

69074

# Telefonica

JAVIER NADAL ARIÑO  
*Presidente*  
GRUPO TELEFÓNICA EN EL PERÚ

PDD-999-0023-04  
Lima, 12 de marzo de 2004

Señor Ingeniero  
Edwin San Román Zubizarreta  
Presidente del Consejo Directivo  
Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones  
OSIPTEL -  
Presente.-

De nuestra especial consideración:

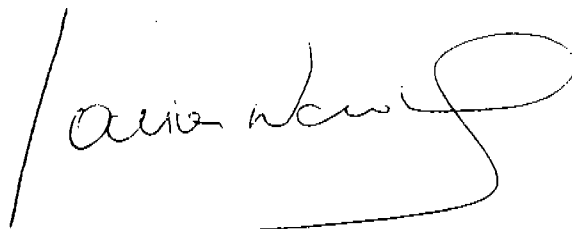
Como es de su conocimiento, se encuentra próximo a vencer el plazo para la presentación del Informe de Evaluación que ha venido elaborando la institución a su cargo sobre el cumplimiento, por parte de Telefónica del Perú S.A.A., de sus obligaciones asumidas en los Contratos de Concesión celebrados con el Estado Peruano.

Como es sabido, el Informe de Evaluación es un documento de especial importancia y constituye el instrumento sobre el cual el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) se basará para definir si corresponde (o no) renovar el plazo de nuestras concesiones por cinco años adicionales.

Con el ánimo de colaborar con el OSIPTEL en tan importante tarea y con la finalidad de reducir al mínimo la posibilidad de que se susciten innecesarias discrepancias respecto al estricto cumplimiento de la responsabilidad que los Contratos de Concesión asignan al ente regulador, nuestra empresa encargó al doctor Jorge Santistevan de Noriega, reputado constitucionalista y ex Defensor del Pueblo, la elaboración de un informe legal en el que se precisa con total claridad qué aspectos deben ser objeto de evaluación, cómo debe realizarse la evaluación y cuál es el ámbito de las facultades y prerrogativas de la institución a su cargo.

Para su conocimiento, ponemos a su disposición una copia del informe del doctor Jorge Santistevan de Noriega. Estamos seguros que su lectura y análisis puede contribuir al mejor desarrollo del proceso en el que nos encontramos comprometidos.

Atentamente,



CRISTEVAN DE NORIEGA & GUTIERREZ  
ABOGADOS

Lima, 09 de marzo de 2004

Señores  
**TELFÓNICA DEL PERÚ**  
Av. Arequipa 1155  
Santa Beatriz.-

Att. : Dr. Ludwig Meier  
Gerente Central de Relaciones Institucionales

Dra. Julia María Morales Valentín  
Secretaria General

Asunto : Absolución de consulta sobre la naturaleza jurídica de la decisión de renovación gradual del plazo de concesión en el marco normativo que rige las atribuciones de los órganos estatales responsables de tomarla, de conformidad con los contratos de concesión aprobados mediante Decreto Supremo N° 011-94-TCC de 13 de mayo de 1994 que tienen la categoría de contratos-ley al amparo del artículo 62° de la Constitución

De nuestra consideración:

Nos es grato absolver la consulta de la referencia utilizando, para sustentar nuestro análisis, el marco legal que rige los referidos contratos de concesión, la inserción constitucional de los contratos-ley y el régimen regulatorio peruano. En este contexto, la absolución de la presente consulta concentra su atención en el marco de competencias y atribuciones que corresponde al Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) y al ente regulador de los servicios de telecomunicaciones (el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL) a la luz de las cláusulas de los contratos de concesión, el régimen administrativo nacional y el marco de la regulación del servicio de telecomunicaciones en el país.

## **I. RENOVACIÓN DE LA CONCESIÓN Y PROCEDIMIENTO A SEGUIR**

### **1.1 El contrato de concesión y las partes que lo suscriben**

1. Para absolver la presente consulta es necesario tener en cuenta que los servicios públicos de telecomunicaciones fueron objeto de privatización como resultado de lo cual el Estado peruano suscribió sendos contratos de concesión para (i) la prestación del servicio portador, servicio telefónico local y de larga distancia nacional e internacional; y (ii) para la prestación del servicio portador y servicio telefónico local en las ciudades de Lima y Callao. Aunque se trata de dos contratos con algunas variaciones perfectamente explicables, sus cláusulas en la hipótesis de renovación son esencialmente las mismas por lo que el presente documento se refiere indistintamente "al contrato" o a "los contratos", aunque remite sus citas y referencias al texto del primero de ellos<sup>1</sup>.

2. Las partes del contrato son, respectivamente, el MTC que, de conformidad con el inciso 3) del artículo 75° de la Ley de Telecomunicaciones, está facultado para otorgar la concesión; y la empresa concesionaria suscriptora, que es TdP. Asimismo, interviene en los contratos OSIPTEL, regulador que por virtud de la primera cláusula adicional a éstos ha asumido las obligaciones, derechos y facultades que consecuentemente le corresponden.

3. A todos los efectos legales –y del contenido de la presente consulta– las partes del contrato son el MTC, TdP y OSIPTEL, lo que resulta indispensable puntualizar por adelantado para tratar con precisión las complejas relaciones de orden constitucional y administrativo que se derivan de la prestación del servicio público y de la relación concedente/concesionario, regulador/regulado, por un lado; y, por el otro, las relaciones de orden civil que por mandato del contrato-ley celebrado al amparo del artículo 62° de la Constitución, se rigen por las normas contractuales del Código Civil.

<sup>1</sup> Se ha utilizado como fuente OSIPTEL *Contratos de concesión con CPT S.A., ENTEL PERÚ S.A. (hoy Telefónica del Perú S.A.A.)*. Lima, octubre, 2001. Este incluye las modificaciones a los contratos según el Decreto Supremo N° 021-98-MTC que, sin embargo, no son relevantes a la consulta.

## 1.2 El procedimiento de renovación gradual de la concesión (cláusula 4.02 (b) del contrato)

4. En ejecución de los contratos de concesión aprobados mediante Decreto Supremo N° 011-94-TCC<sup>2</sup> la empresa concesionaria (TdP) ha ejercido la opción de renovación gradual del contrato de concesión de conformidad con lo dispuesto por la cláusula cuarta, sección 4.02 literal b). A todos los efectos se trata de un derecho "reglado" de fuente contractual que le cabe al concesionario para obtener la prórroga de la concesión<sup>3</sup>. El órgano encargado de evaluar las solicitudes de renovación de la concesión es la Dirección de Concesiones y Autorizaciones de Telecomunicaciones<sup>4</sup>.

5. Sin embargo, para cumplir con el procedimiento el contrato obliga a contar con un Informe que emite OSIPTEL<sup>5</sup>, en el que indique si, y en qué medida, la empresa concesionaria ha cumplido, durante el periodo de cinco años anteriores o durante el plazo de la concesión, con los siguientes rubros:

- i) Obligaciones establecidas en las cláusulas 6, 8 y 9 del contrato, referidas a:
  - los pagos por tasa anual por explotación comercial, pago al Fondo de la Inversión en Telecomunicaciones (FITEL), tasa por servicios de supervisión, y canon por uso del espectro radioeléctrico (cláusula 6);

<sup>2</sup> Con fecha 16 de mayo de 1994 el Estado, representado por el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, suscribió los contratos de concesión con la Empresa Nacional de Telecomunicaciones del Perú S.A. (ENDEL PERÚ S.A.) y con la Compañía Peruana de Teléfonos (CPT S.A.) en el marco del proceso de privatización de los servicios de telecomunicaciones. La adquirente del paquete mayoritario de las acciones de ambas empresas posteriormente, procedió a fusionar las dos operaciones para operar como concesionaria bajo el nombre de Telefónica del Perú (TdP). Para efectos de la presente consulta se utiliza la expresión "el contrato".

<sup>3</sup> DROMI, Roberto. *Derecho Telefónico*. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, p. 345

<sup>4</sup> De acuerdo a lo indicado en el Reglamento de Organización y Funciones del MTC, aprobado mediante Decreto Supremo No. 041-2002-MTC.

**Artículo 82.-** La Dirección de Concesiones y Autorizaciones de Telecomunicaciones se encarga de gestionar las habilitaciones para la prestación de diferentes servicios y actividades de telecomunicaciones. Está a cargo de un Director. Tiene las siguientes funciones:

- a) Evaluar solicitudes de concesiones, autorizaciones y registros para la prestación de servicios de telecomunicaciones, así como las renovaciones y cancelaciones de las mismas.

<sup>5</sup> Literal (b) de la Sección 4.03

- la prestación de un servicio con calidad, regularidad y continuidad a nivel nacional, requisitos mínimos de expansión de red así como medidas para velar por el cumplimiento del secreto de las telecomunicaciones y la protección de datos (cláusula 8); y,
  - el cumplimiento del sistema tarifario, para lo cual se establece un procedimiento de regulación específico (cláusula 9).
- ii) Reglas de interconexión establecidas en la cláusula 10 del contrato, en la que se regula el sistema de interconexión y se hace referencia al Plan de Numeración.
- iii) Reglas de competencia establecidas en la cláusula 11 del contrato que prohíbe las prácticas monopólicas, el trato discriminatorio y las ventas atadas, encargándose de la supervisión y cumplimiento de las mismas a OSIPTEL, regulador que al efecto está facultado para emitir medidas correctivas y mandatos conforme a las leyes y reglamentos aplicables.
- iv) Mandatos y reglamentos que han sido emitidos por OSIPTEL.
- v) En general, si ha prestado sus servicios públicos de telecomunicaciones y llevado sus negocios conforme a las leyes del Perú.

6. Cabe agregar que la participación de OSIPTEL -mediante el Informe que remite al MTC- se sustenta, además de la obligación contenida en los contratos de concesión, en lo señalado en la Ley de Telecomunicaciones y en el Reglamento de OSIPTEL, aprobado mediante Decreto Supremo N° 008-2001-PCM<sup>6</sup>. Estos dispositivos establecen como funciones del regulador, entre otras, las de supervisar la ejecución de los contratos de concesión, así como el cumplimiento de las obligaciones contraídas en ellos y de las disposiciones vinculadas a las materias de su competencia. Asimismo, cumpliendo con el procedimiento previsto en el literal (b) de la sección 4.03 del contrato, OSIPTEL envía su informe de evaluación concluido al mismo tiempo al Ministerio concedente y a la empresa solicitante (TdP).

7. Para la decisión de la renovación gradual solicitada por la empresa concesionaria el MTC debe basarse en el Informe que remite OSIPTEL y en los comentarios u objeciones formulados por escrito en la Audiencia

<sup>6</sup> Artículo 19.- Objetivos específicos de Osiptel

Dentro del marco del objetivo general, son objetivos específicos de Osiptel:

d) Velar por el cabal cumplimiento de los contratos de concesión.

Pública celebrada al efecto por personas consideradas con legítimo interés y relevantes para el MTC<sup>7</sup>.

### **1.3 El sentido de la decisión a adoptarse ante la solicitud de renovación gradual**

8. Finalmente, el contrato establece un rango de opciones para la decisión del MTC como órgano del Estado en el caso de la renovación gradual:

- i) **Renovar el plazo de la concesión** por cinco años adicionales siempre que la empresa concesionaria hubiera cumplido durante los cinco años precedentes con las obligaciones contenidas en el contrato, según el Informe de OSIPTEL.
- ii) Renovar el plazo de la concesión por un período menor de cinco años **si la empresa concesionaria hubiera incumplido con sus obligaciones en un grado tal que no justifique la denegatoria de la renovación.**
- iii) **No renovar el plazo de la concesión**, debido al incumplimiento reiterado de la empresa concesionaria de sus obligaciones contractuales o de la existencia de suficientes indicios que permitan afirmar que no podrá cumplirlas en el futuro. En este extremo, sin embargo el contrato hace una salvedad: que la empresa concesionaria pueda demostrar que es errónea tal determinación de hechos o de los presupuestos de base de la decisión. Por ello, al momento de resolver, el MTC -antes de emitir la resolución respecto de la improcedencia de la renovación- debe notificar a la empresa concesionaria los hechos o las bases que sustentan su decisión a fin que, dentro de un plazo de quince días calendario a partir de dicha notificación, TdP aporte las pruebas que estime necesarias.

### **1.4 Naturaleza jurídica de la renovación de la concesión: acto administrativo con procedimiento administrativo previo**

9. Los contratos de concesión aprobados mediante Decreto Supremo N° 011-94-TCC establecen en las secciones 4.02 a 4.04 de la cláusula 4 los requisitos sustanciales y de procedimiento para que la autoridad

<sup>7</sup> Literal (a) de la Sección 4.03: Procedimiento de renovación

competente pueda decidir sobre la procedencia o improcedencia de la solicitud del concesionario en obtener la renovación del plazo de la concesión.

10. Habiendo ya optado TdP por el procedimiento de renovación gradual y siendo que -por expresa disposición del literal (b) de la sección 4.02- el concesionario sólo puede optar por uno de los mecanismos de renovación, resulta de aplicación lo dispuesto en la sección 4.03 y la sección 4.04 (a) de los contratos, que regulan el procedimiento y las condiciones para la adopción de la decisión.

11. El procedimiento de renovación de la concesión así como la decisión del MTC sólo pueden entenderse como un procedimiento administrativo y un acto administrativo, respectivamente, cuya relación inter partes estará sujeta -como lo veremos más adelante- al marco de ejecución contractual del Código Civil. Esto último es así, como se demuestra a continuación, puesto que el trámite, las obligaciones y cargas del procedimiento de renovación y los supuestos de hecho que sustenten la emisión del acto concesivo o denegatorio son fijados contractualmente a través de la envoltura específica del contrato-ley que remite al Código Civil. En consecuencia, ambos, el acto y su procedimiento previo, deben estar premunidos de todos los requisitos y garantías que les asisten: requisitos de validez para el primero - incluido la motivación, que como se verá más adelante reviste gran trascendencia para efectos de la decisión que debe ser tomada - y las garantías y principios del procedimiento administrativo para el segundo que, en casos de discrepancia, deberán responder al estándar general de la buena fe contractual y someterse a las normas de interpretación de los contratos.

#### **1.4.1 La decisión acerca de la renovación del plazo de la concesión es un acto administrativo**

12. En el ordenamiento jurídico peruano existe una definición de orden legal del concepto de acto administrativo, contenida en el artículo 1° de la Ley de Procedimiento Administrativo General (LPAG). Este dispositivo resuelve cualquier discusión respecto de las características que del mismo sea posible predicar.

