

# La Liberalización incompleta en el Perú: viabilidad jurídica de implementar un régimen autorizatorio para la prestación de Servicios Públicos de Telecomunicaciones

Carlos Baldeón Miranda\*

«Todas las teorías son legítimas y ninguna tiene importancia.  
Lo que importa es lo que se hace con ellas».  
Jorge Luis Borges

## SUMILLA

En el presente trabajo, se analiza el proceso de liberalización de las telecomunicaciones en el Perú y las razones por las cuales se ha mantenido la figura de la concesión para la prestación de Servicios Públicos. En ese sentido, se evalúa la posibilidad de instaurar un régimen de autorizaciones, sobre la base de lo dispuesto por nuestro ordenamiento jurídico y las tendencias que imperan a nivel internacional.

## I. Planteamiento del tema

En el año 1998, se inició el proceso de liberalización de las telecomunicaciones en el Perú, bajo determinados fundamentos que promovían la apertura del mercado hacia la competencia y la atracción de nuevos operadores al sector. Sin embargo, habiendo transcurrido más de una década, nuestro ordenamiento jurídico vigente mantiene el esquema concesional en la prestación de Servicios Públicos de Telecomunicaciones, propio de una economía cerrada y de un sistema de titularidad pública.

El presente trabajo tiene por objeto determinar la viabilidad de instaurar un régimen de autorizaciones para la prestación de Servicios Públicos de Telecomunicaciones, a partir del análisis sistemático de diversas fuentes de derecho reconocidas por el ordenamiento jurídico peruano y observando la experiencia internacional en materia de regulación económica y habilitación administrativa.

## II. Breves apuntes en torno al Servicio Público

La doctrina nacional e internacional ha realizado valiosas reflexiones en relación al estudio de la teoría del Servicio Público, de modo que resultaría un despropósito exponer sus principales fundamentos para los fines del presente trabajo. No obstante ello, consideramos necesario efectuar algunas precisiones de manera preliminar al desarrollo de las ideas que plantearemos en esta oportunidad.

En primer lugar, debemos resaltar que no existe un concepto unitario, sistemático e integral de aquello que se entiende por "Servicio Público". Como bien apunta Rodrigo FERRÉS, las realidades políticas y económicas de cada país, y las particularidades de cada ordenamiento jurídico, influyen en su estructura y desarrollo<sup>1</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, existen diversas notas definidoras que son comunes en la versión más tradicional<sup>2</sup> de

\* Bachiller en Derecho por la Universidad de Lima, con experiencia profesional en Derecho Administrativo y Regulación. Contratado en el Estudio Benites, Forno & Ugaz Abogados. Asistente de Cátedra de los cursos de Derecho Administrativo I y Contratación Pública, en la Universidad de Lima. Ganador del Concurso de Artículos organizado por el CDA.

<sup>1</sup> FERRÉS RUBIO, Rodrigo. *Hacia un nuevo concepto de servicio público: Liberalización y competencia*. En: Libro Homenaje a Daniel Hugo Martins. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008. p. 344

<sup>2</sup> Debemos resaltar que se trata de las notas definidoras del concepto «tradicional» del servicio público, ya que el contenido de dicha teoría varía en función del tiempo y del contexto en el que es adoptada. Por lo tanto, estamos ante un concepto mutable.

la teoría del Servicio Público. Entre las principales notas definitorias se encuentran las siguientes: (i) Actividad administrativa de prestación; (ii) Sujeción a un régimen de Derecho Público; (iii) Actividad esencial; (iv) Prestación regular; (v) Prestación al público; y, (vi) “Exclusividad *regalística*”.

Respecto de esta última característica, la teoría más tradicional del Servicio Público, sostiene que el Estado es el titular de la actividad o servicio que sea declarado como tal. Ese acto de declaración ha sido denominado por José Luis Villar Palasí como “*publicatio*”, lo cual implica que una actividad ha quedado incorporada al quehacer del Estado y excluida, por tanto, de la esfera de actuación de los particulares sin el previo otorgamiento de una concesión. Dicha declaración solo podría llevarse a cabo por una Ley formal, toda vez que implica la negación de una de las libertades económicas más reiteradas del Siglo XIX: la libertad de industria, representada en la actualidad por la libertad de empresa<sup>3</sup>.

Asimismo, el desarrollo de dicha teoría ha dado lugar al surgimiento de diversos principios rectores, entre los cuales destaca el *principio de adaptabilidad*, según el cual los Servicios Públicos están llamados a evolucionar en función de las necesidades sociales y de la apreciación que tengan las autoridades públicas sobre las mismas<sup>4</sup>. En ese sentido, dicho principio resulta de vital importancia, en la medida que otorga cierta flexibilidad para modificar eventualmente los fundamentos tradicionales del Servicio Público, siempre que ello permita la adaptación de su contenido hacia los nuevos requerimientos de la sociedad.

### III. La regulación del Servicio Público en el Perú

De acuerdo con el artículo 58° de la Constitución Política del Perú, la regla general es que las actividades económicas en el Perú se ejerzan bajo la iniciativa privada y en un régimen de Economía Social de Mercado<sup>5</sup>. Ello quiere decir que se reconoce

a la empresa privada el derecho de intervenir en actividades económicas de preferente interés social y será el Estado quien se encargue de orientar que dicha intervención, no solo se realice eficientemente en el sector que corresponda, sino que respete los fines sociales inherentes al servicio público.

Asimismo, el artículo 60° de nuestra Constitución alude al denominado *principio de subsidiaridad*, según el cual el Estado solo participará de la actividad empresarial en aquellas actividades que no sean gestionadas por los agentes del mercado. En ese sentido, se afirma que el referido principio constituye un límite a la intervención del Estado, en la medida que no le corresponde distraer esfuerzos en aquellas áreas donde los particulares puedan desarrollarlas con mayor éxito<sup>6</sup>.

En síntesis, se puede afirmar que el régimen económico de nuestra actual Constitución descansa en el convencimiento de que la libre competencia es quien debe asumir la función de impulsar el desarrollo económico en un régimen de Economía Social de Mercado, en aras de disminuir la burocracia estatal<sup>7</sup>. Asimismo, si bien el Estado se encuentra obligado a estimular la creación de riqueza, éste no debe asumir un rol protagonista en la prestación de Servicios Públicos, ni debe intervenir directamente en la economía, toda vez que se espera que la iniciativa privada sea la principal responsable de la actividad económica del país<sup>8</sup>.

A partir de una revisión de las normas de nuestro ordenamiento jurídico vigente, podemos concluir que ningún dispositivo legal se ocupa de desarrollar un concepto uniforme de Servicio Público para todos los sectores económicos en los que es aplicable. Sin perjuicio de ello, en la sentencia recaída en el Expediente N° 00034-2004-PI/TC, el Tribunal Constitucional ha desarrollado una serie de elementos que permiten identificar a un servicio como “*público*”, los cuales exponemos a continuación:

- La naturaleza esencial para la comunidad.

