

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

NORMAS SOBRE MATERIAS ARBITRALES ENTRE EMPRESAS OPERADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES

1. INTRODUCCIÓN.-

El presente dispositivo tiene por objeto precisar cuáles son las materias susceptibles de ser sometidas a arbitraje por parte de las empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, tanto en el escenario en que ellas convengan el desarrollo de un arbitraje individualizado (), como en el caso en que se trate de un arbitraje administrado por cualquiera de las instituciones arbitrales existentes en el medio o por OSIPTEL dentro del marco del ejercicio de la función de administrar arbitrajes que se le asigna por imperio del inciso 8) del artículo 77° del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, el literal r) del artículo 6° del Reglamento de OSIPTEL y el literal e) del artículo 8° de la Ley N° 26285.

Conforme a la normativa vigente, OSIPTEL cuenta con la potestad de solucionar controversias, entendiéndose por tal a la atribución de componer intereses contrapuestos entre empresas operadoras, reconociendo el derecho o desestimando el invocado. Para dichos efectos, el organismo regulador tiene asignada la competencia para conocer en la vía administrativa o en la vía arbitral determinadas materias que se encuentran establecidas claramente en la Ley de Telecomunicaciones, en el Reglamento General para la Solución de Controversias en la Vía Administrativa y en el Reglamento de OSIPTEL.

Por su parte, los artículos 24°, 27° y 30° del Reglamento de OSIPTEL (aprobado mediante Decreto Supremo N° 62-94-PCM) contienen de manera expresa la noción de que la vía arbitral es alternativa y excluyente de la vía administrativa, de suerte tal que se constituye en única excepción a la obligatoriedad y exclusividad de la competencia de aquélla, en la medida, claro está, que la materia a resolver, sea susceptible de ser arbitrada.

La situación normativa antes referida impone la necesidad de precisar si, efectivamente, existe un paralelismo absoluto a efectos de poder someter indistintamente a arbitraje o al mecanismo de solución de controversias en la vía administrativa, todas las materias que contempla la Ley de Telecomunicaciones, el Reglamento General para la Solución de Controversias en la Vía Administrativa y el Reglamento de OSIPTEL; precisión que deberá efectuarse mediante la definición de las materias no arbitrables, atendiendo al rol funcional que le compete al organismo regulador () y, sobretodo, a la consideración del interés público que se pueda encontrar en juego en una hipótesis conflictual entre empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones.

Para efectos de lo antes expuesto, se parte de una noción de interés público en la que se le aprecia como resultado de un conjunto de intereses individuales compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos [usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones] que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría, y que encuentra su origen en el querer

axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de aquellos, que pueden reconocer en él su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses individuales que se le opongan o lo afecten, a los que desplaza o sustituye, sin aniquilarlos ().

2. LIBERTAD DE CONCERTACIÓN DE CONVENIOS ARBITRALES (Artículo 1°)

Una primera constatación que resulta como consecuencia natural de un principio inmanente del derecho arbitral es que las empresas operadoras de servicios de telecomunicaciones pueden someter libremente a arbitraje todas las controversias, determinadas o determinables, respecto de las cuales se cuenta con poder de disposición, siendo las mismas de libre disposición (). Ello resulta claramente de un mero ejercicio de la libertad contractual y del empleo de un mecanismo heterocompositivo de solución de controversias que cuenta con el debido reconocimiento legal específico y hasta de consagración con rango constitucional, como lo es el arbitraje.

En ese sentido, el presente dispositivo -como no podría ser de otro modo- reconoce plenamente en su artículo 1° lo dispuesto por la normativa vigente, sin afectar situaciones que están fuera de su ámbito de aplicación, como pueden resultar los convenios arbitrales que, eventualmente, puedan haber celebrado las empresas operadoras con el Estado, como consecuencia de la suscripción del respectivo contrato de concesión, en los que la potencial situación conflictual se da, en principio, en el marco de una relación Estado-Empresa Operadora, mas no en el campo de una relación de conflicto entre empresas, que es la situación que el presente dispositivo precisamente contempla.