##### *“Artículo 1°.- Concepto de Acto Administrativo*

*1.1 Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los*

*intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta."*

13. En consecuencia, son características del acto administrativo el ser:

- a) Una declaración que se pone de manifiesto mediante la exteriorización de lo decidido por la administración;
- b) emitida por cualquiera de las *entidades* que se encuentran comprendidas en el artículo I del Título Preliminar de la LPAG, esto es, todas las entidades de la administración pública, dentro de las que se encuentran los Ministerios;
- c) destinada a producir algunos de los siguientes *efectos jurídicos*, a la luz de la sección 4.04 (a) de los contratos de concesión:

*"(i) Renovar el plazo de la concesión por cinco (5) años adicionales al período de veinte (20) años (...)*

*(ii) Renovar el plazo de la concesión por un periodo menor de cinco (5) años (...)*

*(iii) No renovar el plazo de la concesión (...)"*

- d) que recae en *derechos, intereses y obligaciones de los administrados*, en este caso sobre el derecho de TdP de continuar con la titularidad de la concesión por un tiempo mayor del que actualmente le corresponde;
- e) *dentro de la situación concreta* constituida por la solicitud de renovación presentada por TdP, que resulta al efecto el supuesto de hecho que la sustenta; y
- f) en el marco de *normas de derecho público*<sup>8</sup> que rigen la decisión propiamente dicha.

14. MORON, con respecto al sentido que se le debe dar a la expresión "que los actos administrativos se dan en el marco de normas de derecho público", la hace equivalente a que los actos administrativos deben ser emitidos en el ejercicio de la función administrativa<sup>9</sup>. Esta apreciación es concordante con lo señalado por GORDILLO quien define al acto administrativo como la declaración unilateral realizada en ejercicio de la

<sup>8</sup> Se sigue el esquema propuesto en el análisis de MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica, Lima, 2003, pp. 62-63

<sup>9</sup> MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la ley del procedimiento administrativo general*. Gaceta Jurídica, Lima, 2001, p. 63



función administrativa y que produce efectos jurídicos individuales en forma directa<sup>10</sup>.

15. Por otra parte, postulamos que aún en el marco de contratos como los de concesión, que tienen la categoría de contratos-ley, la decisión acerca de la renovación es un acto administrativo<sup>11</sup>. Ello no excluye que, como resultado del contrato y en el ámbito de su ejecución, las consecuencias inter partes de tal acto vayan a ser juzgadas a la luz de las reglas de la buena fe y la interpretación contractual contenidas en el Código Civil<sup>12</sup>.

16. Al respecto es del caso concluir con DROMI que la doctrina admite la coexistencia de reglas del derecho público para la competencia, voluntad y forma del acto que emite la autoridad y reglas del derecho privado para su ejecución:

*"El derecho privado es aplicable a la actuación de los órganos administrativos de modo limitado, ya que en todos los casos es invariable la aplicación del derecho público en cuanto a la competencia, voluntad y forma del acto; sólo el objeto, y en parte, es regulado por el derecho privado (...) El acto no deja de ser administrativo porque sus efectos excepcionalmente puedan estar comprendidos dentro del marco del derecho privado."<sup>13</sup> (Subrayado agregado).*

17. En concordancia con lo anterior, GORDILLO afirma lo siguiente:

<sup>10</sup> GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 7ma. Edición, Ara Editores, Lima, 2003, T. 1 p. X-8

<sup>11</sup> Discrepando de esta posición MORON URBINA considera que:

*"[El hecho de que el acto administrativo sea dictado en el marco de normas de derecho público] Excluye de la posibilidad de calificar como acto administrativo las actuaciones de las entidades que bajo el marco legal específico y habilitante, se sujetan al derecho común, despojándose la entidad de sus potestades públicas, como por ejemplo sucede cuando una entidad pública concreta un contrato de estabilidad jurídica con un particular, o se somete a arbitraje"(subrayado añadido). MORÓN URBINA, Juan Carlos. Ob. cit., p. 63*

<sup>12</sup> Como se explica más adelante el carácter de contrato-ley de estos dispositivos lo tienen en la medida que la Ley N° 26285 dispone que los contratos de concesión que celebre el Estado para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones tienen tal carácter, a lo que se suma el artículo 39° del Decreto Legislativo 757 que establece que los convenios de estabilidad jurídica son contratos que tienen carácter civil y no administrativo.

<sup>13</sup> DROMI, Roberto. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Astrea, Buenos Aires, 1978, p. 252

*“No negamos totalmente la posibilidad de que el derecho privado sea en ciertos casos aplicable a la actuación de los órganos administrativos, pero sostenemos que ello no justifica que se diga que en tales casos los actos de los órganos administrativos sean actos jurídicos de derecho privado y estén excluidos del concepto de acto administrativo (...) A lo sumo podría señalarse que ciertos actos serán mixtos, regidos en parte por el derecho público (competencia, voluntad, forma) y en parte por el derecho privado (objeto).”<sup>14</sup>*

18. En definitiva, el hecho de que la decisión de si procede o no la renovación de la concesión tenga que ser emitida en el marco de un contrato-ley, cuya relación inter partes está regida por el Código Civil y sus controversias pueden ser sometidas a arbitraje, no altera el que dicha decisión sea un acto administrativo. Ello tiene como consecuencia inmediata que tal acto tenga que ser emitido respetándose los requisitos de validez establecidos por la LPAG, entre los cuales se encuentra el procedimiento administrativo previo con todas las garantías que le asisten al administrado; y, por otra parte, la motivación pertinente respecto de la razonabilidad y proporcionalidad de la decisión que tome la autoridad que establece el punto de encuentro entre lo administrativo y la aplicación de las reglas de la buena fe contractual en el ámbito civil.

#### **1.4.2 El procedimiento de renovación del plazo de concesión es un procedimiento administrativo**

19. La sección 4.03 de los contratos de concesión prevé un procedimiento que tiene como objeto obtener una declaración del MTC en el sentido de si es procedente la renovación de la concesión. Se ha dejado sentado que se trata de un acto administrativo reglado. En relación al procedimiento administrativo el artículo 29° de la LPAG contiene la siguiente definición:

*“Se entiende por procedimiento administrativo al conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados.”*

20. En consecuencia, dicho dispositivo bastaría para caracterizar al procedimiento de renovación del plazo de concesión como uno

<sup>14</sup> GORDILLO, Agustín. Ob. cit. p. II-27

esencialmente administrativo. Como consecuencia de ello deberá ser realizado obligatoriamente, no sólo por estar el mismo estipulado en el contrato, sino que además se configura como un requisito de validez del acto administrativo a ser emitido.

21. Es posible además identificar en el procedimiento de renovación características que son comunes a los procedimientos administrativos: el inicio a solicitud del interesado, un órgano competente que resuelve, participación de terceros interesados, un informe del organismo regulador y una audiencia pública; actuaciones que en definitiva están destinadas a la formación de la decisión de la administración, garantizar los derechos del peticionante y los intereses de los terceros involucrados. Como consecuencia de ser un procedimiento administrativo, debe ser conducido de acuerdo con las garantías del debido procedimiento y los principios establecidos en la LPAG.

#### **1.4.2.1 ¿Es posible establecer un procedimiento administrativo contractualmente?**

22. En primer lugar, cabe el argumento de indole formal: basta con señalar que los contratos de concesión fueron aprobados por medio del Decreto Supremo N° 011-94-TCC, para responder jurídicamente a la pregunta puesto que con tal formalidad se cumpliría con lo dispuesto en el artículo 18° del Decreto Legislativo N° 757<sup>15</sup> y el artículo 36.1 de la LPAG<sup>16</sup>. Por otro lado, en un procedimiento administrativo es posible identificar obligaciones<sup>17</sup> en cabeza de la administración y cargas<sup>18</sup> en

<sup>15</sup> **Artículo 18°.-** Con la finalidad de aliviar las cargas y obligaciones que se imponen a las empresas e inversionistas en su relación con la Administración Pública e iniciar un efectivo proceso de desburocratización en el país, solamente podrán establecerse trámites o requisitos administrativos mediante Decreto Supremo, Decreto Ejecutivo Regional u Ordenanza Municipal, según se trate del Gobierno Central, los Gobiernos Regionales o los Gobiernos Locales.

<sup>16</sup> **Artículo 36.1.-** Los procedimientos, requisitos y costos administrativos se establecen exclusivamente mediante decreto supremo o norma de mayor jerarquía, norma de la más alta autoridad regional, de Ordenanza Municipal o de la decisión del titular de las entidades autónomas conforme a la Constitución, según su naturaleza. Dichos procedimientos deben ser compendiados y sistematizados en el Texto Único de Procedimientos Administrativos, aprobados para cada entidad.

<sup>17</sup> La obligación es la situación jurídica de desventaja por medio de la cual el obligado debe sacrificar su propio interés para procurar el desenvolvimiento del interés del sujeto respecto del cual se encuentra obligado. En el contexto del procedimiento administrativo, la obligación de la administración se desarrolla en su obligación de resolver respecto de lo pedido por el administrado. Véase: CARNELUTTI, Francesco. *Teoría General del Derecho*. 3ra. Ed., Revista de derecho privado, Madrid, 1955, pp.218 y ss.

cabeza del administrado. Si el ordenamiento jurídico permite que la administración pueda establecer situaciones jurídicas de desventaja sobre terceros por medio de actos unilaterales generales y sin efectos jurídicos en una situación concreta, tales como un reglamento, *a fortiori* es permisible el establecimiento de cargas con el consentimiento del administrado que se manifiesta en un acto bilateral como son los contratos de concesión que fueron suscritos.

23. En la medida que las finalidades de seguridad jurídica y de facilitación del acceso de los administrados al procedimiento administrativo no se ven perjudicadas por el establecimiento de uno de manera contractual, sino que por el contrario, el consentimiento del administrado es más bien garantía del cumplimiento de dichas finalidades, el establecimiento de un procedimiento administrativo de fuente contractual es permisible en nuestro ordenamiento jurídico. Sobre todo mientras ello no suponga un trato discriminatorio frente a otros administrados que soliciten declaraciones de la administración de idéntico o similar contenido.

#### **1.4.3 Motivación de la decisión: apreciación de los elementos fácticos como requisito de validez del acto administrativo**

24. Al ser la aprobación - o denegatoria - de la procedencia de la renovación de la concesión un acto administrativo a ser emitido por el MTC, como tal se encuentra sometido a los requisitos de validez que establece el artículo 5° de la LPAG<sup>19</sup>. Entre ellos destaca la motivación

---

<sup>18</sup> La carga o gravamen es la situación jurídica de desventaja por la cual un sujeto con un interés tutelado frente al de otro sacrifica un interés propio con la finalidad de hacer valer aquél. En el contexto del procedimiento administrativo, la carga del administrado se desarrolla en tener que presentar documentos, pagar derechos de trámite, etc. con la finalidad de obtener una declaración de la administración. Véase: CARNELUTTI, Francesco. Ob. cit., pp.221 y ss.

<sup>19</sup> **Artículo 5.-** Objeto o contenido del acto administrativo

5.1 El objeto o contenido del acto administrativo es aquello que decide, declara o certifica la autoridad.

5.2 En ningún caso será admisible un objeto o contenido prohibido por el orden normativo, ni incompatible con la situación de hecho prevista en las normas; ni impreciso, oscuro o imposible de realizar.

5.3 No podrá contravenir en el caso concreto disposiciones constitucionales, legales, mandatos judiciales firmes; ni podrá infringir normas administrativas de carácter general provenientes de autoridad de igual, inferior o superior jerarquía, e incluso de la misma autoridad que dicte el acto.

5.4 El contenido debe comprender todas las cuestiones de hecho y derecho planteadas por los administrados, pudiendo involucrar otras no propuestas por éstos que hayan sido apreciadas de oficio, siempre que otorgue posibilidad de exponer su posición al administrado y, en su caso, aporten las pruebas a su favor.

del acto administrativo. Dicho elemento cobra especial importancia en la medida en que la emisión del acto administrativo en cuestión debe realizarse sobre la base de la evaluación de determinados hechos y su calificación jurídica como cumplimiento o incumplimiento de obligaciones contractuales, legales o reglamentarias de acuerdo con el derecho que es pertinente al caso y al Informe de Evaluación elaborado por OSIPTÉL.

25. La motivación (o fundamentación) del acto administrativo es el deber del órgano competente de examinar las circunstancias de hecho y de derecho que correspondan al caso. Cabe señalar que -ya sea que se trate de actos administrativos emitidos con ocasión del ejercicio de potestades regladas o discrecionales- las circunstancias de hecho o de derecho que provocan la emisión de un acto administrativo deberán ser siempre exteriorizadas. El artículo 6.1 de la LPAG dispone que

*"La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado". (subrayado añadido)*

26. Como puede apreciarse, en el ordenamiento jurídico positivo peruano no se ha optado por distinguir entre la causa del acto administrativo y la motivación propiamente dicha, cual es la exteriorización en el acto administrativo de la causa y de la finalidad pública<sup>20</sup>. Se ha optado más bien por reunir en un solo término tanto las razones fácticas y jurídicas para la emisión del acto con su expresión formal y la de la finalidad pública en él implícita. Asimismo, el requisito de validez de la motivación no se verifica simplemente con cualquier exteriorización formal de razones para que un acto administrativo sea válido. La motivación debe estar referida necesariamente a hechos evaluados y debidamente probados y a las normas pertinentes aplicables al caso.

27. En consecuencia, será ineludible para el MTC el tener que motivar el acto administrativo a la luz del Informe que al efecto emita OSIPTÉL, tanto en el sentido de que el acto que emita debe necesariamente referirse al cumplimiento objetivo del contrato y al derecho pertinente, cuanto en el sentido de que tendrá que exteriorizar dichas apreciaciones

<sup>20</sup> COMADIRA. *Procedimientos Administrativos. Ley nacional de Procedimientos Administrativos*. Tomo I. Buenos Aires, La Ley, 2002, p. 201

y la finalidad pública de la decisión que adopte en el marco de los convenios de concesión.

### 1.5 Competencia específica del Organismo Regulador respecto del Informe de Evaluación

28. En la sección 4.03 (b) del contrato de concesión, se ha establecido el parámetro de actuación del OSIPTEL respecto de la renovación de la concesión:

*“A la recepción de la notificación del Ministerio conforme al inciso (a), OSIPTEL preparará el informe de evaluación **señalando si, y en qué medida,** la empresa concesionaria, durante el periodo de los cinco años anteriores o durante el plazo de la concesión ha cumplido con:*

- a. sus obligaciones establecidas en las cláusulas 6, 8 y 9 de este contrato;*
- b. las reglas de interconexión establecidas en la cláusula 10 de este contrato,*
- c. las reglas de competencia establecidas en la cláusula 11 de este contrato*
- d. los mandatos y reglamentos que han sido debidamente emitidos por OSIPTEL; y,*
- e. prestados sus servicios públicos de telecomunicaciones y llevados sus negocios conforme a las leyes del Perú (...).”*

29. Puede observarse del texto transcrito que al OSIPTEL no le asiste la facultad de emitir una recomendación o calificación respecto de la renovación de la concesión. *Debe limitarse a informar* sobre el cumplimiento de obligaciones que conforme al contrato ha asumido TdP *y evaluar* la medida en que tal cumplimiento ha sido alcanzado. Por ello, el propio contrato lo denomina y define como “Informe de Evaluación” (literal (b) de la sección 4.03).