<sup>3</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *El concepto tradicional del servicio público*. En: Principios del Derecho Público Económico. Lima: ARA Editores, 2004. p. 555.

<sup>4</sup> PONTIER, Jean Marie. *Les service publics*. París: Hachette, 1996. pp. 90-91.

<sup>5</sup> La Economía Social de Mercado se basa en dos principios del liberalismo económico: el individualismo que postula la libertad del hombre y el principio de que la competencia es el instrumento rector en la economía. En ese sentido, el mercado se organiza de manera consciente bajo un sistema de reglas o instituciones, con un objetivo determinado sin desconocer que la libertad es la que rige las decisiones económicas. Ver: CLAPHAM, Ronald. *La economía social de mercado como sistema político*. En: Economía Social de Mercado. Coloquio Peruano – Alemán. pp. 56 y ss.

<sup>6</sup> PEREZ HUALDE, Alejandro. *El concesionario de servicios públicos privatizados*. Buenos Aires: Depalma, 1997. pp. 8-9.

<sup>7</sup> KRESALJA ROSELLÓ, Baldo. *La reserva de actividades económicas a favor del Estado y el régimen de los monopolios en las Constituciones de 1979 y 1993*. En: *Ius Et Veritas*, No. 22. p. 276.

<sup>8</sup> PARODI, Carlos. *El Estado regulador en el Perú*. En: Apuntes, N° 40. Lima, 1997. p. 52.

- La necesaria continuidad de su prestación en el tiempo.
- Su naturaleza regular; es decir, que debe mantener un estándar mínimo de calidad.
- La necesidad de que su acceso se dé en condiciones de igualdad.

Sobre la base de lo desarrollado con anterioridad, abordaremos el marco normativo de las telecomunicaciones en el Perú, para determinar las características de los Servicios Públicos en dicho sector.

#### IV. Marco normativo de las telecomunicaciones en el Perú

##### 4.1. Clasificación de los servicios de telecomunicaciones

En atención a la utilización y la naturaleza del servicio, la Ley de Telecomunicaciones<sup>9</sup> realiza la siguiente clasificación<sup>10</sup>:

###### a) Servicios Públicos

Se trata de aquellos servicios que cumplen las siguientes características: (i) que hayan sido declarados como tales en el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones<sup>11</sup>; (ii) que se encuentren a disposición del público en general; y, (iii) cuya utilización implique el pago de una contraprestación<sup>12</sup>.

###### b) Servicios privados

Se trata de aquellos servicios que han sido establecidos por una persona natural o jurídica

para satisfacer sus propias necesidades de comunicación, dentro del territorio nacional<sup>13</sup>.

###### c) Servicios privados de interés público

Son aquellos denominados “servicios de radiodifusión” y que incluyen emisiones sonoras y de televisión<sup>14</sup>.

Adicionalmente, la Ley de Telecomunicaciones también ha realizado la siguiente clasificación<sup>15</sup> de los servicios de telecomunicaciones atendiendo a la tecnología utilizada: (i) Servicios Portadores<sup>16</sup>; (ii) Servicios Finales<sup>17</sup>; (iii) Servicios de Difusión<sup>18</sup>; y, (iv) Servicios de Valor Añadido<sup>19</sup>.

##### 4.2. Títulos habilitantes de acceso al mercado

###### a) Concesión

En términos generales, se suele afirmar que la concesión administrativa tiene una naturaleza mixta. En efecto, podría ser considerada un acto administrativo, en la medida que constituye un acto unilateral de poder público; así como también podría considerarse un contrato administrativo, debido a que la emisión del acto administrativo que otorga la buena pro, requiere necesariamente de la suscripción de un contrato entre el Estado y la empresa privada, en el cual se contraen derechos y obligaciones recíprocas de carácter económico.

Asimismo, según la doctrina italiana, existen dos tipos de concesiones: i) las “traslativas”, que transfieren a su titular el ejercicio de facultades que son propias de la Administración Pública, tanto

<sup>9</sup> Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 013-93-TCC.

<sup>10</sup> Artículo 9° de la Ley de Telecomunicaciones.

<sup>11</sup> Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 020-2007-MTC.

<sup>12</sup> Artículo 40° de la Ley de Telecomunicaciones.

<sup>13</sup> Artículo 41° de la Ley de Telecomunicaciones.

<sup>14</sup> Artículo 43° de la Ley de Telecomunicaciones.

<sup>15</sup> Artículo 8° de la Ley de Telecomunicaciones.

<sup>16</sup> Son aquellos que proporcionan la capacidad necesaria para el transporte de señales que permiten la prestación de Servicios Finales, Servicios de Difusión y Servicios de Valor Añadido. Estos servicios requieren de concesión expresa para su ejercicio (Artículo 10°, Ley de Telecomunicaciones).

<sup>17</sup> Son aquellos que proporcionan la capacidad completa que hace posible la comunicación entre usuarios. Forman parte de los Servicios Finales, entre otros, los siguientes: (i) servicio telefónica fijo y móvil; (ii) servicio télex; (iii) servicio telegráfico; (iv) servicios de radiocomunicación: radioaficionados, fijo, móvil y busca personas. (Artículo 13°, Ley de Telecomunicaciones).

<sup>18</sup> Se trata de aquellos donde la comunicación se realiza en un solo sentido, hacia varios puntos de recepción. Entre los principales servicios de difusión, se consideran a los siguientes: (i) Servicio de radiodifusión sonora; (ii) Servicio de radiodifusión de televisión; (iii) Servicio de distribución de radiodifusión por cable; y, (iv) Servicio de circuito cerrado de televisión. (Artículo 20°, Ley de Telecomunicaciones).

<sup>19</sup> Son aquellos servicios que, utilizando como soporte a los Servicios Portadores, Finales o de Difusión, añaden alguna característica o facilidad al servicio que les sirve de base. Para la prestación de estos servicios, se requiere la inscripción de la empresa prestadora en el Registro Especial que ha implementado el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) para los fines correspondientes (Artículos 29° y 31°, Ley de Telecomunicaciones).

en la gestión del servicio como en la utilización del dominio público; y, ii) las “constitutivas”, que crean nuevos derechos o facultades a favor de los particulares<sup>20</sup>. Consideramos que, en el caso peruano, la concesión administrativa presenta ambos caracteres, en la medida que al encargar la gestión del servicio a un particular, el Estado crea derechos *ex novo* a favor de éste.