3. MATERIA NO ARBITRABLE (Artículo 2°)

Conforme al artículo 1° de la Ley General de Arbitraje (), pueden someterse a arbitraje "las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, así como aquellas relativas a materia ambiental, pudiendo extinguirse respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse; excepto:

- a. Las que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas, ni las relativas a bienes o derechos de incapaces sin la previa autorización judicial.
- b. Aquellas sobre las que ha recaído resolución judicial firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución, en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso.
- c. Las que interesan al orden público o las que versan sobre delitos o faltas. Sin embargo, sí podrá arbitrarse sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en cuanto ella no hubiera sido fijada por resolución judicial firme.
- d. Las directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público".

En el desarrollo de las múltiples relaciones jurídicas entre empresas operadoras de servicios de telecomunicaciones, pueden presentarse situaciones conflictuales de diversa naturaleza, las que, ante la eventualidad de que se opte por resolverlas en la vía arbitral, estarán en todo caso sujetas a las restricciones que, sobre materia arbitrable, establecen los cuatro literales de la Ley General de Arbitraje antes mencionados; sin embargo, se advierte que, en un contexto como el actual, en el que las relaciones se potencian en función de haberse decretado la total apertura del mercado de las telecomunicaciones, cobran especial relevancia aquellas situaciones conflictuales en las que pueda estar vinculado el interés u orden público (literal c) del artículo 1° de la Ley General de Arbitraje) o las atribuciones o funciones de imperio del Estado (literal d) del artículo 1° de la Ley General de Arbitraje).

En función de lo anterior, el presente dispositivo adecua la normativa del sector de las telecomunicaciones a lo dispuesto por la Ley General de Arbitraje, identificando aquellas hipótesis en las que, por la naturaleza de las mismas, se encuentra efectivamente involucrado el interés u orden público (), así como las atribuciones o funciones propias del Estado ().

Para dichos efectos, la norma contempla específicamente cuatro materias que (i) por su propia naturaleza, (ii) en atención a la ratio de la regulación vigente y (iii) de acuerdo a la Ley General de Arbitraje, deberían quedar necesariamente comprendidas dentro de los supuestos que ésta última prevé como materia no arbitrable.

3.1 Literal a) del artículo 2°:

El primer caso se encuentra referido a aquellas controversias en las que el interés de los usuarios o de las empresas operadoras puede ser afectado, entendiendo que ello sucede cuando se relaciona con el incumplimiento de las obligaciones sobre libre y leal competencia, abusos causados por una posición dominante en el mercado y situaciones de monopolio, prácticas o acuerdos restrictivos.

En todas las situaciones anteriores la opción legislativa es muy clara en el sentido de que sean conocidas únicamente en la vía administrativa, mediante la prosecución de los procedimientos establecidos para dichos efectos bajo la fórmula de la solución de controversias en la vía administrativa y en atención a que ellas, por sus notorias implicancias en el mercado, requieren de un tratamiento que revista cierta formalidad especial bajo la tutela del órgano regulador.

3.2 Literal b) del artículo 2°:

La segunda de las materias excluidas son aquellas relacionadas con los aspectos esenciales de la interconexión de redes en sus aspectos técnicos, económicos y jurídicos, antes de haberse establecido formalmente la relación de interconexión mediante la suscripción del respectivo contrato entre las empresas y debidamente aprobado por OSIPTEL o, de ser el caso, antes de haberse emitido el correspondiente Mandato de Interconexión ().

En este caso, la consideración para su exclusión como materia arbitrable tiene pleno sustento en el carácter de interés público y social que reviste la interconexión, así como en el diseño normativo -contenido en la Ley de Telecomunicaciones, su Reglamento General y el Reglamento de Interconexión- que excluye esa hipótesis como materia arbitrable desde que contempla de manera articulada e indivisible todo un esquema de negociación supervisada que, de no concretarse en un acuerdo efectivo, desemboca inevitablemente en la emisión de un mandato por OSIPTEL.

Dicho de otro modo, habiéndose establecido la competencia del regulador para intervenir en una hipótesis como la expuesta, en atención al carácter de interés público que reviste la interconexión (), se justifica su exclusión como materia arbitrable y que se mantenga un esquema en el que el órgano regulador ejerce tutela en la vía administrativa, conforme a la legislación vigente del sector ().