30. Ahora bien, tratándose de un informe que tiene naturaleza de acto de administración interna y no de acto administrativo, la competencia de quien lo emite está referida a la graduación del cumplimiento de las obligaciones (*señalando si, y en qué medida ha cumplido con,* reza la cláusula transcrita) relativas al ámbito regulatorio cubierto por OSIPTEL. ¿Cuál es este ámbito? No es otro que el que se encuentra definido en la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos (Ley N° 27332) y la Ley de Desarrollo

de las Funciones y Facultades del OSIPTEL (Ley N° 27336). Es verdad que, en puridad, la competencia evaluativa corresponderá a quien incide respecto de la situación jurídica del administrado en el ejercicio de una función administrativa, es decir a quien emite el acto administrativo (para el caso el MTC). Sin embargo, es admisible en este caso aplicar literalmente el texto de la cláusula contractual y convenir en que, excepcionalmente, la facultad evaluativa ha sido asignada al regulador. Lo anterior además concuerda con lo establecido en el artículo 18° del reglamento del regulador que expresa:

*“El OSIPTEL tiene por objeto general, regular, normar, supervisar y fiscalizar dentro del ámbito de su competencia, el desenvolvimiento del mercado de servicios públicos de telecomunicaciones y el comportamiento de las empresas operadoras, las relaciones de dichas empresas entre sí y las de estas con los usuarios; garantizando la calidad y eficiencia del servicio brindado al usuario, regulando el equilibrio de las tarifas y facilitando al mercado una explotación y uso eficiente de los servicios públicos de telecomunicaciones”.*

#### **1.6 El caso excepcional de la evaluación de la conducción de negocios conforme a las leyes del Perú**

31. En cuanto al extremo del informe que debe estar referido al cumplimiento de los “negocios” del concesionario “conforme a las leyes peruanas”, debe precisarse que dicha facultad ha de ubicarse dentro del ámbito de competencia general del OSIPTEL, de conformidad con el artículo 18° del reglamento antes aludido, el que se refiere al desenvolvimiento del mercado de telecomunicaciones, el comportamiento de las empresas operadoras, las relaciones de dichas empresas entre sí y las de éstas con los usuarios. Pero nada faculta al regulador a ir más lejos por lo que los términos “negocios” y las “leyes peruanas” deben ser interpretados al prepararse el Informe de Evaluación de forma restrictiva a aquellas que caen únicamente en el ámbito competencial del regulador.

32. ¿Podría acaso OSIPTEL evaluar el cumplimiento de obligaciones en la conducción de negocios fuera del ámbito de sus atribuciones y de su especialidad? Creemos que no, pues de hacerlo el regulador estaría invadiendo el marco de competencia de otros órganos del Estado sin sustento normativo suficiente e inmiscuyéndose en asuntos en los que no tiene la *expertise* indispensable para llevar a cabo una evaluación. Insistimos, por ello, que en la tarea evaluativa OSIPTEL debe

mantenerse en el sentido de la interpretación restrictiva de la cláusula para ser aplicada únicamente en aquello en lo que es competente.

33. ¿Cabe –no obstante lo anterior– que el regulador recopile y registre información de terceros relacionada con el cumplimiento de obligaciones en la conducción de los negocios del concesionario conforme a las leyes peruanas? ¿Puede el OSIPTEL pronunciarse sobre dichos incumplimientos o incumplimiento y formular evaluaciones en relación a las leyes tributarias, laborales, penales, municipales, bancarias o de tránsito vehicular? A este respecto consideramos admisible que el informe de OSIPTEL haga una clara distinción entre el espacio de cumplimiento que está evaluando, que solamente puede referirse a aquellos aspectos en los que el ente es competente; de aquellas informaciones provenientes de terceras instituciones o personas que no caen dentro de su marco competencial. Sobre esto último cualquier evaluación sería un exceso. ¿Pero está dentro de las atribuciones de OSIPTEL el recopilar y consignar esta información sobre cumplimientos o incumplimientos de las obligaciones del concesionario en la conducción de sus negocios conforme a las leyes peruanas en materia de la competencia de otros? En estricto cumplimiento diligente de los deberes de función del regulador consideramos admisible que tome la iniciativa en este campo. Esta respuesta, sin embargo, debe concordarse con la obligación impuesta al MTC de llevar a cabo una audiencia pública en la que conforme a la sección 4.03 (a) *“cualquier persona con interés legítimo podrá formular comentarios y objeciones a la solicitud de renovación”* en la medida en que hayan sido presentadas por escrito y hayan sido consideradas relevantes por el MTC (sección 4.03 (c)).

34. Siendo que el contrato asigna con precisión al MTC la responsabilidad de citar a la audiencia pública y evaluar la pertinencia de las intervenciones escritas, consideramos concebible que la información recopilada por el OSIPTEL de otros organismos del Estado, en relación al cumplimiento de obligaciones fuera de su competencia, sea consignada en un Anexo al Informe puesto que en el cuerpo del mismo debe contenerse lo que el regulador legítimamente evalúa. Más aún, en tal Anexo ha de destacarse su carácter recopilatorio, la fuente de origen de la información y el descargo de la empresa concesionaria que sería indispensable recabar en cumplimiento del principio de la buena fe que es tan válidamente aplicable en materia procedimental administrativa como en la relación contractual civil inter partes.<sup>21</sup>

<sup>21</sup> El Título Preliminar de la LPAG en su artículo 1.8 consagra el principio de la buena fe como parte esencial de la conducta procedimental. La lealtad entre la administración y el administrado se supone deben acompañar todas las fases de constitución,



### **1.7 Valoración de comentarios y objeciones de terceros interesados: la audiencia pública**

35. En la sección 4.03 (c) de la cláusula 4 del contrato se establece:

*“ (c) Audiencia Pública. En el plazo establecido en el aviso y en la notificación emitidas por el Ministerio a que se refiere el inciso (a) precedente, el Ministerio citará a una audiencia pública en la cual la empresa concesionaria , OSIPTEL y las personas con un legítimo interés que hayan presentado comentarios u objeciones por escrito que fueran considerados relevantes por el Ministerio, tendrán el derecho a ser escuchados”.*

36. En lo que atañe al derecho que le asiste a los terceros con legítimo interés, tanto para presentar comentarios u objeciones como para exponer públicamente sus fundamentos, debe estarse a que estos deben ser puntualmente recogidos en la audiencia pública que debe organizar y promover el MTC. Aunque el resultado de esta evidentemente no es vinculante, su contenido debe ser valorado por el organismo concedente en la medida en que aporten certeza respecto del grado de cumplimiento de las obligaciones del concesionario. En todo caso el Ministerio de Transportes y Comunicaciones deberá referir, en la motivación del acto administrativo respectivo, los fundamentos por los cuales acoge los comentarios u objeciones.

### **1.8 El caso de la fuerza mayor**

37. El artículo 1315° del Código Civil establece que “caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”. Ello deberá ser tomado en cuenta al momento de emitir el acto de renovación en la misma medida en que debe considerarse el hecho propio del concedente o del regulador, que no necesariamente califican como caso fortuito o fuerza mayor pero que puede tipificar como un incumplimiento no imputable al concesionario. Consecuentemente, el informe de evaluación y la decisión que tome el MTC deben tomar en cuenta que el incumplimiento de las obligaciones se deba a circunstancias extraordinarias, imprevisibles o irresistibles, por

preparación y perfeccionamiento del acto, según Jesús Gonzáles Pérez citado por MORON URBINA, Juan Carlos. Ob. cit., p. 37

intervención de un tercero o del propio Estado. En estos casos el organismo concedente debe excluir dichos incumplimientos en la toma de decisión para la renovación de la concesión.

### **1.9 Renovación de la concesión: supuestos contractuales de actuación del Organismo concedente.**

38. El inciso (a) (i) de la sección 4.04 de la cláusula 4 señala:

*“Renovar el plazo de concesión por cinco (5) años adicionales al periodo de veinte (20) años, siempre que la empresa concesionaria hubiera cumplido durante cinco (5) años precedentes con las obligaciones especificadas en la sección 4.03 (b), de conformidad con lo establecido en el inciso 4.03 (b) anterior”.*

39. Como ya se ha visto, al corresponderle al organismo merituar la evaluación del regulador para decidir por la renovación gradual por un plazo de cinco años. Es este contexto que la motivación a realizar por el MTC alcanza su plena significación pues tendrá que sustentar su decisión en criterios de razonabilidad y proporcionalidad con respecto al informe de evaluación del OSIPTEL y llevar a cabo un análisis que le permita concluir si el cumplimiento ha sido sustancial y consistente, frente a los incumplimientos reportados, como para que conceda el máximo plazo<sup>22</sup>.

40. Nuestra posición se confirma además por el hecho de que el segundo supuesto -al referirse a un grado de incumplimiento que no justifique la denegatoria de la concesión-<sup>23</sup> denota que debe admitirse un grado superior de incumplimiento y que encuentra sus límites en cuanto se afecte los elementos constitutivos del servicio público que, por naturaleza, debe ser prestado de forma obligatoria, uniforme, general,

<sup>22</sup> De acuerdo al artículo 169° del Código Civil, las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan sistemáticamente, esto es las unas a las otras, siendo de aplicación esta disposición al Contrato de Concesión puesto que la regulación contractual es aplicable para los contratos que celebra el Estado en tanto no exista ordenamiento especial ni se haya establecido algo distinto en el contrato. La aplicación del Código Civil al contrato de concesión también encuentra sustento en mérito a consideraciones doctrinarias y jurisprudenciales que han dado sentido a la aplicación de normas civiles en la relación inter partes habida cuenta que -como se desarrolla más adelante- ostenta la categoría de contrato ley.

<sup>23</sup> “Renovar el plazo de la concesión por un periodo (...) si la empresa concesionaria hubiera incumplido sus obligaciones, en un grado tal que no justifique la denegatoria de renovación”.

regular y continua, cumpliendo los requisitos básicos de calidad y eficiencia.<sup>24</sup>

### 1.10 Renovación de la concesión ¿potestad discrecional o reglada?

41. Cabe ahora establecer si dicha facultad de decidir sobre la renovación constituye una potestad discrecional o reglada; y, dentro de esta última, si se verifica la utilización de criterios tasados de aplicación automática o criterios indeterminados<sup>25</sup>. Todo ello resulta indispensable en atención a la necesidad de asegurar la certeza de la utilización de las técnicas correctas que fundamenten la decisión de la administración, sobre la base de la evaluación de cumplimiento del contrato de concesión hecha por OSIPTEL con tal propósito.

42. Ante el silencio del derecho positivo, la autoridad administrativa no puede apelar a la máxima "Todo lo que no prohíbe la Ley está permitido", que rige la actuación de los particulares y que halla soporte en la estructura del sistema constitucional basado en la libertad. El plano en el que se ubica la administración es otro: rige el principio de legalidad pero de modo restrictivo, "lo que no está permitido ha de entenderse prohibido", que encuentra explicación también en la garantía constitucional de la libertad otorgada a los particulares<sup>26</sup>. La Ley del Procedimiento Administrativo General recoge el principio en el artículo IV del Título Preliminar:

*"Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le están atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas".*

43. La actuación de un órgano de administración entonces no es posible en principio si es que dicha facultad o competencia no estuviese prevista o encontrare respaldo en una norma, que para el caso concreto y como ya se ha visto, es el contrato de concesión. El principio de legalidad no permite, como es evidente, la aplicación de la teoría de la

<sup>24</sup> Las características descritas son aceptadas unánimemente por la doctrina. Véase: DROMI, Roberto. *Derecho Telefónico*. Ob. cit., pp. 23-29

<sup>25</sup> CIRIANO VELA, César D., Discrecionalidad, Administrativa y Conceptos Jurídicos Indeterminados en la autorización para la creación de Bancos tras el Real Decreto 1245/1995, de 14 de Julio". En: *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial*. I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, Editorial CIVITAS S.A., Madrid, 1996, p. 441. RIVERO ORTEGA, Ricardo. *Introducción al Derecho Administrativo Económico*. Ratio Legis, Salamanca, 2001, p. 109.

<sup>26</sup> Véase el literal a) del inciso 24) del artículo 2º de la Constitución.

vinculación negativa de la ley que se traduce en que, ante vacío normativo, la autoridad posee facultades discrecionales. La discrecionalidad, en concordancia con el principio de legalidad, debe tener una fuente que defina las condiciones básicas de la actuación administrativa y que remita el resto a la estimación subjetiva de la autoridad<sup>27</sup>.

44. En cuanto a la existencia misma de la potestad es menester destacar que la única opción del Ministerio concedente y del regulador en su Informe, ante la solicitud de renovación gradual, es limitarse a tasar sus facultades en el ámbito estricto de la sección 4.03 del contrato referida a la renovación, sin poder actuar en este procedimiento sobre otros extremos del contrato como pueden ser los contenidos en la cláusula 17 sobre modificación, terminación y resolución del contrato. Fluye directamente del texto convenido que cada una de estas hipótesis tiene una esfera de actuación propia. Para el presente caso está reglada la hipótesis de renovación del plazo con lujo de detalles y normas que con tal propósito resultan auto suficientes.

45. En relación a los actos reglados, la doctrina indica que existen cuatro elementos reglados mínimos en la potestad discrecional: la existencia misma de la potestad, su extensión, la competencia del órgano y el fin para el que es ejercida, pudiendo este último hallarse implícito. Debe añadirse que la discrecionalidad implica siempre el poder de decidir respecto de *múltiples opciones, todas indistintamente validas*<sup>28</sup>.

46. Existen elementos de la discrecionalidad que pueden confundirse con los conceptos jurídicos indeterminados. Cabe advertir que estos últimos (incapacidad, fuerza mayor, premeditación, justo precio etc.) aparentemente dan lugar a discrecionalidad, pero no es así pues estos conceptos de experiencia o valor no son imprecisos. Los conceptos indeterminados admiten una única solución: se dan o no. *No existe en ello pluralidad de soluciones, como en el caso de una potestad discrecional* en la que la administración, dependiendo de la valorización que realice, tiene varias posibilidades, todas admisibles por cierto, para

<sup>27</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás, RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas Ediciones, Madrid 2000, pp. 452-453. Un ejemplo de potestad discrecional se presenta -a diferencia de la elección de un funcionario de carrera que debe ser en principio elegido mediante concurso- cuando los titulares del pliego escogen a sus funcionarios de confianza. Esta última es -con algunos parámetros- discrecional, en tanto puede elegir de entre múltiples opciones siendo válidas todas.