Ahora bien, conviene resaltar el arraigo de la técnica concesional hacia el servicio público. Cuando el Estado decide declarar una actividad como Servicio Público, debe optar por algún mecanismo de gestión, ya sea de forma directa o indirecta. Cuando recurre a la segunda de ellas, el Estado “concede” un derecho que no es preexistente al administrado, el mismo que le permite gestionar el servicio bajo determinadas condiciones establecidas en las normas de Derecho Público. Siendo ello así, la concesión constituye un título habilitante de naturaleza discrecional y se sustenta en un otorgamiento graciable, en la medida que es el propio Estado quien delegará la gestión del servicio a un tercero, a partir de ciertas valoraciones que rebasan a los requisitos previstos objetivamente en las normas, tales como el interés público, la disponibilidad de recursos escasos como el espectro radioeléctrico, entre otros.

En el Perú, la concesión posee una naturaleza mixta, toda vez que la concesión es otorgada mediante una declaración unilateral de poder público y que se formaliza con la celebración de un contrato. Sobre este dispositivo, y en general, sobre la actividad que realiza el concesionario, el Estado ejerce intensos poderes de control, a través de la actividad fiscalizadora y supervisora de las entidades públicas competentes. En el caso específico de las telecomunicaciones, los siguientes servicios requieren el otorgamiento de una concesión administrativa: (i) los Servicios Portadores<sup>21</sup>; (ii) los Servicios Finales de carácter “público”<sup>22</sup>; y, (iii) los Servicios Difusión de carácter “público”<sup>23</sup>. Quiere decir entonces que, para la prestación de Servicios Públicos de telecomunicaciones, se requiere el otorgamiento

de una concesión por parte del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC)<sup>24</sup>.

De otro lado, debemos afirmar que la concesión es de carácter temporal. El término puede ser indefinido o limitado a través de un plazo concesional, pero en ningún caso la gestión puede ser perpetua, en la medida que ello supondría una transmisión de la titularidad del Servicio Público, que tradicionalmente constituye una competencia pública y por lo tanto, es intransferible<sup>25</sup>. En esa misma línea, de acuerdo a la Ley de Telecomunicaciones, las concesiones para Servicios Públicos serán otorgadas por veinte años, renovables, según los términos que se establezcan en el contrato de concesión<sup>26</sup>.

#### b) Autorización

La autorización ha sido concebida tradicionalmente como una técnica de “policía administrativa”, la misma que consiste en la potestad del Estado de ejecutar restricciones y limitaciones sobre los derechos de los administrados, en atención al interés público. En virtud del poder de policía, la Administración Pública regula, dicta normas reglamentarias, inspecciona, vigila, controla, prohíbe y sanciona<sup>27</sup>. Así las cosas, el Estado despliega su labor de policía administrativa, a efectos de verificar que se cumplan las condiciones bajo las cuales fueron otorgadas dichas autorizaciones y que se observen las normas aplicables.

Con relación a su naturaleza jurídica, la doctrina afirma que la autorización constituye un acto administrativo de efectos declarativos y no constitutivos, toda vez que el derecho de llevar a cabo determinada actividad no se genera a partir del otorgamiento de la autorización, sino que es propio del sujeto con anterioridad a ello. En efecto, la autorización simplemente declara la conformidad de acuerdo con la Ley, previa verificación administrativa del cumplimiento de los requisitos para realizar determinada actividad y de la legitimidad en el ejercicio del derecho

<sup>20</sup> GARRILLO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Vol. I. 13ª Edición. Madrid: Tecnos, 2002. pp. 569-570.

<sup>21</sup> Artículo 10° de la Ley de Telecomunicaciones.

<sup>22</sup> Artículo 14° de la Ley de Telecomunicaciones.

<sup>23</sup> Artículo 22° de la Ley de Telecomunicaciones.

<sup>24</sup> El artículo 47° de la Ley de Telecomunicaciones define a la concesión como el «acto jurídico mediante el cual el Estado concede a una persona natural o jurídica la facultad de prestar Servicios Públicos de telecomunicaciones».

<sup>25</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Régimen jurídico tradicional del servicio público*. En: Principios del Derecho Público Económico. Lima: ARA Editores, 2004. p. 599.

<sup>26</sup> Artículo 56° de la Ley de Telecomunicaciones.

<sup>27</sup> REBOLLO, Luis Martín. *Sobre el nuevo concepto de servicio público en Europa y sus posibles implicaciones futuras*. En: Revista de Administración Pública. N° 287. Madrid, 2002. p. 358.

preexistente que se haya proyectado para determinados efectos<sup>28</sup>.

Siendo ello así, existe una gran diferencia entre las autorizaciones y las concesiones. La autorización es declarativa de derecho, mientras la concesión es constitutiva; la autorización es de naturaleza reglada<sup>29</sup> y la concesión de naturaleza discrecional; la intervención administrativa en la autorización se agota en su otorgamiento, mientras que en la concesión, la Administración Pública ostenta poderes continuados y permanentes de vigilancia, así como de dirección sobre el concesionario<sup>30</sup>. Otra diferencia entre ambas técnicas, radica en el tipo de dispositivo legal sobre el cual se concretizan; mientras que la concesión se formaliza en un contrato, la autorización es un acto administrativo que se plasma en un documento de carácter estatutario.

En el caso específico de nuestra legislación en telecomunicaciones, se requiere obtener una autorización<sup>31</sup> para la prestación de los siguientes servicios: (i) servicios finales de carácter "privado"<sup>32</sup>; servicios de difusión de carácter "privado"<sup>33</sup>; y, servicios de radiodifusión<sup>34</sup>. Asimismo, con relación a la temporalidad, la doctrina señala que ésta puede sujetarse a límites temporales, siempre que se disponga un plazo suficiente para realizar la actividad<sup>35</sup>. En ese sentido, las autorizaciones tendrán un plazo máximo de diez años para los servicios de radiodifusión, renovables automáticamente por igual período a solicitud del interesado; y cinco años para los servicios privados, renovables a solicitud del interesado<sup>36</sup>.

#### c) Licencias y permisos

Las licencias y permisos son habilitaciones accesorias a las autorizaciones se otorgan para la

prestación de un servicio determinado. La licencia es entendida como la facultad que otorga el Estado a personas naturales o jurídicas para operar un servicio de radiocomunicación autorizado<sup>37</sup>; mientras que el permiso habilita a su titular la instalación de equipos de radiocomunicación en un lugar determinado<sup>38</sup>.

## V. La liberalización incompleta de las telecomunicaciones

Durante los años noventa, el Estado cumplió un rol protagonista en la economía peruana, gestionando los Servicios Públicos de telecomunicaciones en Lima y provincias a través de sus empresas CPT y Entel Perú S.A., respectivamente. Dicho escenario no solo acontecía en nuestro país, ya que antes del fenómeno privatizador, en la mayoría de países de América Latina operaban empresas monopólicas verticalmente integradas; vale decir, las empresas que prestaban servicios de telefonía local, larga distancia nacional y larga distancia internacional, prestaban además servicios portadores y en algunos casos, servicios de telefonía móvil<sup>39</sup>.

