016.

Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N° 6190-2013 Lambayeque. 16 de octubre de 2014.

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N° 5076-2013 Lima. 24 de marzo de 2015.

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N° 7458-2013 Lima. 28 de abril de 2015.

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N° 8507-2015 Lima. 29 de noviembre de 2016.

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, Casación N° 15760-2013, La Libertad. Citada en la Casación N° 8507-2015 Lima. 29 de noviembre de 2016.

Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación Laboral N° 26620-2017 Lima. 3 de marzo de 2020.

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 1941-2002-AA/TC del 27 de enero de 2003.

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00008-2003-AI/TC del 11 de noviembre de 2003.

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 8123-2005-PHC/TC de fecha 14 de noviembre de 2005.

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 06167-2005-PHC/TC, de 28 de febrero de 2006.

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 03151-2006-AA/TC de fecha 17 de setiembre de 2008.

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 04293-2012-PA/TC de fecha 18 de marzo de 2014.

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00782-2013-PA/TC de fecha 25 de marzo de 2015.

Tribunal de Solución de Controversias del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería. Resolución N° 009-2009-TSC/39-2008-OSINERGMIN de fecha 6 de enero de 2009.

NORMAS

Código Civil, aprobado por Decreto Legislativo N° 295.

Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que normas el arbitraje.

Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos

Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL.

Ley N° 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica.

Reglamento de la Ley N° 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2013-MTC.

Reglamento General del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM.

Reglamento General del OSIPTEL para la Solución de Controversias entre empresas, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 136-2011-CD-OSIPTEL.

Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial N° 010-93-JUS.

OTROS DOCUMENTOS

Exposición de Motivos del Reglamento de la Ley N° 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica. Entregado por la Secretaría General de la Presidencia del Consejo de Ministros el 14 de febrero de 2014.

Exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1071, que norma el arbitraje.