<sup>28</sup> Ibidem.

ejecutar. Así la autoridad puede establecer: i) la utilización de supuestos de hecho en la norma en donde la verificación de lo previsto ocasionará automáticamente la actuación de la administración<sup>29</sup> y ii) la utilización de criterios indeterminados, los mismos que pueden ser de naturaleza jurídica o simplemente "*nociones abstractas manejadas por las normas*"<sup>30</sup>.

47. En la aplicación de estos conceptos de experiencia o valor corresponde a la administración determinar si se configuran o no en el caso concreto, siendo útil para ello el establecimiento de zonas de certeza positiva y negativa:

*"Por lo pronto hay que notar que en la estructura de todo concepto indeterminado, es identificable un núcleo fijo o "zona de certeza", configurado por datos previos y seguros, una zona intermedia o de incertidumbre o "halo del concepto", más o menos precisa, y, finalmente, una "zona de certeza negativa", también segura en cuanto a la exclusión del concepto".*<sup>31</sup>

48. Ahora bien, al hilo de lo expuesto cabe indicar que la facultad del MTC no es de tipo discrecional, sino por el contrario reglada vía la utilización de un concepto indeterminado (*el cumplimiento de las obligaciones contractuales*) correspondiendo establecerse por tanto una zona de certeza positiva para la renovación de la concesión. No es, por lo demás, distinto en otros países en relación a la prórroga de la concesión del servicio. Dromi, en Argentina, precisa que:

*"...la autoridad administrativa se encuentra constreñida a actuar en esta cuestión en la forma prevista por la normativa respectiva, que exactamente establece cuáles son los presupuestos fácticos que determinan el reconocimiento de los derechos de las licenciatarias".*<sup>32</sup>

49. Para concluir:

*...no hay posibilidad de que la Administración juzgue sobre la oportunidad, mérito o conveniencia de su concesión, ya que*

<sup>29</sup> CIRIANO VELA, César D. Ob. cit., p. 442

<sup>30</sup> RIVERO ORTEGA, Ricardo. Ob. cit., p.

<sup>31</sup> GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y Tomás, RAMÓN FERNÁNDEZ. Ob. cit., p. 452

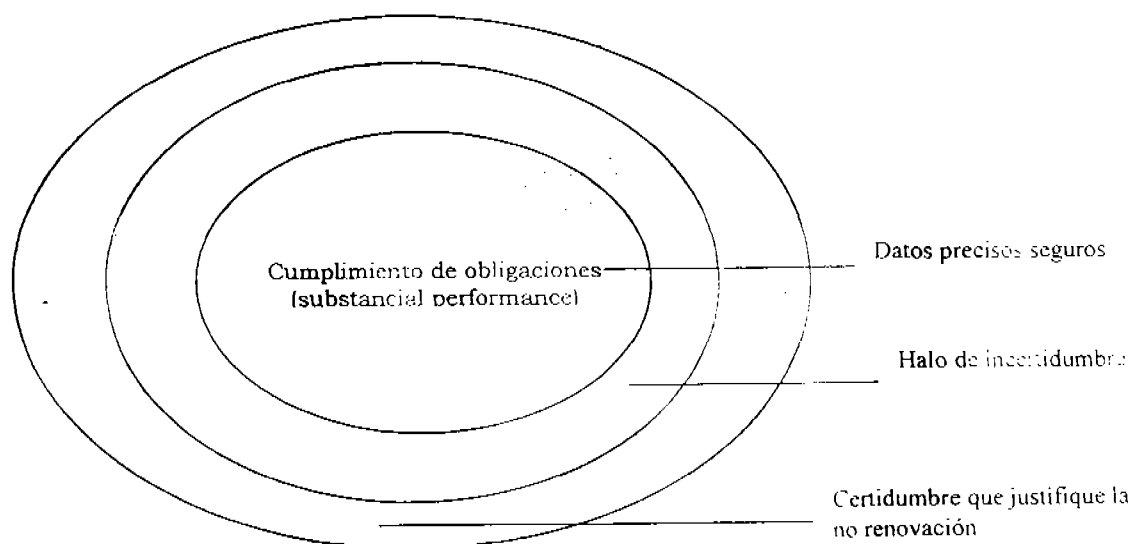
<sup>32</sup> DROMI, Roberto. *Derecho Telefónico*. Ob. cit., p.347

ello fue predeterminado al momento de fijar las condiciones de licitación".<sup>33</sup>

50. En efecto, la sección 4.04 de la cláusula 4 del contrato indica:

ii) "Renovar el plazo de concesión (...) si la empresa concesionaria hubiera incumplido sus obligaciones, en un grado tal que no justifique la denegatoria de la renovación".

51. En primer lugar y por interpretación en sentido en contrario, se renovará la concesión si se hubieran cumplido las obligaciones del concesionario, situación en la que sería pertinente la aplicación de la doctrina del *substantial performance* o el cumplimiento sustantivo de las obligaciones a la que nos referiremos más adelante. Luego, se renovará la concesión aún en el caso de incumplimiento si es que el mismo no alcanzara un grado justificatorio para ello. Sólo finalmente si el incumplimiento alcanza grado o proporción justificatoria de la exclusión del concepto, será admisible la denegatoria de la renovación.



<sup>33</sup> Ibidem, p.346

**a) Supuesto de certeza en el cumplimiento de las obligaciones del concesionario y renovación de la concesión por el plazo máximo de cinco años.**

52. Para la renovación de la concesión no sólo es suficiente que la empresa concesionaria haya cumplido con lo estipulado en su contrato de concesión, sino que también debe haber cumplido con el ordenamiento legal vigente. El Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones señala en su artículo 179°:

*“La solicitud de renovación será evaluada teniendo en cuenta si el concesionario cumplió con las obligaciones derivadas del contrato de concesión, de la ley, del Reglamento y demás normas que resulten aplicables”.*

• **Evaluación del cumplimiento y la doctrina del *substantial performance***

53. Es el espacio de aplicación del principio de la buena fe a la ejecución del contrato de concesión y, específicamente, a la evaluación de cumplimiento que debe contener el informe de OSIPTEL es relevante considerar la doctrina prevaleciente del cumplimiento substancial de las obligaciones contractuales que ha venido desarrollándose como contribución del derecho anglosajón (*substantial performance* o *substantial compliance*). Ésta conduce a la evaluación del cumplimiento de las obligaciones de un contrato en función de la finalidad buscada por las partes en el negocio jurídico convenido y el cumplimiento de los aspectos esenciales de lo contratado, poniendo énfasis en la esencia de lo logrado en la ejecución contractual y la sustantividad de ello, frente a lo accesorio o periférico que puedan tener los incumplimientos<sup>34</sup>. La doctrina pone énfasis en el cumplimiento *bona fide* del contrato en el marco de su propia especificidad que, en el caso de la solicitud gradual de renovación del contrato de concesión, se concreta a –de conformidad con el contrato y el Informe de Evaluación de cumplimiento que debe elaborar OSIPTEL– la prestación de un servicio con calidad, regularidad y continuidad nacional respetando los requisitos mínimos de expansión de la red en un marco de respeto a la libre competencia, el régimen tarifario establecido y los mandatos del regulador.

<sup>34</sup> La doctrina del *substantial performance* fue desarrollada inicialmente por el juez Cardozo desempeñándose como magistrado de la Corte de Apelaciones de New York en 1921. Véase FULLER, Lon L. y Melvin ARON EISENBERG. *Basic Contract Law*, West Group, pp. 893-913

54. Al aplicar jurisprudencialmente estos criterios de la doctrina del *subsistence performance* se ha admitido que no solamente se hacen compatibles con la vigencia del principio de la buena fe, considerado en su proyección ética o moral, sino con la conveniencia de su adopción para lograr eficacia legal, exigiendo el cumplimiento del propósito esencial del contrato y eliminando excusas triviales sobre su inejecución<sup>35</sup>.

55. Por lo demás, en el marco de esta doctrina la evaluación que lleve a cabo OSIPTEL conforme al contrato supone la distinción de las obligaciones principales (que atañen a la substancia del servicio público concesionado) de las accesorias que solamente colaboran con el cumplimiento de la finalidad, como se detalla en la sección 2.2 de la presente consulta.

• **Evaluación del cumplimiento y los procesos sancionatorios**

56. Es menester advertir que el cumplimiento de la empresa concesionaria en el contrato de concesión ó marco normativo vigente puede motivar la imposición de sanciones administrativas, sobre la base de la potestad sancionadora que se reserva el Estado<sup>36</sup>. Al respecto el artículo 233° del citado Reglamento, señala:

*“Toda acción u omisión que importe incumplimiento o violación de obligaciones contenidas en la Ley, en el Reglamento o en las normas que se dicten de conformidad con los mismos, y las que se deriven de las respectivas concesiones o autorizaciones, constituye infracción susceptible de ser sancionada administrativamente”.*

57. El régimen de infracciones y sanciones se encuentra señalado en la Ley de Telecomunicaciones, en su Reglamento y en el Reglamento General de Infracciones y Sanciones. Asimismo, el artículo 44° del Reglamento de OSIPTEL señala que -sin perjuicio del Régimen de Infracciones y Sanciones previstos por la ley, el Reglamento de la Ley y los contratos de concesión- OSIPTEL podrá, en materias de su

<sup>35</sup> Tienen relevancia al respecto los casos Bruner vs. Hines y Jardine Estates, Inc. vs. Donna Brook Corp. Ibidem, p. 896

<sup>36</sup> “Por sanción entendemos aquí un mal infringido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal. Este mal (fin afflictivo de la sanción) consistirá siempre en la privación de un bien, o de un derecho, imposición de una obligación de pago de una multa.” En: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás, RAMÓN FERNÁNDEZ. Ob. cit., p. 161



competencia exclusiva, tipificar las infracciones que no estén previstas en la Ley de Telecomunicaciones y determinar las sanciones correspondientes, dentro de las categorías previstas en la referida ley, siendo también posible por tanto que se impongan sanciones por esta vía.

58. Todo lo anterior nos lleva a afirmar que en el supuesto que la empresa concesionaria haya solicitado la renovación de su contrato y no se haya impuesto sanción alguna, el órgano competente deberá tener por cumplidas las obligaciones contractuales, legales y reglamentarias debiendo proceder sin más a la renovación de la concesión. Esta conclusión no es sin embargo lo único que debe tenerse en cuenta. Puede ser que, existiendo una sanción administrativa, ello no signifique que esté probado el incumplimiento mientras el procedimiento sancionatorio no haya alcanzado la categoría de decisión firme en sede administrativa.

59. En efecto, la sanción administrativa a efectos de equipararse a un incumplimiento de obligaciones contractuales, legales o reglamentarias de parte del concesionario, no sólo debe haberse emitido sino que la misma debe tener la calidad de firme en sede administrativa y, en este último caso inclusive, no debe haber sido objeto de una medida cautelar en sede judicial por la cual se suspenda sus efectos.

60. Respecto de la calidad de "firme" del acto administrativo, debe señalarse que ello debe concordarse con el principio de presunción de licitud aplicable a la potestad sancionadora de la administración<sup>37</sup>. Respecto de dicho principio, MORON hace el siguiente comentario:

*"Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario y esta sea declarada así mediante resolución administrativa firme"<sup>38</sup> (Subrayado agregado).*

61. ¿Cuándo entonces una resolución o acto administrativo adquiere la calidad de firme? El artículo 212° de la LPAG nos da luces al respecto:

<sup>37</sup> **Artículo 230°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa**

*La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:*

*(...)*

*9. Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.*

<sup>38</sup> MORON URBINA, Juan Carlos. Ob. cit., p. 520

**“Artículo 212°.- Acto firme**

*Una vez vencidos los plazos para interponer los recursos administrativos se perderá el derecho a articularlos quedando firme el acto”.*

62. Hay que agregar que, además de que el acto administrativo quede firme por haberse vencido el plazo para recurrirlo, también adquieren dicha calidad al agotarse la instancia o sede administrativa. En el supuesto de que exista sanción administrativa firme, sabido es que ésta puede ser objeto de una medida cautelar en el proceso contencioso administrativo que siga el particular ante el Poder Judicial al considerar que la vía administrativa ha sido agotada y en el entendido de que el órgano regulador hubiese expedido una sanción contraria a derecho. En este caso, deberá la Administración también considerar que no existe incumplimiento mientras la sanción haya sido privada de sus efectos.

63. Habida cuenta de nuestro sistema de unidad de jurisdicción<sup>39</sup>, de la garantía constitucional de la tutela jurisdiccional efectiva<sup>40</sup>, de la aplicación del llamado control constitucional inter orgánico<sup>41</sup> o control de la Administración Pública <sup>42</sup>, nuestro ordenamiento prevé la

<sup>39</sup> A diferencia del Sistema Francés - de gran influencia en el derecho administrativo español y latinoamericano - en donde existe dualidad de jurisdicción y por el cual existe jurisdicción administrativa y ordinaria, agotándose la primera en los fallos del Consejo de Estado, nuestro país se encuentra dentro del sistema unitario, en donde el Poder Judicial detenta únicamente la función jurisdiccional.

<sup>40</sup> “El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es el derecho que tiene todo sujeto de derecho de acceder a un órgano jurisdiccional para solicitar tutela de una situación jurídica que se alega que se está viendo vulnerada o amenazada a través de un proceso dotado de las mínimas garantías, luego del cual se expedirá una resolución fundada en derecho con posibilidad de ejecución”. PRIORI POSADA, Giovanni F. *Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo*. Lima, Ara Editores, 2002, p. 55

<sup>41</sup> PRIORI POSADA al respecto indica:

*“El proceso contencioso administrativo se ofrece como el instrumento que permite el control inter orgánico que ejerce el Poder Judicial sobre la Administración a fin de garantizar el respeto del principio de constitucionalidad (...)”.*

A su vez, José Antonio TIRADO menciona:

*“(...) es necesario contar con otros mecanismos, esta vez externos a la propia administración, para permitir un verdadero control de carácter jurídico mediante el cual un tercero ajeno a la Administración (el juez) dilucide las controversias que se planteen en su relación con los ciudadanos (...)”.* TIRADO, José Antonio. “La Ejecución Forzada de los Actos Administrativos en la Ley N° 27444”. En: *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Segunda Parte. Ara Editores, Lima, 2003, p. 404.