Una vez que el Estado vendió parte de las acciones que tenía en las empresas CPT y Entel Perú S.A. a Telefónica Internacional de España, se publicó el Decreto Supremo N° 11-94-TCC<sup>40</sup>, el mismo que aprobó los contratos de concesión a celebrarse con Entel Perú S.A. y CPT para la prestación de servicios portadores y telefónicos locales y de larga distancia. A través de un proceso de concentración empresarial y de un posterior cambio de denominación, Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante, "Telefónica") resultó ser la empresa concesionaria encargada de la prestación de dichos servicios.

Telefónica se encontró con un desarrollo incipiente del sector de las telecomunicaciones, con

<sup>28</sup> MARTÍNEZ LOPEZ-MUÑIZ, José Luis. *La regulación económica en España*. En: El nuevo servicio público. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 237.

<sup>29</sup> MANZANEDO MATEOS, José Antonio. *El comercio exterior en el ordenamiento administrativo español*. Madrid: IEAL, 1968. p. 389.

<sup>30</sup> FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel. *Elementos autorizatorios y concesionales en los títulos habilitantes (Evolución del modelo comunitario de acceso al mercado de las telecomunicaciones)*. En: Revista de Administración Pública, N° 160. 2003, p. 103.

<sup>31</sup> Según el artículo 48° de la Ley de Telecomunicaciones, la autorización es «la facultad que otorga el Estado a las personas naturales o jurídicas para establecer un servicio de telecomunicaciones, que no requiera de concesión para instalar y operar equipos de radiocomunicaciones. Corresponde al [MTC] otorgar estas autorizaciones».

<sup>32</sup> Artículo 14° de la Ley de Telecomunicaciones.

<sup>33</sup> Artículo 22° de la Ley de Telecomunicaciones.

<sup>34</sup> Artículo 22° de la Ley de Telecomunicaciones.

<sup>35</sup> LAGUNA DE PLAZ, José Carlos. *La autorización administrativa*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006. p. 79.

<sup>36</sup> Artículo 56° de la Ley de Telecomunicaciones.

<sup>37</sup> Artículo 50° de la Ley de Telecomunicaciones.

<sup>38</sup> Artículo 49° de la Ley de Telecomunicaciones.

<sup>39</sup> OSIPTEL. *Procesos de Privatización y Apertura de las Telecomunicaciones en América Latina. Una Análisis Comparativo*. Informe N° 001-GRP/2003. Gerencia de Políticas Regulatorias y Planeamiento Estratégico –OSIPTEL. Lima, 2003. p. 4.

<sup>40</sup> Publicado el 15 de mayo de 1994.

indicadores que eran deplorables, a comparación de otros países de la región. Además de la necesidad de modernización, existía escasa credibilidad sobre las garantías previstas para los retornos de la inversión privada. Es por esa razón que mediante la Ley N° 26285<sup>41</sup>, se estableció que “los contratos de concesión que celebre el Estado para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones [tendrían] el carácter de contrato-ley”<sup>42</sup>, así como también se otorgó un período de concurrencia limitada de cinco (05) años<sup>43</sup> en el sector para que Telefónica cumpla las principales metas trazadas, en torno al desarrollo tecnológico del sector y a la implementación de mejoras a la red existente.

Siendo ello así, podemos afirmar que la instauración de un régimen de concesiones -durante el período de concurrencia limitada- fue muy acertada y se debió principalmente a las siguientes consideraciones:

- El Estado requería controlar la actuación de Telefónica en el sector de las telecomunicaciones, la cual gozó temporalmente de la exclusividad en la prestación de los servicios portadores, de telefonía local y larga distancia nacional e internacional.
- La concesión se formalizó con la celebración de un contrato, lo cual constituyó una garantía a favor del inversionista, al estipularse obligaciones para ambas partes y al someterse las controversias a un arbitraje<sup>44</sup>.
- La crisis económica y la ausencia de institucionalidad en el poder público durante los años noventa, obligó al Estado a garantizar el mantenimiento de las condiciones pactadas con Telefónica; por ello se otorgó el carácter de “contrato ley” al contrato de concesión, que impediría el uso del *ius imperium*.

Luego de finalizado el período de concurrencia limitada a favor de Telefónica, correspondía iniciar el proceso de apertura del sector de las telecomunicaciones hacia un régimen de libre competencia. En efecto, de acuerdo con los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones del Perú<sup>45</sup> (en adelante, lo “Lineamientos de Apertura”), se iniciaría la siguiente fase del proceso de reestructuración del sector en el Perú, la misma que consistiría

en introducir la competencia en los servicios de telecomunicaciones. Dicha norma incluyó políticas regulatorias específicas sobre diversos aspectos, así como disposiciones que buscaron promover el ingreso de nuevos operadores al sector.

Sin embargo, han transcurrido casi doce años desde la publicación de los Lineamientos de Apertura y el régimen concesional aún sigue vigente para la prestación de Servicios Públicos de telecomunicaciones, pese a que actualmente ya se ha conformado un mercado de telecomunicaciones en nuestro país -con operadores en diversos segmentos que actúan en base a la libre competencia- y se han superado las deficiencias iniciales en materia de infraestructura. Es evidente que el año 2012 presenta un escenario más alentador respecto al desarrollo de las telecomunicaciones, en comparación al de los años noventa.

En la actualidad no solo ya no permanecen los problemas tecnológicos del sector, sino que las necesidades de las empresas operadoras son distintas. Evidentemente, éstas no requieren la celebración de contratos de concesión, ni mucho menos que se les brinde garantías como los “contratos leyes”. Nuestro contexto político y económico es estable, y no parecen existir indicios de expropiación o de conductas antijurídicas por parte de la Administración Pública en desmedro de los derechos del inversionista privado. De la misma manera, la administración de justicia en manos del arbitraje, resulta ser una decisión acertada que favorece el clima de inversiones.

Consideramos entonces, que no existen razones técnicas, económicas ni legales para seguir manteniendo a la concesión como título habilitante para la prestación de Servicios Públicos de telecomunicaciones. Por el contrario, para que exista una verdadera “liberalización” del sector, debe optarse por una técnica distinta que preserve los fundamentos del servicio público. Y es que los elementos esenciales de la concesión administrativa no comulgan con las metas de todo proceso de liberalización, como la promoción de la iniciativa privada y la libre competencia.

Como señalamos anteriormente, la concesión no implica un derecho preexistente de las personas,

<sup>41</sup> Publicada el 24 de enero de 1994.

<sup>42</sup> Artículo 3° de la Ley N° 26285.

<sup>43</sup> Finalmente se redujeron a cuatro años.

<sup>44</sup> Ver: Sección 3.01 de la Cláusula 3, Parte III del Contrato de Concesión celebrado por Telefónica del Perú S.A. con el Estado Peruano.