3.3 Literal c) del artículo 2°:

Por la misma consideración relativa al interés público, en el literal c) del artículo 2° se excluyen las controversias relacionadas con los aspectos esenciales de la interconexión de redes en los órdenes técnico, económico o jurídico y/o en las que se comprenda o relacione con la interrupción, suspensión o cesación de la interconexión misma, cuando se afecte el interés de los usuarios; todas ellas hipótesis en las cuales se involucra aspectos medulares de la interconexión, la misma que, por expreso mandato legal () es de interés público y que, por tal razón, deben permanecer dentro del marco de la solución de la controversia en la vía administrativa.

Debe anotarse que este supuesto se regula bajo la consideración que, en todos los casos, ya se ha establecido la relación de interconexión mediante Mandato o contrato aprobado por OSIPTEL, puesto que de otro modo carecería de sentido hacer referencia alguna, por ejemplo, a casos de interrupción, suspensión o cesación de la interconexión.

En lo que concierne a la expresión "aspectos esenciales de la interconexión" -empleada en los literales b y c del artículo 2°- la norma pretende dar una pauta sobre sus alcances planteando que la misma alude a aquellos aspectos medulares sin los cuales no se puede efectuar la interconexión de manera eficiente y que estén sujetos a regulación por parte de la instancia competente, en este caso, OSIPTEL ().

3.4 Literal d) del artículo 2°:

En el literal d.) del artículo 2° se excluye también a las materias relacionadas directamente con el ejercicio de la potestad sancionadora de OSIPTEL, en las que, por naturaleza propia y tratándose de una atribución que emana directamente del ius imperium estatal, propio del Derecho Público, las mismas deben ser tramitadas por la vía administrativa.

De acuerdo a lo dispuesto por la Ley de Telecomunicaciones y sus normas reglamentarias, las controversias que surjan entre empresas, en las cuales se discuta la existencia de infracciones a la leal competencia o a la libre competencia, deben ser resueltas por OSIPTEL.

En el ordenamiento peruano las infracciones, tanto a las reglas de leal competencia (Decreto Ley N° 26122) como a las de libre competencia (Decreto Legislativo N° 701), configuran infracciones administrativas sancionables por la Administración Pública en ejercicio de su potestad punitiva. En el ámbito de los servicios públicos de telecomunicaciones, OSIPTEL es el organismo facultado para imponer dichas sanciones.

El dispositivo establece que las controversias en las cuales se encuentre involucrada como materia discutida la existencia de infracciones administrativas, las partes no pueden someter el caso ante un arbitraje (), dado que (i) como se ha expuesto, es facultad exclusiva de la Administración Pública imponer sanciones administrativas, (ii) los tribunales arbitrales -en atención a su carácter privado- no cuentan con competencia ni facultades para sancionar por incumplimientos a normas administrativas, y (iii) de permitirse que una controversia como la comentada sea sometida a arbitraje, se dejaría expedita la vía para que las partes, concertadamente, se requieran la una a la otra a fin que un tribunal arbitral defina el conflicto en esta materia, conociendo la imposibilidad de dicho tribunal de imponer las sanciones mencionadas y valiéndose de la confidencialidad y reserva propia de los procedimientos arbitrales, para sustraerse de la Administración y evitar que el regulador tome conocimiento de tales actos y, eventualmente, aplique las sanciones del caso.

4. COMPETENCIA EXCLUSIVA EN LA VÍA ADMINISTRATIVA (artículo 3°):

Como consecuencia natural de lo anterior, las controversias que involucren materias como las mencionadas en los literales a) y b) del artículo 2° de la norma, así como aquellas relativas a los aspectos esenciales de la interconexión de orden técnico, económico o jurídico, una vez establecida la relación de interconexión, únicamente podrán ser sometidas al procedimiento previsto en el Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias en la Vía Administrativa.

Es necesario precisar que, para dichos efectos, el dispositivo contempla que la relación de interconexión queda establecida mediante la respectiva aprobación del contrato por parte de OSIPTEL o, si ésto no se produce, mediante la expedición del correspondiente Mandato de Interconexión; todas ellas situaciones previstas y sustentadas en la normativa vigente.

La razón de ello se encuentra una vez más en la consideración del interés u orden público involucrado en dichos casos y en el sustento legal mencionado anteriormente que determina la competencia exclusiva de la Administración para asumir su conocimiento y resolución.