<sup>42</sup> ZIZZIAS, María Alejandra, citando a Eduardo García de Enterría y a Luciano Parejo Alfonso, señala que el derecho a la protección contencioso administrativa, es un derecho fundamental del ciudadano, siendo que *“el Derecho Administrativo es en la*

posibilidad de que los administrados recurran al poder judicial vía el proceso contencioso administrativo si es que consideran que la decisión que agota la sede administrativa lesiona una situación jurídica de la que es titular o, simplemente, si ésta no se ajusta a derecho.

64. Así pues, el artículo 4° de la Ley N° 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, señala:

*"(...) Son impugnables en este proceso las siguientes actuaciones administrativas:*

*1.- Los actos administrativos y cualquier otra declaración administrativa.(...)"*

65. Por otro lado el artículo 5° dispone:

*(...) En el proceso contencioso administrativo podrán plantearse pretensiones con el objeto de obtener lo siguiente:*

*1.- La declaración de nulidad, total o parcial o ineficacia de actos administrativos.*

*2.- El reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines.(...)"*

66. Si bien se encuentra cautelado mediante el proceso contencioso administrativo, el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva, es necesario a efectos de que la misma *"se ejercite de manera oportuna y asegure la finalidad del proceso"*<sup>43</sup>, que se haya previsto la adopción de medidas cautelares.<sup>44</sup> Así pues, la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo señala en el artículo 35° la posibilidad de que se dicten medidas cautelares antes de iniciado el proceso o dentro del mismo con la finalidad de que se asegure la eficacia de la decisión definitiva. Siendo posible solicitar medidas de innovar o no innovar (artículo 37°) o

---

*contemporaneidad la regulación jurídica administrativa de las garantías y del control de la Administración Pública". ZIZZIAS, María Alejandra. Garantías Procesales. Las medidas cautelares en los contratos públicos. Cuadernos de Época. Serie Servicios Públicos, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires -Madrid, 2002, p. 36.*

<sup>43</sup> TIRADO, José Antonio. Ob. cit., p. 405

<sup>44</sup> Nuestra legislación difiere de la jurisprudencia y normativa española (Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contenciosos Administrativa) que indican que con la sola presentación de la solicitud de medida cautelar, el acto administrativo ya no es ejecutorio y por lo tanto no surte efectos, garantizándose así la tutela jurisdiccional efectiva.

cualesquiera que el peticionante considere adecuadas para lograr la eficacia de la decisión definitiva (artículo 36°).

67. Se puede en consecuencia afirmar que si el organismo regulador no ha impuesto sanción alguna o, que habiéndola impuesto ésta no se encontrare firme en sede administrativa o, estando firme en sede administrativa, hubiese sido objeto de una medida cautelar en sede judicial, el informe de OSIPTEL y el MTC como responsable de la decisión de renovación no deberán considerarlas como incumplimiento de las obligaciones contractuales. A tal efecto, debe tenerse presente que, en todos los supuestos acotados, existe certeza legal del cumplimiento de las obligaciones del concesionario, ya sean contractuales, legales o reglamentarias y que esto último es requisito necesario para la renovación de la concesión.

**b) Supuesto de incumplimiento cuyo grado permite la renovación de la concesión por un plazo menor a los cinco años**

68. Como se ha visto sólo en caso de existir un incumplimiento de naturaleza legal o reglamentaria (el incumplimiento contractual está contemplado en el punto (iii) de la sección y cláusula citada) se debe proceder a analizar si ese incumplimiento permite no obstante la renovación de la concesión por un plazo menor al máximo establecido.

69. Para concebir parámetros que permitan evaluar razonablemente un grado de incumplimiento que justifique la denegatoria de la concesión es indispensable recurrir al régimen sancionador. Éste ha graduado las infracciones como leves, graves y muy graves<sup>45</sup>, establiéndose que para el caso de reiteración de infracciones graves, se considerará la comisión de una infracción muy grave<sup>46</sup>.

70. Sin perjuicio de insistir en que el informe de evaluación versa sobre el grado de cumplimiento de las obligaciones legales y contractuales por parte de la empresa concesionaria, consideramos necesario precisar que en caso se analicen -por excepción- los incumplimientos en los que pudiera incurrir la empresa concesionaria es necesario contextualizar

<sup>45</sup> El Reglamento General de Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución N° 0002-99-CD/OSIPTEL contiene distintos supuestos aplicables para las infracciones leves, graves y muy graves. Asimismo, el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones contiene previsiones en el mismo sentido en los artículos 87°, 88° y 89°.

<sup>46</sup> Reglamento General de Infracciones y Sanciones.-

**Artículo 50°.-** La empresa que reincida en la comisión de una misma infracción grave, incurrirá en infracción muy grave.

cada incumplimiento. De esta manera lo que se busca es que se refleje la verdadera incidencia del incumplimiento en el desempeño de los servicios de telecomunicaciones por parte de la empresa concesionaria.

71. Asimismo debe tenerse en cuenta que no necesariamente debe equipararse la comisión de una infracción muy grave con un incumplimiento de tal naturaleza. En efecto, resulta inadecuado establecer paralelismos por ejemplo entre infracciones graves e incumplimientos graves, pues ello conlleva a una inadecuada evaluación de la labor de la empresa evaluada.

72. En la necesidad de establecer las zonas de certeza positiva y negativa debe siempre considerarse que lo que está en riesgo es un servicio público que, dada su naturaleza, debe ser prestado de forma universal, continua y regular; debe tomarse en cuenta, además que es función del Estado garantizar la prestación de servicios públicos con las características acotadas.

**c) Supuesto de incumplimiento significativo y la decisión de no renovar el plazo de la concesión**

73. Atendiendo a todo lo anterior, el órgano competente para la renovación de la concesión (al efecto el MTC) deberá proceder negativamente sólo en caso de incumplimiento muy grave, es decir cuando no estén garantizadas las características básicas, inherentes al servicio público y que son las que se encuentran protegidas con mayor rigurosidad a través del régimen sancionador, siendo ésta la zona de certeza negativa. En este caso, el contrato obliga al concedente a justificar su decisión en la reiteración de incumplimientos que se supone debe estar contenida en el Informe de Evaluación de OSIPTEL o en la existencia de suficientes indicios en el mismo informe que le permitan al MTC afirmar que el concesionario no podrá cumplir con sus obligaciones a futuro.

74. Ante semejante circunstancia, el contrato prevé que la decisión del concedente debe ser negativa, esto es, la de no renovar el plazo, decisión que en cumplimiento de la sección iii) de la sección 4.04 del contrato y en el marco de la buena fe procedimental y contractual, deberá ser puesta en conocimiento de TdP con los hechos o las bases que sustentan la decisión inicial del MTC para que aporte las pruebas adicionales que estime necesarias y la argumentación que le permita, dentro de un plazo de 15 días, demostrar que existe error en la determinación de los hechos o presupuestos de base de tal decisión inicial.

75. Solamente ante el pleno convencimiento al que llegue el Ministerio concedente en relación a los hechos o presupuestos de base del incumplimiento reiterado o de los indicios que sustentan la imposibilidad futura de cumplimiento, podrá tomar la decisión confirmatoria de no renovar el plazo de la concesión.

76. Por lógica razón, la zona de certeza positiva y el halo de incertidumbre estarán dados por incumplimientos leves y graves, debiendo proceder el organismo concedente en dichos casos a la renovación de la concesión dentro del margen de temporalidad que el contrato estipula (menos de cinco años).

**1.11 Naturaleza jurídica del informe de OSIPTEL: valoración del mismo para efectos de motivar la decisión de la renovación del plazo.**

77. La sección 4.03 (b) del contrato de los contratos de concesión establece que OSIPTEL, como parte del ejercicio de sus funciones y en el contexto del procedimiento de renovación del plazo de concesión, se encuentra obligado a emitir un dictamen con respecto del cumplimiento de las obligaciones enumeradas en dicha sección de los contratos. Adicionalmente, la sección 4.04 de los contratos de concesión señala que el MTC necesariamente tendrá que basarse en el informe de OSIPTEL, por lo que éste se constituye en parte sustancial de la motivación de la decisión a tomarse.

78. El ejercicio de la función administrativa no tiene – como es evidente – como única manifestación al acto administrativo. También puede manifestarse por medio de la actividad de colaboración técnico-jurídica, la cual tiene como expresión la emisión de absoluciones de consultas de los administrados o de otros órganos administrativos, la emisión de pareceres, informes, dictámenes, etc.

79. En lo que respecta a su naturaleza jurídica, el dictamen que emite OSIPTEL es estrictamente un acto de administración interna y no un acto administrativo, en la medida que es preparatorio de la decisión definitiva que le corresponde adoptar al órgano competente. Éste no necesariamente obliga al órgano que decidirá con respecto de la renovación de la concesión, ni está destinado a tener efectos directos sobre los derechos, obligaciones o intereses del solicitante, pero su importancia es sin duda incuestionable y el efecto que pudiera tener será siempre mediato.

80. Al respecto corresponde citar a MARIENHOFF quien, aún cuando se refiere a órganos consultivos y no precisamente a un ente regulador, precisa que:

*“Los órganos consultivos ‘no deciden’: sus funciones son únicamente de valoración técnica. Los dictámenes son actos internos de la Administración. De ahí que los actos “internos” de la Administración consultiva no sean ‘actos administrativos’, sino ‘actos de administración’.”<sup>47</sup>*

81. En esta misma dirección es oportuno puntualizar con LINARES que a pesar de tratarse de un acto de la administración, el Informe de Evaluación de OSIPTEL ha de seguir las pautas elementales que contiene la LGPA:

*“Como principio, ciertas reglas propias de los actos administrativos les son aplicables a los actos individuales de administración: competencia, formas esenciales, existencia del supuesto jurídico (causa) que invoca, objeto, finalidad. También las reglas de interpretación. En cuanto al “objeto” del acto, es de señalar que no puede imponer conducta imposible, notoriamente absurda, violatoria de normas jurídicas vigentes.”<sup>48</sup>*

82. Nótese que de conformidad con el literal (b) de la sección 4.03 del contrato OSIPTEL remite al mismo tiempo su informe al Ministerio concedente y a TdP. ¿Caben impugnaciones frente al contenido del informe? Por tratarse de un acto de administración ello no es concebible. Deben admitirse, sin embargo, comentarios del evaluado y ampliaciones y correcciones al informe remitido por el propio regulador como producto del diálogo con la empresa solicitante en aplicación de los principios de buena fe y predictibilidad y en atención a que los actos de la administración:

*“No se rigen por los principios de la cosa juzgada administrativa, ya que son alterables por el órgano autor.”<sup>49</sup>*

<sup>47</sup> MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Tercera Edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1988. p. 250

<sup>48</sup> LINARES, Juan Francisco. *Derecho administrativo*. 1ra. Reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2000, p. 260.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 259

83. Por otro lado, el contenido del informe de OSIPTEL no releva al MTC de motivar adecuadamente su decisión. Efectivamente no podría, sin caer en la arbitrariedad, el MTC dejar de lado el parecer jurídico y la valoración de los hechos que el informe del regulador contiene. Por el contrario, le brinda los elementos preparatorios, sustentados en su especialidad, para justificar la renovación o no renovación de la concesión. En caso de no tomar en cuenta el informe el MTC estaría, para todos los efectos, sustituyendo indebidamente su competencia material de órgano concedente por la del supervisor del servicio, trastocando la finalidad del reparto de atribuciones y la independencia de los órganos preservada por el principio de que *quien regula no concede y quien concede no regula*<sup>50</sup>.

84. Cabe señalar que el artículo 63° de la LPAG establece la prohibición de la renuncia de la competencia de los órganos administrativos<sup>51</sup> por lo que corresponderá al MTC valorar adecuadamente el informe del regulador para decidir y, en caso de dejar de lado alguna de sus conclusiones, motivar suficientemente su decisión antes de caer en la arbitrariedad.

## II. LA CONCESIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE TELECOMUNICACIONES EN LA REPÚBLICA DEL PERÚ

### 2.1 Marco normativo

85. En nuestro país el marco legal sobre la definición de servicio público de telecomunicaciones la brinda la Ley de Telecomunicaciones (D.S. No. 013-03-MTC), la misma que señala en su artículo 40°:

*Serán considerados servicios públicos de telecomunicaciones aquellos servicios declarados como tales en el Reglamento de esta ley, que estén a disposición del público en general y*

<sup>50</sup> DROMI señala que: "(...) no puede aceptarse que los órganos activos deban ceñirse estrictamente a los pareceres de los cuerpos consultivos porque estaríamos en presencia de la sustitución de la voluntad del órgano ejecutivo, con competencia para decidir, por la del órgano consultivo sin facultades decisorias, por lo cual sólo cabría aceptar que no se tomase una resolución contraria a la indicada en el dictamen". DROMI, Roberto. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Astrea, Buenos Aires, 1978, p. 351

<sup>51</sup> **Artículo 63°.-** Carácter inalienable de la competencia administrativa

63.1 *Es nulo todo acto administrativo o contrato que contemple la renuncia a la titularidad, o la abstención del ejercicio de las atribuciones conferidas a algún órgano administrativo.*



*cuya utilización se efectuó a cambio del pago de una contraprestación. (...)*

86. En el mismo sentido, el Reglamento desarrolla lo mencionado por la Ley, Decreto Supremo No. 06-94-TCC, el cual indica

*“Son servicios públicos aquellos cuyo uso está a disposición del público en general a cambio de una contraprestación tarifaria sin discriminación alguna, dentro de las posibilidades de oferta técnica que ofrecen los operadores.”*

87. En consecuencia, de acuerdo a la Ley y al Reglamento de éste sector un servicio público se caracteriza por los siguientes elementos:

- i) Se encuentre a disposición del público en general (es decir de todo aquel que lo solicite);
- ii) Se presta a cambio de una contraprestación tarifaria;
- iii) El supuesto general es que el servicio se ofrezca sin discriminación, y sólo se dejará de prestar al que lo solicite cuando las posibilidades de la oferta técnica de los operadores no lo permita.

88. Cabe agregar que la relevancia del servicio público de telecomunicaciones para el funcionamiento del sector es reconocido por la citada Ley, cuando señala en el artículo 42° que:

*“Los servicios públicos de telecomunicaciones tienen preeminencia sobre los servicios privados de telecomunicaciones”.*

89. De otro lado, en nuestro país para la prestación del servicio público de telecomunicaciones se requiere de una concesión otorgada sobre la base de la clasificación de servicios establecida en la mencionada Ley de Telecomunicaciones, siendo ésta norma en su artículo 47° la que define a la concesión:

*“Llámesse concesión al acto jurídico mediante el cual el Estado cede a una persona natural o jurídica la facultad de prestar un servicio portador, final o de difusión con carácter público. La concesión se perfecciona mediante contrato escrito de concesión aprobado por resolución del titular del sector.”<sup>52</sup>*

<sup>52</sup> Asimismo, mediante Decreto Supremo N° 009-01-TC se define a la concesión de servicio público en los siguientes términos: “Es la autorización que otorga el Estado a

## 2.2 Régimen jurídico y características de la concesión de servicios públicos

90. La celebración de un contrato de concesión de servicios públicos origina en el concesionario una serie de prerrogativas, obligaciones y garantías con la finalidad de permitirle prestar el servicio con calidad, regularidad y continuidad. En el caso específico de las obligaciones, ellas se encuentran enmarcadas en el contrato de concesión y las leyes vigentes.