<sup>45</sup> Norma aprobada por Decreto Supremo N° 020-98-MTC y publicada el 05 de agosto de 1998.



sino un derecho de carácter constitutivo, en la medida que es el Estado quien establece ese derecho. Al mantener el esquema clásico de la concesión, no podría hablarse de iniciativa privada en la prestación de Servicios Públicos de telecomunicaciones, debido a que ese derecho recién se constituiría al otorgarse dicho título habilitante. Es por esa razón que el proceso de liberalización de las telecomunicaciones se encuentra entrampado y sus metas no se han cumplido.

## VI. Viabilidad jurídica de un régimen autorizatorio

### 6.1. Nuevas tendencias del Servicio Público

En el numeral II hemos mencionado algunos alcances sobre la teoría tradicional del servicio público. Como suele suceder en toda teoría, su contenido es muchas veces cuestionado, modificado y actualizado con el paso del tiempo. La teoría del “nuevo servicio público” presenta nuevos postulados, que intentan explicar la necesidad de un cambio en los modelos regulatorios tradicionalmente empleados con relación a los títulos habilitantes para acceder al mercado.

El concepto tradicional del Servicio Público está cambiando. La crisis del Estado de Bienestar, los procesos de integración económica (globalización), la promoción de la libre competencia, entre otros factores, han generado que dicho concepto “tradicional” entre en proceso de revisión. Ciertamente, frente al viejo concepto del servicio público –nacido en Francia bajo los aportes de Duguit, Hauriou, entre otros- que reservaba la titularidad estatal de ciertas actividades prestacionales, surge un nuevo modelo de Estado que busca poner a la “iniciativa privada” como centro de la sociedad y de las actividades aun asumidas por el Estado<sup>46</sup>.

Se suele afirmar que entre las principales causas que impulsaron el cambio de concepto de Servicio Público, se encuentran las siguientes: (i) el vertiginoso avance tecnológico; (ii) la imposibilidad de los Estados de poder cumplir con eficiencia todas las actividades esenciales para la colectividad; (iii) la primacía de la libertad de empresa como fundamento de la libre competencia; (iv) la caída

de los monopolios; y, (v) la consolidación del Principio de Subsidiariedad como sustento del nuevo modelo de Estado. Sobre la base de lo anterior, los procesos de liberalización económica y el nuevo sentido de la regulación serían los pilares fundamentales del nuevo concepto de servicio público<sup>47</sup>.

Sobre el particular, ARIÑO ORTIZ explica las principales características del “nuevo servicio público” de la siguiente manera:

*“(...) la esencia del cambio en el concepto y régimen del servicio público, consiste en el paso de un sistema de titularidad pública sobre la actividad, concesiones cerradas, derechos de exclusiva, obligación de suministro, precios administrativamente fijados, carácter temporal (con reversión/rescate en todo caso) y regulación total de la actividad (...) a un sistema abierto, presidido por la libertad de empresa, esto es, **libertad de entrada (previa autorización reglada)**, con determinadas obligaciones o cargas de servicio público (...) en régimen de competencia abierta”<sup>48</sup>. (Énfasis agregado).*

A partir de lo anterior, la teoría del “nuevo servicio público” ya no supone la titularidad pública de una actividad, en la medida que ésta se sujeta a la libre iniciativa privada, donde la empresa encargada de la prestación del servicio mantiene determinadas obligaciones propias del Servicio Público. Ahora bien, ello no significa que el Estado deje de supervisar y/o fiscalizar la actividad de iniciativa privada; ahora continuará regulando desde una perspectiva distinta, sobre todo cuando surjan las fallas del mercado, en lo que se ha denominado la “nueva regulación para la competencia”<sup>49</sup>.

De otro lado, según esta nueva teoría, cualquier operador que reúna los requisitos, tendrá derecho a construir, explotar, comprar y/o vender las instalaciones necesarias para la actividad que requiera realizar. Evidentemente, “será requisito para ello la obtención de una autorización administrativa, pero ésta tendrá carácter reglado y se limitará al control de las condiciones técnicas, económicas (...) que el ordenamiento fije”<sup>50</sup>. En virtud de ello, la nueva teoría propone dejar de lado a las concesiones administrativas, propias del

<sup>46</sup> FERRÉS RUBIO, Rodrigo. Op. Cit. p.1.

<sup>47</sup> *Ibíd.*, p.11.

<sup>48</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar y LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, Lucía. *Nuevo servicio público y regulación económica*. En: Principios de Derecho Público Económico. Lima: ARA Editores, 2004. p.622.

<sup>49</sup> FERRÉS RUBIO, Rodrigo. Op. Cit. p.13.

<sup>50</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar y LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, Lucía. Op. Cit. p.625.

régimen tradicional del Servicio Público, para dar paso a la autorización administrativa, como acto reglado de la Administración Pública.

En el caso particular de las telecomunicaciones, los principales fundamentos de la teoría del “nuevo servicio público”, han servido como sustento para llevar a cabo el proceso de liberalización de dicha actividad en los principales países de la Unión Europea. Sobre el particular, se consideró que, una vez desplegada la red básica, el mantenimiento de prerrogativas monopolísticas deja de tener sentido, y por lo tanto, obtener un mejor y más barato servicio requería la apertura del mercado hacia la competencia<sup>51</sup>.

Otro aspecto fundamental que fue considerado por la Unión Europea, fue el fenómeno de la “convergencia”<sup>52</sup> de las telecomunicaciones. Según las políticas europeas, dicho concepto permite la prestación de un gran número de servicios nuevos, cuyo potencial no puede ser explotado sobre la base de la organización tradicional del ordenamiento jurídico en materia de telecomunicaciones. En ese sentido, ésta sería la principal razón para efectuar cambios legislativos que permitan una adecuada apertura de la industria, que logre explotar este potencial, estimulando la creación de un gran mercado abierto y dinámico<sup>53</sup>.

Mediante las nuevas políticas de liberalización de las telecomunicaciones, se consideró necesario un cambio en las técnicas de intervención administrativa, abandonando la actividad de servicio público para regresar a la originaria actividad de policía y creándose el novedoso instituto del “servicio de interés general”<sup>54</sup>. Un claro ejemplo de ello se produjo en España, con la adopción de la Ley 32/2003, Ley General de Telecomunicaciones<sup>55</sup>,

donde se confirma el “interés general” de los servicios de telecomunicaciones<sup>56</sup> y se exige únicamente la notificación a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para el inicio de actividades, dejándose de lado a las autorizaciones y licencias previstas en la antigua Ley 11/1998<sup>57</sup>.

En ese sentido, frente al fenómeno internacional de la convergencia de las telecomunicaciones y a la luz del proceso de liberalización iniciado en nuestro país en el año 1998, ¿Qué cambios legislativos se han introducido en nuestro ordenamiento?