91. Sobre los mencionados contratos, indicamos que en la cláusula 8 se detalla una lista de las obligaciones de la empresa concesionaria siendo alguna de ellas: prestar el servicio de manera continua, el cumplimiento de metas de expansión de la red pública y de teléfonos públicos en centros poblados, requisitos de calidad del servicio y metas de calidad, obligación de velar por el secreto de las telecomunicaciones y protección de datos, prestación del servicio público a los abonados y usuarios sin discriminación y con requisitos de asistencia mínima, entre muchos otros. Sin embargo, las obligaciones de los concesionarios se encuentran reguladas de manera supletoria por la ley aplicable<sup>53</sup> en

*los particulares para la prestación de un servicio público con sujeción a un contrato en el que se establece las obligaciones y derechos del concesionario. La concesión no significa transferencia de propiedad al concesionario. Este goza del objeto de la concesión por plazo determinado. Es regulado y fiscalizado por el concedente."*

<sup>53</sup> El Reglamento de Telecomunicaciones en su artículo 129°, detalla algunas obligaciones principales del concesionario:

1. Instalar, operar y administrar el servicio de acuerdo a los términos, condiciones y plazos previstos en el contrato de concesión.
2. Instalar la infraestructura que se requiera para la prestación del servicio que se otorga en concesión.
3. Prestar las garantías que aseguren el cumplimiento de sus obligaciones por la explotación del servicio, en la forma y montos señalados en el contrato de concesión.
4. **Prestar el servicio en forma ininterrumpida, salvo caso fortuito o fuerza mayor, en las que se dará preferencia a comunicaciones de emergencia.**
5. Otorgar las garantías que le exija el Ministerio para dar cumplimiento del contrato, de la Ley y del Reglamento, cuando le sean solicitadas.
6. Establecer una vía expeditiva para atender los reclamos de los usuarios en los términos y plazos que fije el OSIPTEL.
7. Pagar oportunamente los derechos, tasas, canon y demás obligaciones que origine la concesión.
8. Proporcionar al Ministerio y al OSIPTEL la información que éstos le soliciten, y en general brindar las facilidades para efectuar sus labores de inspección y verificación.
9. Adoptar las medidas necesarias para garantizar la inviolabilidad y el secreto de las telecomunicaciones
10. **Informar a OSIPTEL de cualquier cambio o modificación referente a acuerdos con el usuario, condiciones de interconexión o modificaciones de tarifas.**

nuestro país, la cual brinda el marco general que tiene por finalidad lograr un funcionamiento eficiente de este sector.

92. Ahora bien, las obligaciones contraídas por el concesionario, luego de beneficiado con el acto concesional, pueden clasificarse en obligaciones principales y accesorias o adjetivas. Dentro de las obligaciones principales se encuentra el gestionar el servicio de telecomunicaciones bajo un régimen de Derecho Público, dentro de los plazos previstos, de manera regular, continúa y con calidad para todos los usuarios del servicio, y en general con sujeción a las cláusulas del contrato de concesión. En ese sentido, señala Gladys Vásquez :

*"...las obligaciones principales del contratista se contraen a tres situaciones: a) la realización del objeto contractual; b) que este se lleve a cabo dentro del plazo previsto, y c) que se ejecute acorde con las especificaciones y estipulaciones determinadas por la Administración en el pliego de condiciones, en el contrato y en las directrices establecidas para la ejecución del mismo<sup>54</sup>."*

93. Las obligaciones accesorias aunque no se encuentran necesariamente en el contrato y no coadyuvan de manera directa a la realización del objeto, colaboran en el cumplimiento de la finalidad por lo cual pueden ser impuestas por el contrato o por la ley para garantizar la debida prestación del servicio. Un supuesto de obligación accesoria es aquella que tiene el concesionario de conservar el patrimonio de su empresa, puesto que éste se constituye en garantía de continuidad del servicio.

### III. LA RELEVANCIA DEL CONTRATO-LEY PARA EFECTOS DE LA RENOVACIÓN

#### 3.1 Garantías y seguridades contenidas en los contratos-ley

94. Los contratos-ley son fórmulas constitucionalmente contractuales a través de las cuáles el Estado puede otorgar a un particular

11. Hacer de conocimiento de los interesados la información sobre descuentos a los comercializadores y/o a otros concesionarios, proporcionando dicha información al Ministerio y al OSIPTEL cuando se lo soliciten.

12. Las demás que se establezcan en el contrato de concesión o en los Reglamentos respectivos"

<sup>54</sup> VÁSQUEZ FRANCO, Gladys. *La concesión administrativa de servicio público*. Bogotá, Temis, 1991. p. 114.

determinadas seguridades jurídicas. Ello supone reconocerles a tales fórmulas un estatuto jurídico particular y anticipado que hace inalterables los pactos convenidos en el momento del contrato y aplicables a ellos reglas especiales que se deriven de las garantías y seguridades convenidas. En ese sentido, aún cuando fueren modificadas dichas reglas en lo general, esto es, por acto del Estado durante la vigencia del contrato, al contratante no le será aplicable tal modificación<sup>55</sup>.

95. El artículo 62° de nuestra Constitución Política de 1993 le da carácter constitucional a esta figura señalando que:

*“mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente”.*

96. Por otro lado, el artículo 1357° del Código Civil prevé que:

*“por ley, sustentada en razones de interés social, nacional o público, pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato”.*

97. Como puede desprenderse de las normas señaladas, el artículo 1357° del Código Civil sirvió de base a la posterior consagración constitucional de los contratos-ley. No obstante, es a partir de la Constitución de 1993 que se admite la posibilidad de establecer esta figura en todas las actividades económicas en que se pueda desenvolver la actividad privada<sup>56</sup>. Es decir, que la Constitución establece un marco de protección al inversionista dentro de un contexto en el que el Estado comienza a cumplir un rol subsidiario, mediante un proceso complejo de privatización y desregulación normativa. En suma, el régimen económico que establece la Constitución presupone que el Estado debe ocupar un puesto de suplencia en aquellas actividades que puedan efectuar los particulares<sup>57</sup>.

<sup>55</sup> PINILLA CISNEROS, Antonio. *Los contratos-ley en la legislación peruana*. Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, Lima, 1999. Véase: ZEGARRA VALDIVIA, Diego. *El contrato ley*. Gaceta Jurídica Editores, 1997

<sup>56</sup> KRESALJA R. Baldo. “El rol del Estado y la gestión de los servicios públicos”. En: *Themis*, N° 39, p.27.

<sup>57</sup> KRESALJA R. Baldo. “La reserva de actividades económicas a favor del Estado y el régimen de monopolios en las Constituciones de 1979 y 1993”. En: *Ius et Veritas* N° 22, pp. 272-306.

98. Es dentro de este contexto normativo y económico que se dicta –en relación al servicio público de telefonía- la Ley N° 26285, Ley de desmonopolización progresiva de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de Telefonía Fija Local y de Servicios de Portadores de Larga Distancia. Como se ha señalado, el artículo 3°<sup>58</sup> de esta norma autoriza la celebración de contratos-ley a efectos de la concesión de la prestación de los servicios públicos de telefonía. Así pues, los contratos de concesión son contratos-ley. Sin embargo, resulta necesario detallar qué implicancias trae consigo esta determinación, aparte de la imposibilidad de modificación legislativa de los contratos-ley (el referido “blindaje constitucional”). En este caso el Estado –como se ha adelantado- en ejercicio del *ius imperium*, se obliga a no modificar los términos contractuales por ley a efectos de brindar seguridad jurídica a los particulares, limitando las atribuciones que al Estado le corresponden en función del *ius variandi*.

99. Recientemente, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado de manera contundente en esta materia. Mediante sentencia de 3 de octubre de 2003 (Expediente N° 005-2003-AI/TC) los magistrados constitucionales han puntualizado en el fundamento N° 35 lo siguiente<sup>59</sup>:

*“En ese orden de ideas, este Tribunal precisa que no sólo gozan de inmodificabilidad las cláusulas que compongan el contrato-ley, cuando así se acuerde, sino también el estatuto jurídico particular fijado para su suscripción. Es decir, tanto la legislación a cuyo amparo se suscribe el contrato-ley, como las cláusulas de este último.*

*Ello es producto de una interpretación sistemática de los dos párrafos del artículo 62° de la Constitución. Por un lado, de conformidad con la primera parte de dicho precepto constitucional, y no sólo respecto a los términos contractuales que contenga el contrato-ley, sino, en general, para todo término contractual, éstos “no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase”.*

*Por otro lado, y en lo que se refiere únicamente a los contratos-leyes, la legislación a cuyo amparo éste se suscribe, “no puede ser modificada legislativamente” como lo prescribe la última parte del artículo 62° de la Constitución. Dicho de*

<sup>58</sup> **Artículo 3.-** Los contratos de concesión que celebre el Estado para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones tienen el carácter de contrato-ley.

<sup>59</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del 3 de octubre de 2003.  
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/0005-2003-AI.html>

*otro modo; aunque el legislador pueda modificar el régimen legal de suscripción de un contrato-ley, tal modificación no alcanza a quienes, con anterioridad a ella, hubieran suscrito dicho contrato-ley”.*

### **3.1.1 Naturaleza y características de los contratos-ley**

100. En lo que concierne al carácter de estos contratos, el artículo 39° del Decreto Legislativo N° 757 señala que:

*“los convenios de estabilidad jurídica se celebran al amparo del artículo 1357° del Código Civil y tienen la calidad de contratos con fuerza de Ley, de manera que no pueden ser modificados o dejados sin efecto unilateralmente por el Estado. Tales contratos tienen carácter civil y no administrativo, y sólo podrán modificarse o dejarse sin efecto por acuerdo entre las partes”.*

101. Se trata de figuras legales que aún cuando pertenecen al Derecho Público y nacen de normas públicas, se regulan en su ejecución inter partes por el Derecho Civil. Debe tenerse en cuenta que en opinión de los juristas peruanos que han escrito específicamente sobre la materia como CISNEROS PINILLA y ZEGARRA VALDIVIA, los contratos-ley son de carácter mixto pues su autorización, preparación, celebración y control están regidos por normas de Derecho Administrativo, en tanto que su ejecución y cumplimiento en relación a las partes que lo suscriben lo están por el Derecho Civil<sup>60</sup>.

### **3.1.2 Alcances y contenido de los contratos-ley**

102. A propósito de la demanda de inconstitucionalidad planteada ante el Tribunal Constitucional contra la Ley N° 25285 -Ley de Desmonopolización Progresiva de los Servicios de Telefonía Fija Local y Portadores de Larga Distancia- se suscitó la discusión sobre los alcances admisibles de los contratos-ley en el marco constitucional vigente. Al respecto, el Supremo intérprete de la Constitución analizó la interpretación restrictiva que planteaban los demandantes en dicha acción conducente a limitar el ámbito de los contratos-ley únicamente a

<sup>60</sup> ZEGARRA VALDIVIA, Diego. *El contrato ley*. Ob. cit., 1997, p. 165. PINILLA CISNEROS, Antonio. *Los contratos-ley en la legislación peruana*. Ob. cit., pp. 139-140. Asimismo, el administrativista Jorge Danós Ordoñez coincide con esta tesis de contrato híbrido que comparte tanto elementos del derecho administrativo como elementos del derecho civil en el prólogo de la obra de Zegarra Valdivia.

seguridades jurídicas, tributarias o laborales, excluyendo otro tipo de contenidos de los contratos de concesión de servicios públicos. Ante ello, dice textualmente la sentencia:

*"El Tribunal Constitucional no comparte una interpretación restrictiva sobre el contenido del contrato-ley, como el que exponen los demandante. Por un lado, porque el segundo párrafo del artículo 62° de la Constitución establece que "mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades", sin establecer qué tipo de garantías y-seguridades son las que se pueden brindar. Y, de otro, porque en la práctica una aseveración como la que expresan los demandantes, lejos de optimizar que se cumpla el telos de la institución del contrato-ley, lo termina desnaturalizando."<sup>61</sup>*

103. Concluyendo a continuación:

*"De manera que, en abstracto, no existe una limitación para que el Estado, mediante el contrato-ley, sólo extienda las garantías que se derivan de sus suscripción al ámbito tributario o jurídico. Puede perfectamente extenderse, dentro de los límites que la Constitución y la ley fijen, a todas las cláusulas contractuales, en aquellos casos en los que el contrato-ley constituya un contrato administrativo, precisamente con el objeto de que, con posterioridad a su suscripción, el Estado no invoque la existencia de una cláusula exorbitante y se desvincule de los términos contractuales pactados".<sup>62</sup>*

104. Un caso a considerarse en materia de contratos-ley en nuestro país está sustentado en el artículo 3°<sup>63</sup> de la Ley N° 26285, que ha sido objeto del reciente pronunciamiento de los jueces constitucionales que se comenta. Dicha ley autoriza expresamente la celebración de contratos-ley a efectos de la concesión de la prestación de los servicios públicos de telefonía como la que en el presente TdP solicita renovar. Es del caso destacar que, en términos generales, la habilitación para brindar un servicio público está contenida en un contrato

<sup>61</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del 3 de octubre de 2003. Fundamento N° 34

<sup>62</sup> Ibidem

<sup>63</sup> Artículo 3.- Los contratos de concesión que celebre el Estado para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones tienen el carácter de contrato-ley.

administrativo, al decir de MAREINHOFF<sup>64</sup>; sustentado en una licitación pública<sup>65</sup>, que autoriza al concesionario a gestionar el servicio domiciliario por su cuenta y riesgo para recibir una compensación, establecida en una tarifa, en retribución de consumo que hacen de tal servicio los usuarios. Por ello PARADA<sup>66</sup> prefiere considerarlos como contratos de gestión de servicios, en tanto que ARIÑO ORTIZ hace un interesante deslinde entre el servicio público propiamente y la gestión económica del mismo<sup>67</sup>.