## 6.2. La Concesión Única: un avance insuficiente

Mediante la publicación de la Ley N° 28737<sup>58</sup> (en adelante, Ley de Concesión Única), se dispuso que el MTC otorgará una Concesión Única para la prestación de todos los Servicios Públicos de telecomunicaciones, la misma que se perfeccionará mediante un contrato escrito. De acuerdo con este nuevo régimen que se sustenta en la convergencia<sup>59</sup>, las personas naturales o jurídicas titulares de la Concesión Única, deberán informar previamente a dicha entidad, los servicios públicos a brindar, sujetándose a los derechos y obligaciones correspondientes a cada servicio<sup>60</sup>.

Ahora bien, a pesar de que consideramos un acierto que la promoción de la convergencia constituya ahora un deber del Estado, y aun cuando la Concesión Única representa un mecanismo de simplificación administrativa, existen diversas incongruencias jurídicas y técnicas en dicho régimen, partiendo de lo señalado en la Exposición de Motivos de la Ley de Concesión Única, cuyos principales sustentos parafraseamos a continuación:

<sup>51</sup> BOIX PALOP, Andrés. *Las licencias de telecomunicaciones y la nueva concepción de servicio público*. En: Revista General de Derecho, N° 680. Valencia, 2001. p. 3305.

<sup>52</sup> Dicho concepto alude a la «capacidad de diferentes plataformas de red, de transportar servicios esencialmente similares, o la aproximación de dispositivos de consumo tales como el teléfono, la televisión y el ordenador personal». Ver: Libro Verde sobre la Convergencia de los sectores de las Telecomunicaciones, medios de comunicación y tecnologías de la información y sobre sus consecuencias para la reglamentación en la perspectiva de la sociedad de la información COM. Versión 3. Bruselas: 3 de diciembre de 1997.

<sup>53</sup> MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Servicio Público y Mercado. Las Telecomunicaciones*. Tomo II. Madrid: Civitas, 1998. p.61.

<sup>54</sup> FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel. Op. Cit. pp. 88-89.

<sup>55</sup> Aprobada el 3 de noviembre de 2003.

<sup>56</sup> Juan Francisco Mestre, comentando la referida ley, ha señalado que «el reajuste de algunas características de la noción de servicio público, permite atender los fines que trataba de tutelar el clásico servicio público, ahora en el entorno competitivo. La idea fundamental consiste en permitir el acceso a la prestación de las actividades comprendidas en el ámbito de las telecomunicaciones a cualquier empresario privado que reúna las condiciones objetivas previstas, suprimiendo las limitaciones preexistentes (...). Pero como no es posible garantizar que solo con las reglas del mercado en competencia se protejan otros bienes y derechos dignos de protección jurídica (...) se prevé la imposición de las cargas adecuadas sobre los operadores». MESTRE DELGADO, Juan Francisco. En: *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones: Ley 32/2003, de 3 de noviembre*. (Varios autores). Madrid: Civitas, 2004. p. 60.

<sup>57</sup> MESTRE DELGADO, Juan Francisco. Op. Cit. p. 71.

<sup>58</sup> 18 de mayo de 2006.

<sup>59</sup> Artículo 1° de la Ley de Telecomunicaciones, modificado por la Ley de Concesión Única.

<sup>60</sup> Artículo 47° de la Ley de Telecomunicaciones, modificado por la Ley de Concesión Única.



- **Sustento 1:** Si bien en 1998, se adoptaron las primeras medidas que terminaron con la “apertura plena de los servicios de telecomunicaciones”, es conveniente continuar con el proceso en los demás aspectos que también son relevantes.
- **Sustento 2:** La nueva tendencia regulatoria es la de promover la prestación de servicios múltiples e integrados, por lo que “*resulta necesario contar con un marco normativo que promueva el ingreso de los operadores al mercado*”.
- **Sustento 3:** La Concesión Única “*permite contar con un marco normativo actual acorde con las tendencias internacionales y los avances tecnológicos en el mercado de telecomunicaciones (...), beneficiando a los usuarios en general, lo que a su vez permite reducir los costos de transacción a las empresas*”.

Con relación al Sustento 1, debemos señalar que no se ha culminado con la apertura plena del sector de las telecomunicaciones, en la medida que ello implica un entorno liberalizado, sin concesiones de exclusividad ni amplios márgenes de intervención pública, tal como sucede en la actualidad. En cuanto al Sustento 2, el legislador peruano considera que con un régimen de Concesión Única, se logrará promover el ingreso de nuevos operadores al mercado. Sin embargo, no se ha considerado que dicho régimen facilite la prestación de nuevos Servicios Públicos de telecomunicaciones, únicamente a las empresas operadoras ya asentadas en el sector. Los costos de transacción para ingresar al mercado siguen siendo los mismos para una empresa que no cuenta con una concesión administrativa.

Finalmente, el Sustento 3 es inexacto, toda vez que la tendencia a nivel internacional ni siquiera apunta a un régimen de autorizaciones, sino de meras notificaciones a la autoridad competente. Creemos, sin embargo, que el paso a dicho modelo debería ser progresivo y por lo tanto, un primer avance sería optar por la técnica autorizatoria. Un régimen de Concesión Única podría eventualmente reducir los costos de transacción de las empresas concesionarias, pero no de las empresas que requieren una habilitación para ingresar al mercado y prestar Servicios Públicos de telecomunicaciones. En ese sentido, ¿se puede hablar de un entorno plenamente liberalizado?

En consecuencia, las razones que motivaron la implementación del referido régimen, no son coherentes con las nuevas tendencias internacionales

en materia de servicios públicos y de habilitaciones administrativas. Asimismo, si bien la Concesión Única constituye un avance en el proceso de liberalización del sector de las telecomunicaciones, en la medida que simplifica los procedimientos administrativos a los concesionarios, consideramos que dicho régimen no presenta soluciones para los agentes que se proyectan ingresar al sector, los mismos que deberán solicitar la obtención de una concesión y sujetarse a la discrecionalidad de la Administración Pública. A pesar de que el legislador peruano presenta a la Concesión Única como el “*buque insignia*” del proceso de liberalización de las telecomunicaciones, ésta no deja de ser lo que, en buena cuenta, es: una concesión de servicio público.

### 6.3. El mito de la titularidad pública en el Perú

Como señalamos con anterioridad, la versión más tradicional de la teoría del servicio público sostiene que, una vez declarada la *publicatio* de cierta actividad, el Estado asume su titularidad exclusiva. En el Perú, la legislación no se ha ocupado en determinar si ello es así en el sector de las telecomunicaciones. Sin embargo, en la Sentencia recaída en el Expediente N° 00034-2004-PI-TC, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado expresamente sobre el particular, en los siguientes términos:

*“Resulta relevante tomar en cuenta que hoy en día, lo fundamental en materia de servicios públicos, no es necesariamente la titularidad estatal sino la obligación de garantizar la prestación del servicio, por tratarse de actividades económicas de especial relevancia para la satisfacción de necesidades públicas”<sup>61</sup>. (Énfasis agregado).*

En ese sentido, para el referido órgano colegiado, el hecho de que una actividad sea declarada como servicio público, no implica necesariamente que el Estado sea el titular de la misma. Siguiendo el razonamiento adoptado, si estamos ante un servicio público y el Estado peruano no es el titular de la actividad, entonces no existe ningún derecho que necesariamente tenga que “concederse” a las empresas privadas. En efecto, desaparece con ello, la necesidad de “conceder” algo sobre lo cual uno no ejerce propiedad o titularidad alguna. En esa línea, podemos concluir que, en nuestro ordenamiento jurídico, la concesión administrativa no constituye el único título habilitante para la prestación de Servicios Públicos.

<sup>61</sup> Fundamento Jurídico N° 41.

Siendo ello así, es válido que la prestación de Servicios Públicos de telecomunicaciones se realice a través de otras técnicas distintas a la concesión, siempre que el Estado se encargue de “garantizar la prestación del servicio”. Esta resultaría ser la única condición expresamente exigida por el Tribunal Constitucional al Estado, en relación a la gestión del servicio. Entendemos entonces, que en un hipotético régimen de autorizaciones para la prestación de Servicios Públicos de telecomunicaciones, el Estado no tiene más obligación que garantizar que dichos servicios se presten en óptimas condiciones.

#### 6.4. La autorización administrativa: hacia una regulación coherente

Si como hemos señalado anteriormente, la autorización implica la existencia de un derecho preexistente a favor de las personas, reconocido en las normas de Derecho Público, tal reconocimiento se encuentra establecido en el artículo 3° de la Ley de Telecomunicaciones, según el cual: “*toda persona tiene derecho a usar y prestar servicios de telecomunicaciones en la forma señalada por las disposiciones que regulan la materia*”. En virtud de lo anterior, la propia Ley de Telecomunicaciones reconoce expresamente el derecho de toda persona a prestar servicios de telecomunicaciones.

En esa misma línea, si fuera cierto que el derecho a prestar Servicios Públicos de telecomunicaciones, recién se constituye con el otorgamiento de una concesión, ¿por qué entonces existe el reconocimiento *ex ante* del derecho a prestar cualquier servicio de telecomunicaciones? Allí radica el *quid* del asunto: el derecho a prestar Servicios Públicos de telecomunicaciones es preexistente y por lo tanto, puede ser declarado con el otorgamiento de una autorización. Evidentemente, si el derecho recién se constituiría con el otorgamiento de la concesión, lo establecido por el artículo 3° de la Ley de Telecomunicaciones carecería de todo sentido.

Siendo ello así, debe entenderse que el derecho de prestar servicios de telecomunicaciones –reconocido expresamente por el artículo 3° de la Ley de Telecomunicaciones– constituye una forma de ejercer la libre iniciativa privada. En ese orden de ideas, al Estado peruano no le corresponde ostentar la “*exclusividad regalística*” sobre los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, en la medida que el transcurso del tiempo ha determinado la “*despublificación*” de estos

servicios. Por ello, consideramos que en el ámbito de las telecomunicaciones, ya no debe hacerse referencia al concepto de “*titularidad pública*” de la actividad, sino al de “*servicios públicos de iniciativa privada*”.

Habiendo llegado a la conclusión de que en nuestro ordenamiento jurídico, es posible prestar Servicios Públicos de telecomunicaciones a través de títulos habilitantes distintos a la concesión, debemos realizar algunas precisiones referentes a la autorización administrativa y su vertiginosa evolución a lo largo del tiempo. Como hemos señalado con anterioridad, la autorización ha sido tradicionalmente considerada como una técnica de policía administrativa, de carácter reglada, donde se remueven los límites establecidos por la norma y donde existen intereses privados de por medio.

Sin perjuicio de ello, han surgido en la doctrina, las denominadas “*autorizaciones operativas*” o “*autorizaciones reglamentadas*”, que principalmente tienen las siguientes características<sup>62</sup>:

- No persiguen un rol puramente negativo, de mera supresión de un límite para el ejercicio de una actividad, sino un control positivo, proyectado en el seguimiento y vigilancia de la misma.
- En ellas se determina un conjunto de obligaciones para el autorizado; es decir, las autorizaciones operativas también reglamentan.
- Tienen por objeto la prestación a la colectividad, con lo que el interés individual se transforma en social y económico.
- Mientras que las autorizaciones tradicionales comportan la obligación de pagar a la Administración Pública determinada cantidad, en las “*operativas*”, el precio lo pagan los usuarios.

Para GARCÍA DE ENTERRÍA, el objeto tradicional de la autorización, referido a la actividad de policía, ha rebasado sus límites para contemplar aspectos de contenido económico y social. Al respecto:

*“(…) la autorización se ha visto trasplantada al complejo campo de las actividades económicas, en el que se le hace jugar sistemáticamente un papel que no se reduce ya al simple control negativo del ejercicio de derechos, sino que se extiende a la regulación misma del mercado, con el propósito decidido de orientar y encauzar positivamente la actividad autorizada en el sentido de unos objetivos previamente programados o al*

<sup>62</sup> ALBI CHOLVI, Fernando. *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*. Madrid: Aguilar, 1960. pp. 685-686.

menos, implícitamente definidos en las normas aplicables<sup>63</sup>. (Subrayado agregado).

Creemos que hacia ello debe apuntar la regulación de los Servicios Públicos de telecomunicaciones en materia de títulos habilitantes, mas aún cuando en el Perú, las bases para la implementación de un régimen autorizatorio ya se encuentran previstas en la legislación sectorial. Prueba de ello, es que se ha logrado compatibilizar conceptos como “*interés público*” y “*autorización administrativa*”. En efecto, de conformidad con la clasificación de servicios de telecomunicaciones, los Servicios de Radiodifusión son calificados en nuestra legislación como Servicios Privados de Interés Público y se prestan mediante autorizaciones, las mismas que son otorgadas previamente por el MTC, según lo establece la Ley N° 28278 –Ley de Radio y Televisión<sup>64</sup>.

Adicionalmente, debe tenerse presente que en nuestro ordenamiento jurídico vigente, las autorizaciones no son estrictamente regladas. Los propios Servicios de Radiodifusión, que se prestan mediante autorizaciones, se encuentran sujetos a la disponibilidad del espectro radioeléctrico. Al ser este un recurso natural de carácter escaso, podría eventualmente limitarse el número de operadores del servicio o someterse a una subasta o concurso público, de no existir frecuencias disponibles. Como es evidente, dichos márgenes de discrecionalidad no vienen dados por el marco legal ni por el esquema autorizatorio, sino por un factor externo de carácter económico, como la escasez de espectro radioeléctrico.