105. Nuevamente, la Sentencia del Tribunal Constitucional del 3 de octubre es particularmente ilustrativa al considerar que la aparición de los contratos-ley:

*“... y posterior desarrollo, ha estado básicamente vinculado con la promoción de las inversiones privadas. Mediante el contrato-ley, en efecto, los Estados han previsto fórmulas contractuales mediante las cuales se ha otorgado a los co-contractantes ámbitos de seguridad jurídica, a fin de favorecer la inversión privada dentro de sus economías. Esas garantías y seguridades, por cierto, varían de país a país e, incluso, en función de la actividad económica en cuyo sector se busca promover la inversión privada.”<sup>68</sup>*

106. Precizando el Tribunal que:

*“Por su propia naturaleza, a través del contrato-ley, el Estado busca atraer inversiones privadas (de capital) a fin de que promuevan aquellas actividades que el Estado considera que vienen siendo insuficientemente desarrolladas, de acuerdo con los planes y objetivos que se pueda haber trazado en el diseño de la política económica del Estado. Tienen como contenido propiciar un marco de seguridad a los inversionistas no sólo en asuntos privados de la*

<sup>64</sup> MAREINHOFF; Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. Abeledo Perrot. Tomo III, p. 577. Buenos Aires: 1970

<sup>65</sup> Véase DROMI, Roberto. *Derecho Telefónico*. Ob. cit.

<sup>66</sup> PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo. Parte General*. Mariano Pons. Pp. 420-421. Barcelona: 1998

<sup>67</sup> Véase ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. Fundación de Estudios de Regulación. Granada: 2001. pp. 501-502

<sup>68</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del 3 de octubre de 2003. Fundamento 32 segundo párrafo



*administración, sino, también, en el prestación de actividades de derecho público.*<sup>69</sup>

107. Concluye el mismo Tribunal de constitucionalidad del Perú que:

*“Una interpretación de la institución en los términos antes indicados se aviene con el telos de la inserción del contrato-ley a nivel constitucional. En efecto, si como antes se ha indicado, la aparición y consagración normativa del contrato-ley está vinculada con la promoción de las inversiones privadas en las economías nacionales, dentro de un esquema en el que se ofrezca a los inversionistas seguridades, entonces, no es constitucionalmente adecuado que se realice una interpretación de los alcances de la institución que, antes de optimizarla, le reste operatividad.”<sup>70</sup>*

### **3.2 El significado de la expresión “el carácter civil y no administrativo” de ciertos contratos-ley**

108. En general los contratos-ley han sido objeto de análisis doctrinario y pronunciamiento jurisprudencial en relación a la obligación del Estado contratante, consistente en no modificar los términos contractuales pactados o no aplicar a la vida del contrato las normas posteriores que en abstracto lo modificarían. Sin embargo, el contrato-ley puede y suele implicar también para el Estado obligaciones referidas al marco legal aplicable a su ejecución y a la competencia predeterminada para la solución de controversias. Así, una característica añadida al blindaje constitucional que garantiza la inmodificación de los contratos se ubica en el carácter civil y no administrativo que el artículo 39° del Decreto Legislativo N° 757 pretende otorgarles. Ello se ve ratificado por el artículo 26° inciso 1) del Decreto Supremo N° 162-92-EF que con precisión puntualiza que los “*convenios de estabilidad jurídica*” (la modalidad reglamentada en nuestro país de contratos-ley) tienen las siguientes características (inciso a):

*“son contratos de derecho civil, por lo cual se rigen por disposiciones del Código Civil”.*

<sup>69</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del 3 de octubre de 2003. Fundamento 34 tercer párrafo

<sup>70</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del 3 de octubre de 2003. Fundamento 34 último párrafo

109. Lo anterior resulta particularmente relevante al caso del contrato de concesión que se analiza en la presente consulta toda vez que por mandato de la Ley N° 26285, que autoriza la suscripción del contrato entre el Estado peruano y TdP, se declara que éste tiene la categoría de contrato-ley regido por las normas del Código Civil (artículo 3° de la Ley N° 26285).

110. La doctrina ha señalado en esta materia el fenómeno de "huida del Derecho Administrativo" que acompaña a los procesos de gestión de servicios públicos en manos privadas. Baste reconocer -como queda confirmado en la presente consulta- la validez relativa de tal afirmación en relación a la sujeción del contrato-ley a las normas del Derecho Público en toda la etapa de gestación, hasta la expresión de voluntad del Estado, que se regulan dentro del marco autoritativo que les da nacimiento.

111. ¿Qué debemos entender entonces por esta consagración legal de la naturaleza civil y no administrativa del contrato de concesión y la aplicación a éste de las normas del Código Civil? Nuevamente a nuestro juicio es menester remitirse a la norma madre del artículo 62° de la Constitución para encontrar que la finalidad primordial de este tipo de contrato está constituida por la necesidad del Estado de establecer garantías y otorgar seguridades. De aquí se sigue que -además del referido blindaje inmodificatorio- la Administración puede ofrecer el someter la ejecución del contrato a las reglas del Código Civil en lo que respecta a la relación, en pie de igualdad, de las partes contratantes.

112. Esto último supone, nuevamente, la posibilidad que el Estado, en ejercicio del *ius imperium*, decida ponerse en la contratación al mismo nivel que los privados, se despoje de sus potestades exorbitantes y someta la ejecución de los contratos en relación con el concesionario a las reglas que establece el Código Civil en las que por definición prevalece la igualdad entre las partes y la autonomía de la voluntad (artículos 1356° y 1361°)<sup>71</sup>.

<sup>71</sup> **Artículo 1356°.-** Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas.

**Artículo 1361°.-** Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a las voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.

### 3.3 Aplicación del principio de la buena fe contractual y las reglas de interpretación de los contratos

113. Esto último lleva a concebir como esencial las reglas del Código Civil y su aplicación a la relación de la Administración con el concesionario, como resultado de la ejecución del contrato; en virtud del artículo 1362° que a la letra prescribe:

*“Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.”*

114. Ésta es la esencia de la remisión al Código Civil, lo que supone que, en la hipótesis concreta de la solicitud de renovación gradual del contrato de concesión la Administración (el MTC) y el regulador (OSIPTEL) deben cumplir sus funciones, llevar a cabo los procedimientos y adoptar actos administrativos de manera compatible con las reglas de la buena fe y la común intención de las partes. Dicho artículo, por lo demás, ha de concordarse con el artículo 168° del mismo Código que, en relación a la interpretación del acto jurídico postura que éste:

*“debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe.”*

115. Comentando estos dispositivos del Código Civil DE LA PUENTE Y LAVALLE ha escrito en relación a la buena fe objetiva que equipara a la buena fe lealtad:

*“La buena fe aplicable a la etapa de ejecución de la relación obligatoria nacida del contrato tiene como contenido cumplir con lealtad las obligaciones impuestas por dicha relación. En consecuencia la responsabilidad aplicable a quien no actúa de buena fe es la correspondiente a la inejecución de las obligaciones.”<sup>72</sup>*

116. Acercándose a nuestro caso, TORRES VASQUEZ llega a admitir – sin necesidad de contrato-ley de por medio- que:

*“La buena fe preside no solamente la interpretación del acto jurídico, sino también su negociación, celebración y ejecución,”*

<sup>72</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General*. Tomo I, Lima, Palestra, 2001, p. 383

*o sea que gobierna la conducta de las partes desde antes de que nazca el acto jurídico hasta su extensión y abarca no solamente al actor jurídico privado, sino también al **acto público o administrativo**" (resaltado añadido)<sup>73</sup>*

117. Efectivamente, la LPAG en su artículo 1.8 consagra en el campo del procedimiento administrativo que sustenta la emisión de actos administrativos (como lo es la decisión sobre la solicitud de renovación gradual del contrato de concesión), el principio de la buena fe. Adicionalmente cabe destacar que este autor considera que el principio de la buena fe tiene tal importancia y jerarquía que debe estar regulado más bien como principio general del derecho en el Título Preliminar del Código Civil, lo que -en su caso- lo convertiría en aplicable directamente a la solución de controversias del contrato de concesión en sede arbitral al amparo de la sección 21.04.

118. En este orden de ideas, las reglas de interpretación sistemática (artículo 169<sup>74</sup>) y finalista (artículo 170<sup>75</sup>) tienen singular relevancia en la ejecución de los contratos de concesión en la medida en que imponen (la primera) la interpretación válida de las cláusulas del contrato en función "del sentido que resulte del conjunto de todas" y "unas por medio de las otras"; así como la primacía del entendimiento más adecuado o la naturaleza y objeto del contrato (la segunda) para dilucidar las dudas que presenten ante expresiones que tengan varios sentidos. Todo ello obliga a la recíproca lealtad de las partes para alcanzar la finalidad del contrato de concesión en relación al servicio público de telecomunicaciones en el Perú y a la decisión de admitir o no admitir la solicitud de la empresa concesionaria para la renovación gradual del contrato que -conforme a su cláusula 4- debe sustentarse en el Informe de cumplimiento de OSIPTEL.

### 3.4 Sometimiento a la jurisdicción arbitral

119. Como ha quedado señalado, una de las garantías y seguridades que suele concederse a través de los contratos-ley es la de someter las

<sup>73</sup> TORRES VASQUEZ, Aníbal. *Código Civil*. Lima, IDEMSA, Bogotá, Temis, 2002, p. 172

<sup>74</sup> **Artículo 169°.-** Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.

<sup>75</sup> **Artículo 170°.-** Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto.

controversias que de ellos se deriven al arbitraje<sup>76</sup>. En el contexto actual, la jurisdicción arbitral para la solución de controversias derivadas de la ejecución de contratos suscritos por el Estado se encuentra plenamente concebida en el artículo 62° de la constitución y generalizada tanto en los contratos-ley en su especie más común los contratos de estabilidad jurídica, cuanto en la contratación estatal para la adquisición de bienes y servicios del Estado por mandato en este último caso de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado que ha impuesto el arbitraje obligatorio.

120. En el caso concreto del contrato de concesión, el arbitraje se encuentra expresamente contenido y desarrollado en la cláusula 3<sup>77</sup>, en la que las partes conviene solucionar sus controversias por medio de acuerdos amistosos y, de no ser ello posible, en el proceso conciliatorio, recurriendo al arbitraje en el Centro Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. Se establece que en el proceso arbitral se aplica en cuanto al fondo, la ley peruana, y en cuanto al procedimiento, el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), habiendo las partes renunciado expresamente al derecho de apelación (sección 3.05)<sup>78</sup>.

<sup>76</sup> Ha sido tradicional en el Derecho Administrativo buscar la autotutela mediante el sometimiento de controversias a los tribunales especializados o comunes. Tanto que en el pasado, la distinción entre los contratos administrativos y los contratos civiles suscritos por el Estado ha estado referida al sometimiento de éstos a tribunales administrativos o a tribunales ordinarios.

<sup>77</sup> **Sección 3.01:** Sometimiento. Cualquier controversia que surja de o en conexión con este CONTRATO, su interpretación o ejecución, incluyendo cualquier aspecto relativo a su existencia, validez o terminación, será resuelto amistosamente por las partes y en caso estas partes no llegaran a un acuerdo satisfactorio en el proceso de conciliar, la o las materias en controversia serán finalmente resueltas mediante arbitraje administrado por la Cámara de Comercio de Lima.

Ambas partes convienen en que el procedimiento arbitral no será iniciado o este no prosperará, para las controversias relativas a una materia o en relación a un asunto que pueda estar o está pendiente de solución conforme a los procedimientos que este mismo contrato establece.

<sup>78</sup> En relación con el arbitraje, se admite que en América Latina la cultura arbitral viene ganando terreno, especialmente como resultado de cambios legislativos en la región y los convenios suscritos que sustituyen la doctrina Calvo por la protección a las inversiones. Véase GRIGERA NAÓN, Horacio A. *Recent Trends Regarding Commercial Arbitration in Latin America*, documento presentado durante la Primera Conferencia Anual de Arbitraje Internacional en América Latina (Miami 15-17 de enero de 2003). En particular, respecto al arbitraje internacional en el marco del CIADI y los convenios bilaterales de promoción y protección de inversiones (conocidos por sus siglas en inglés BITS), cabe destacar que hasta la década de los 80s el volumen de casos litigados era bastante modesto. En el presente existen más de cien casos que están registrados en el CIADI para ser resueltos, 35% de los cuales incluyen a países latinoamericanos, la mayoría de los cuales se derivan de los convenios bilaterales de

121. Al establecer el contrato la aplicación de la ley nacional para el arbitraje se produce una remisión concreta al Código Civil como marco regulatorio de la ejecución contractual en virtud de las normas antes citadas que califican al contrato de concesión como contrato-ley y, asimismo, aquellas que establece que éstos tienen carácter civil y no administrativo, lo que releva de mayores comentarios al respecto.

122. Atendiendo al desarrollo anterior y tomando en consideración lo expuesto sobre la renovación del contrato, el procedimiento que la rige, el informe de cumplimiento que al efecto debe emitir OSIPTEL y la remisión a las reglas del Código Civil para regular la relación inter partes del contrato de concesión, se arriba a las siguientes conclusiones.

### CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** Los contratos de concesión del servicio público de telecomunicaciones en el Perú son de naturaleza compleja. Intervienen en ellos tres partes claramente definidas: el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, como concedente, en representación del Estado; la empresa Telefónica del Perú S.A.A., como concesionaria del servicio que solicita la renovación gradual de la concesión; y OSIPTEL, como ente regulador, que en el marco de esta solicitud está obligado a emitir un informe de evaluación del cumplimiento de las obligaciones del de concesionario a la luz de lo dispuesto por la cláusula 4 del contrato.

**SEGUNDA.-** El contrato de concesión prevé en la sección 4.03 una metodología especial a través de la cual se establece un procedimiento administrativo a seguir para hacer efectivo el derecho de la empresa concesionaria a una prórroga de la concesión por 5 años. Este consiste en:

- **Solicitud de renovación**, optando el concesionario entre la renovación total o la gradual;
- **Informe de evaluación** de cumplimiento emitido por OSIPTEL enviado por igual a la empresa solicitante y al Ministerio concedente;

---

inversión. Cfr. VINUESA, Raúl Emilio. *Bilateral investment treaties and the settlement of investment disputes under ICSID: the Latin American experience*, documento presentado en la citada primera conferencia anual de arbitraje internacional en América Latina. Este mismo texto es útil para conocer sobre la manera en que las decisiones arbitrales, en el marco del CIADI, han interpretado las violaciones a los contratos como violaciones a las garantías a la inversión. Véase VINUESA, Raúl Emilio. Ob. cit.

- **Audiencia pública** en la cual el concesionario, OSIPTEL y las personas con interés legítimo que hayan presentado comentarios u objeciones por escrito tienen derecho a ser escuchadas si su aporte es considerado relevante por el Ministerio concedente; y la emisión de un
- **Acto administrativo** mediante el cual se exprese la decisión de **concesión o denegatoria** de la renovación en función de la ponderación del cumplimiento de obligaciones del concesionario, sustentando en el informe del regulador y en los resultados de la audiencia pública.

**TERCERA.-** En la aplicación de este procedimiento administrativo se hace necesario distinguir la naturaleza jurídica de: el procedimiento establecido en el contrato; el informe de evaluación; las informaciones adicionales que se obtengan fuera del ámbito evaluatorio del regulador; los resultados de la audiencia pública y, finalmente, la definición del acto a través del cual la administración exprese su decisión final. A estos efectos se impone hacer compatibles los principios y disposiciones de orden administrativo con las normas aplicables a la relación inter partes provenientes de la ejecución e interpretación contractual del Código Civil.

**CUARTA.-** La decisión de renovación gradual del contrato de concesión a ser adoptada por la autoridad administrativa (MTC) es un acto administrativo con todas las características señaladas en la Ley del Procedimiento Administrativo General. En tal virtud, tal decisión está sometida a los estrictos requerimientos de motivación aplicables a los actos administrativos. Constituye asimismo un acto reglado y no discrecional, pues no contiene opiniones múltiples, todas ellas indistintamente válidas, en lo que respecta a admitir o no la solicitud de la empresa concesionaria; cupiéndole únicamente discrecionalidad en la eventualidad prevista en la sección (ii) de la cláusula 4.04 (a), esto es, si la empresa hubiera incumplido sus obligaciones en un grado tal que no justifique la denegatoria de la concesión en cuanto al plazo de renovación.

**QUINTA.-** En el ámbito del acto reglado dentro del cual el Ministerio concedente debe reconocer o no el derecho de la empresa concesionaria a la renovación; éste al momento de tomar su decisión debe considerar:

- a) Que el procedimiento a aplicarse y las normas que enmarcan la decisión, contenidas, en la cláusula 4 del contrato, regulan exclusivamente el supuesto de renovación de la concesión de manera autosuficiente. Consecuentemente no es admisible que en este marco se

considere la remisión a o la aplicación de supuestos diferentes como los de modificación, terminación o resolución del contrato regidos por la cláusula 17 de éste.

- b) El marco de las reglas estrictas el acto mediante el cual el Ministerio concedente decide sobre la renovación obliga a la utilización de un criterio indeterminado, el cumplimiento de las obligaciones contractuales, cuya calificación corresponde hacerse sobre la base de la evaluación que a tal efecto realice el regulador.

Para la utilización del mencionado criterio indeterminado (el cumplimiento de las obligaciones contractuales) la doctrina admite grados y zonas de mayor o menor certidumbre para la toma de decisiones de los actos reglados. A este efecto, la sección 4.04 del contrato de concesión faculta a:

- Renovar por cinco años el plazo de la concesión si considera que la empresa concesionaria hubiera cumplido con las obligaciones del contrato de conformidad con lo establecido en el Informe de Evaluación emitido por OSIPTEL, entendiéndose por ello el cumplimiento substancial de las obligaciones contractuales con prescindencia de lo meramente adjetivo.
- Regular la extensión del plazo a conceder, por debajo del máximo de cinco años, en función del mérito que el MTC le otorgue al Informe de Evaluación emitido por OSIPTEL en relación al cumplimiento de las obligaciones del concesionario.
- No renovar el plazo, denegando la solicitud, debido al incumplimiento reiterado de sus obligaciones contractuales o a la existencia de suficientes indicios de que no podrá cumplirlas en el futuro lo que, a su vez, permite a la empresa presentar descargos antes de la decisión definitiva en sede administrativa.

**SEXTA.-** Como condición de la decisión de tal acto reglado el contrato exige un Informe de Evaluación de cumplimiento emitido por el regulador (OSIPTEL). Dicho informe tiene la naturaleza de acto de la administración realizado por el regulador para contribuir a la toma de la decisión reglada por parte del MTC. En este contexto, aunque el contrato no lo define como documento vinculante, tiene especial significación en la motivación del acto de renovación y en la apreciación de los elementos fácticos que establece el artículo 5 de la LPAG y el propio literal (a) de la sección 4.04 del contrato de concesión, por lo que el MTC no podría prescindir de su contenido sin caer en la arbitrariedad.



**SÉTIMA.**- El informe de Evaluación del regulador, a pesar de ser un acto de administración, debe respetar los elementos básicos que la ley prevé para el acto administrativo y puede estar sujeto a comentarios y solicitudes de ampliación, aclaración o modificación a ser admitidas por OSIPTEL por cuanto estos actos de administración no se rigen por las reglas de la cosa juzgada administrativa o decisión firme de la administración. Adicionalmente a este criterio doctrinario, las reglas de la buena fe procedimental y contractual, unidas al principio administrativo de predictibilidad presentan base suficiente para abrir espacio a la interacción entre el regulador y la empresa concesionaria que contribuya a la mayor legitimación del informe de evaluación a que se contrae la sección (b) de la cláusula 4.03 del contrato.

En el marco de la ejecución del contrato, corresponde a OSIPTEL llevar a cabo la evaluación de cumplimiento de las obligaciones asumidas por TdP conforme al contrato de concesión de conformidad con los siguientes rubros:

- i) Ha cumplido con sus obligaciones establecidas en las cláusulas 6, 8 y 9 del contrato.
- ii) Ha cumplido con las reglas de competencia establecidas en la cláusula 10 del contrato.
- iii) Ha cumplido con las reglas de competencia establecidas en la cláusula 11 del contrato.
- iv) Ha cumplido con los mandatos y reglamentos que han sido debidamente emitidos por OSIPTEL; y,
- v) Ha prestado sus servicios públicos de telecomunicaciones y llevado sus negocios conforme a las leyes del Perú.

**OCTAVA.**- En cuanto al contenido del Informe y su elaboración es admisible, conforme al contrato y al régimen público en el que OSIPTEL desempeña sus funciones, que el regulador lo elabore sobre la base de la información por él generada o recibida a tal efecto, llevando a cabo con criterio técnico la evaluación del cumplimiento que exige la sección 4.03 del contrato con respecto a todos y cada uno de los rubros puntualizados del (i) al (v) en la sección (b) de dicha cláusula. Dada la naturaleza y características del Informe de Evaluación de cumplimiento de las obligaciones del contrato, en aplicación del principio de legalidad de estirpe fundamentalmente administrativa y del principio de la buena fe de clara raigambre civilista, éste debe tener en consideración los siguientes criterios que se encuentran perfectamente enmarcados dentro del contrato y el artículo 19 del Reglamento de OSIPTEL:

- Las metas alcanzadas en la prestación del servicio público en el período de evaluación a través de datos de cumplimiento objetivo en función de la esencia del servicio público concesionado (regularidad, continuidad, obligatoriedad y acceso universal).
- Las metas alcanzadas en función del principio de igualdad de acceso y equidad, en particular con relación al FITEL y las actividades de telefonía rural.
- Los incumplimientos incurridos por la empresa concesionaria clasificados en función de las obligaciones mínimas y ordinarias que le corresponde:
  - El marco constitucional y legal general, con mención expresa de la fuente que genera la información.
  - El servicio de telefonía propiamente dicho en cuanto atañe a la naturaleza de servicio público que se brinda a través de una red y sus requisitos de expansión (requisitos mínimos).
  - El pago de derechos, tasas y canon por parte de TdP.
  - El arrendamiento de líneas y servicios locales.
  - La interrupción de las operaciones y las obligaciones que de allí se deriven.
  - Cumplimiento de obligaciones en caso de emergencia o crisis.
  - Instalación de teléfonos públicos (requisito mínimo)
  - Requisitos de calidad de servicio (requisitos mínimos)
  - Procedimiento de calidad de servicio, inspección y requisitos de control en función de las atribuciones del regulador.
  - Secreto de las telecomunicaciones y protección de datos.
  - Asistencia a abonados y usuarios.
  - Cooperación con otras empresas prestadoras de servicios públicos de telecomunicaciones.
  - Cumplimiento de requisitos contables.
  - Archivo y requisitos de información.
  - Régimen tarifario y su regulación
  - Cumplimiento de las reglas de interconexión con servicios portador y finales, así como numeración.
  - Reglas de competencia (prohibición de prácticas monopólicas, evitamiento de trato discriminatorio, suministro de equipo terminar de manera independiente, supervisión y cumplimiento.
  - Cumplimiento de mandatos y reglamentos emitidos por OSIPTEL.

**NOVENA.-** Adicionalmente el Informe de cumplimiento del contrato debería aplicar transversalmente los siguientes criterios de presentación de la información y evaluación de la data:

- Considerar como incumplimiento únicamente aquellos que han sido objeto de decisión firme en sede administrativa o, en su caso, en sede judicial. Todo lo que no se enmarque dentro de estos criterios debe ser claramente señalado como pendiente de solución.
- Presentar cada incumplimiento contextualizado, esto es, indicando en lo posible la representatividad de éstos (que deben constituir una verdadera excepción) en el universo de los cumplimientos, en función de la objetividad de la evaluación en el marco de las reglas de razonabilidad, proporcionalidad y buena fe en la ejecución e interpretación de los contratos.
- Determinar la magnitud, incidencia e impacto del incumplimiento en el universo de referencia y en el ámbito del contexto en el que tal incumplimiento se produce.
- Señalar las causales eximentes de responsabilidad del concesionario, de ser el caso.

Concluir, al amparo de la más moderna doctrina de ejecución de los contratos, el balance del cumplimiento versus los incumplimientos detectados presentando el desempeño sustancial (*substantial compliance*) del evaluado a luz del cumplimiento del contrato y distinguiendo entre las obligaciones sustantivas y las adjetivas en aplicación del criterio de interpretación finalista consagrado en el artículo 170° del Código Civil.

**DÉCIMA.-** Sin embargo, el rubro de la evaluación de cumplimiento relacionado con la conducción de negocios conforme a las leyes del Perú estipulado en el apartado (v) del literal (b) de la sección 4.03 del contrato de concesión merece especial atención. Al respecto es perfectamente concebible que OSIPTEL cumpla con este propósito en el ámbito de la diligencia en el cumplimiento de los deberes de función, a condición de que interprete restrictivamente su papel para limitarse a evaluar únicamente aquello que cabe en el marco de su competencia conforme a ley. Incumplimientos de materias fuera de su competencia (la legislación tributaria, bancaria, laboral, penal o municipal) no podrían ser evaluados por el regulador sin infringir los marcos competenciales de las instituciones públicas.

**UNDÉCIMA.-** Ante la pregunta de si el cumplimiento o incumplimiento de las leyes generales del Perú en la conducción de negocios de la empresa concesionaria debe ser siquiera recopilado –sin evaluación por parte de OSIPTEL por carecer de competencia en la materia– e incorporado al informe, consideramos que ello resulta admisible en

ejercicio diligente de los deberes de función del ente regulador a condición de que se distinga en un Anexo al Informe que debe mantener en su cuerpo los aspectos puramente evaluativos.

La información contenida en el Anexo debería:

- Ser puesta en conocimiento de la concesionaria en atención al principio de la buena fe aplicable en sede administrativa y en el ámbito contractual y al principio de predictibilidad de los procedimientos y actos administrativos.
- Interpretarse en relación a las informaciones, comentarios y hasta objeciones a la solicitud de renovación tiene también ámbito de recepción en la audiencia pública que el MTC está obligado a realizar en cumplimiento de el literal (c) de la sección 4.03 del contrato, ocasión en la que el MTC deberá recibir por escrito los comentarios y objeciones para evaluar su relevancia y concederles el derecho de ser escuchados y de ser registrada su información en el acta de dicha sesión.

**DUODÉCIMA.-** Al haber sido legalmente concebidos los contratos de concesión bajo el amparo del régimen de un contrato-ley, sustentado en el artículo 62° de la Constitución, el Estado ha admitido, en ejercicio del *ius imperium*, conceder garantía y brindar seguridades que se contraen a:

- Consagrar un régimen de inmodificación contractual, salvo acuerdo entre las partes o el ejercicio de facultades prevista en el contrato.
- Despojarse el Estado de potestades exorbitantes clásicas del Derecho Público para contratar en pie de igualdad con los particulares y admitir la vigencia de normas del Derecho Civil en la relación inter partes, que se desenvuelve como resultado de la ejecución del contrato.
- Someterse a un marco de solución de controversias en etapa conciliatoria o en sede arbitral nacional con expresa renuncia al derecho de apelación.

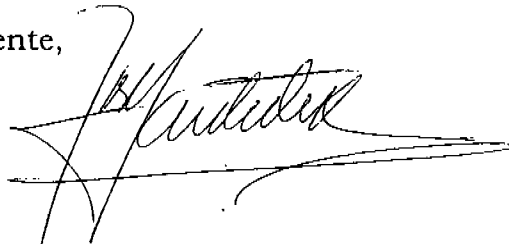
**DÉCIMO TERCERA.-** La elaboración técnica del informe de evaluación debe llevarla a cabo OSIPTEL en ejercicio de las funciones que le compete como ente regulador en el marco de la buena fe contractual y administrativa y el principio de la predictibilidad. En este orden de ideas:

- El sometimiento de la ejecución y evaluación de cumplimiento del contrato de concesión a las reglas del Código Civil resulta compatible y encuentran puntos de coincidencia con los principios aplicables a los actos y procedimientos administrativos –como los que están involucrados en la solicitud de renovación gradual del plazo de la concesión- en cuanto éstos se someten al principio de legalidad, debida motivación de las decisiones y a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad que sustentan la protección del administrado frente a la administración.
- Desconocer la vigencia de los principios contenidos en el 1362° del Código Civil y de los criterios de interpretación contractual de los artículos 168°, 169° y 170° de este cuerpo de leyes, por apegar a las autoridades a un criterio puramente administrativista y publicista, resultaría contrario al contrato de concesión, a las leyes que regulan los contratos de estabilidad jurídica y al artículo 62° de la Constitución.
- Por lo demás, el hecho de que similares principios estén contenidos en los artículos 1.8 y 1.15 de la Ley del Procedimiento Administrativo General establece el ámbito de confluencia a favor del administrado y de la legitimidad de las decisiones de la administración que al efecto ha de tomarse en cuenta.

Finalmente, el suscrito deja constancia de su agradecimiento por sus valiosos aportes al equipo de interno del Estudio, a la doctora Mayte Remy Castagnola, socia, y a la doctora Carola Bustamante Rosales, abogada asistente; así como al doctor Mario Linares Jara, consultor interno especializado en Derecho Administrativo, convocado especialmente para la absolución de la presente consulta.

Sin otro particular, quedamos a su disposición a efectos de aclarar o desarrollar cualquiera de los aspectos a que se contrae el presente informe junto con el agradecimiento por la confianza depositada.

Atentamente,



**JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA**  
Registro CAL N° 4732