Habiendo realizado dichas precisiones, consideramos que es viable jurídicamente la implementación de un régimen de autorizaciones para la prestación de Servicios Públicos de telecomunicaciones, en reemplazo de la Concesión Única, que actualmente viene empleándose. Para ello, resulta fundamental incorporar obligaciones de servicio público en los pliegos de las autorizaciones, las mismas que deberán encontrarse previstas en la Ley de Telecomunicaciones y su Reglamento. Por cierto, una de las obligaciones que deberá ser incorporada es la del “*Servicio Universal*”<sup>65</sup>, la cual viene funcionando con éxito en los países de la Unión Europea.

Consideramos que un modelo regulatorio que pretende aprovechar los beneficios de la convergencia y funcionar en un entorno de libre competencia, no debe mantener el esquema concesional, principalmente por las siguientes consideraciones:

- La concesión se contrapone a la libre iniciativa privada, toda vez que en el primero, no existe tal derecho preexistente, sino que es el Estado quien constituye el derecho a favor de un tercero.
- La concesión trae consigo amplios márgenes de discrecionalidad, que deben evitarse en un sector liberalizado y abierto a la libre competencia, a fin de hacer predecible la conducta de la Administración Pública, en la mayor medida posible.
- La concesión se formaliza a través de un contrato, cuya negociación y ejecución implican altos costos de transacción para las empresas operadoras.
- El contrato de concesión crea una relación jurídica compleja entre el Estado y la empresa privada, donde indefectiblemente existen cláusulas exorbitantes que se ejecutan a favor del primero, generando un desequilibrio contractual.
- Los contratos de concesión contienen cláusulas de rescate y/o resolución unilateral, según las cuales el Estado puede extinguir el contrato, por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, correspondiendo una indemnización a favor del contratista<sup>66</sup>.
- En la actualidad, el mercado de las telecomunicaciones ya se encuentra desarrollado y las empresas operadoras no requieren de concesiones ni contratos leyes que les garanticen estabilidad jurídica o les blinden sus inversiones. El mercado funciona por sí solo, y se requieren políticas regulatorias distintas.

Ahora bien, estando a que es posible jurídicamente instaurar un régimen de autorizaciones en nuestro ordenamiento vigente, ¿ello es realmente favorable para un entorno de las telecomunicaciones semi-liberalizado como el nuestro? A continuación, exponemos las principales razones por las cuales

<sup>63</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. Curso de Derecho Administrativo II. 7ª Edición. Madrid: Civitas, 2000. p.136

<sup>64</sup> Artículo 14°

<sup>65</sup> Se trata de una carga pública para las empresas operadoras, las mismas que se encuentran obligadas a garantizar la disponibilidad de los servicios fundamentales a todos los ciudadanos, con una mínima calidad y a un precio asequible, aun cuando la prestación no sea rentable. Ver: MONTERO PASCUAL, Juan José. *Las telecomunicaciones: servicios de interés general*. En: Revista de Derecho de la Unión Europea, No. 7, 2004. p. 243.

<sup>66</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. El contrato administrativo. Segunda Edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005. p. 155.

consideramos que dicha implementación sí resultaría beneficiosa:

- La autorización, al tener la naturaleza de acto administrativo, no está sujeta a los poderes discrecionales del Estado. La labor de policía se limitaría a verificar la observancia de los requisitos para su obtención y a supervisar, *ex post*, el cumplimiento de ciertas obligaciones de servicio público, las mismas que tendrían que contemplarse expresamente en la Ley de Telecomunicaciones, su Reglamento y en la propia autorización.
- El hecho que una actividad sea de iniciativa privada, resulta atrayente para los inversionistas privados, debido a que la intervención estatal se reduce considerablemente y se orienta hacia otros aspectos que sí requieren un mayor control, como por ejemplo, el concerniente a la regulación de tarifas.
- La autorización es mucho más expeditiva y dinámica que la concesión, y logra perseguir los fundamentos sociales del Servicio Público; la implementación del Servicio Universal es una clara muestra de ello.
- Al ser títulos habilitantes más expeditivos, su otorgamiento demandaría menores costos de transacción para las empresas operadoras que requieran ingresar al sector de las telecomunicaciones.
- La autorización puede contener un interés público, como en las “*autorizaciones operativas*”. En éstas, se aprecia un verdadero mecanismo de simplificación administrativa, tal como lo exigen los Lineamientos de Apertura<sup>67</sup>.
- El plazo previsto para la vigencia de las autorizaciones sería establecido en función a un plazo estimado para el retorno de la inversión realizada.
- En cuanto a la seguridad jurídica, consideramos que los supuestos para la revocación de la autorización, deberían contemplarse taxativamente en la Ley de Telecomunicaciones y su Reglamento. En caso de revocación por razones no contempladas en dichas normas y de existir un perjuicio económico del administrado, correspondería efectuar una indemnización, en concordancia con la Ley del Procedimiento Administrativo General<sup>68</sup>.
- Si bien las autorizaciones no contienen cláusulas arbitrales, se puede incorporar, a nivel normativo, la obligación de someter las controversias a un arbitraje.

- Finalmente, siguiendo la tendencia iniciada por la Ley de Concesión Única, consideramos que la propuesta de cara al futuro debería ser la instauración de un régimen de “*Autorización Única*”, que congregue a todos los servicios de telecomunicaciones, tanto “*públicos*”, “*privados*” y de “*privados de interés público*”.

Finalmente, debemos señalar que un esquema tan dinámico con el de las autorizaciones de Servicios Públicos de telecomunicaciones, si bien no garantiza que ingresen nuevos operadores –ya que ello depende de variables económicas y metas comerciales- estamos convencidos de que sí logrará facilitar los mecanismos legales para ello.

## VII. Conclusiones

A continuación, resumimos las conclusiones extraídas del presente trabajo:

- El proceso de liberalización de las telecomunicaciones, iniciado con los Lineamientos de Apertura del año 1998, no ha concluido satisfactoriamente debido a que se mantiene el esquema concesional para la prestación de Servicios Públicos de telecomunicaciones.
- Tal es el nivel de desfase de nuestra legislación con relación a las tendencias internacionales, que cuando el legislador peruano aprobaba los Lineamientos de Apertura en el año 1998 –confirmando el esquema concesional-, en España se aprobaba la hoy derogada Ley 11/1998, que declaraba el uso de autorizaciones generales y licencias individuales.
- Se pueden prestar Servicios Públicos de telecomunicaciones a través de técnicas distintas a la concesión, como la autorización administrativa, la cual ha evolucionado en su contenido conforme a las necesidades regulatorias actuales.
- La autorización administrativa contiene fundamentos que facilitan el ingreso de nuevos operadores al sector y garantiza la seguridad jurídica de las inversiones privadas.
- Dicha instauración constituye el primer paso hacia una liberalización completa de las telecomunicaciones, en la medida que se sustenta en una regulación coherente con la finalidad perseguida por los Lineamientos de Apertura.

<sup>67</sup> Artículo 20° de los Lineamientos de Apertura.

<sup>68</sup> Indemnización por revocación del acto administrativo (Artículo 205° de la Ley N° 27444).