

El Procedimiento de renovación de Concesiones de Telecomunicaciones desde la perspectiva del balance entre Persuasión y Castigo

Eduardo Quintana Sánchez*
Lucía Villarán Elías**

SUMILLA

El Procedimiento de Renovación de las Concesiones en el sector de las Telecomunicaciones pasa por la evaluación del cumplimiento de las obligaciones tanto legales como contractuales impuestas al Concesionario; deviniendo la Renovación Gradual en tres resultados: por todo el tiempo solicitado, por un menor tiempo o la denegación de la solicitud. Los autores analizan los posibles resultados del Procedimiento de Renovación a la luz de las estrategias para el cumplimiento de las normas: estrategias de obediencia (compliance), estrategias de enjuiciamiento y sanción (deterrence), Responsive Regulation y Smart Regulation; diseñando una pirámide con distintos niveles de intervención y cómo esta se aplica al Método de Evaluación utilizado por la Administración.

Introducción

Según el marco legal peruano, las empresas concesionarias de servicios públicos de telecomunicaciones tienen derecho a solicitar la renovación del plazo de su concesión en su totalidad o alternativamente la renovación gradual, es decir, por períodos parciales.

La decisión final que puede adoptar el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) en el Marco del Procedimiento de Renovación Gradual de concesiones, como entidad estatal a cargo de tal decisión, puede ser de tres tipos: (i) otorgar la renovación por todo el período objeto de la solicitud; (ii) otorgar la renovación por un período menor al solicitado; y (iii) denegar la renovación por todo el período objeto de la solicitud. Esta decisión se sustenta en la evaluación del cumplimiento de las obligaciones legales y contractuales por parte del concesionario que presenta la solicitud de renovación, para lo cual OSIPTEL debe emitir un informe al respecto.

Hasta la entrada en vigencia del método de evaluación de las obligaciones de las empresas concesionarias de telecomunicaciones en el Marco del Procedimiento de Renovación, aprobado mediante Decreto Supremo N° 036-2010-MTC (en adelante, el Método de Evaluación)¹, no existían criterios ni reglas uniformes y generales para realizar la evaluación antes señalada. No obstante, han existido ya varias solicitudes de renovación gradual de concesiones tramitadas hasta la fecha.

La ausencia de parámetros claros para que las autoridades del sector telecomunicaciones realicen la evaluación del cumplimiento de las obligaciones en el marco del procedimiento de renovación de las concesiones ha generado gran controversia y puso de manifiesto la necesidad de adoptar definiciones y reglas precisas para realizar esta evaluación en el futuro.

En este trabajo se analiza la problemática planteada en la aplicación del Procedimiento de Renovación de Concesiones a la luz de las

* Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Master en Regulación de Servicios Públicos de la London School of Economics and Political Science. Profesor de Facultades de Derecho y Programas de Post Grado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de la Universidad ESAN y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Socio de Santivañez Abogados.

** Abogada de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesora del curso Derecho de la Competencia en la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Asociada de Santivañez Abogados.

diversas teorías sobre diseño de mecanismos de cumplimiento, explicando cómo estas teorías definen los mecanismos más drásticos de enjuiciamiento y sanción (dentro de los que puede clasificarse la decisión de no renovar el plazo de la concesión o de renovarlo por un período menor la solicitado), como última ratio en la pirámide de estrategias de cumplimiento.

Desde esta perspectiva, se describe y analiza críticamente cómo a través de la aplicación del Procedimiento de Renovación Gradual de Concesiones a pedidos concretos, con las situaciones de incertidumbre e incluso posiciones contrapuestas generadas, se han definido reglas y criterios que han ido delineando progresivamente el contenido del Método de Evaluación aprobado. Asimismo, se identifican los aspectos del Método de Evaluación que crean todavía el riesgo que el drástico mecanismo de enjuiciamiento y sanción antes mencionado no se llegue a aplicar en el futuro con carácter plenamente residual.

1. Estrategias para el cumplimiento de las normas

El principio básico de cualquier ordenamiento legal es que las normas o reglas existen y deben ser cumplidas para determinar derechos y obligaciones, así como para ordenar la actuación de las personas y entidades jurídicas, agentes del mercado, entidades sin fines de lucro, empresas y entidades del estado, etc. Dado su carácter ordenador, las normas se entienden creadas para ser respetadas y cumplidas, mientras que los desvíos de la regla se consideran no aceptables y pasibles de sanción. Así, bajo el "imperio de la Ley" las normas se han hecho para ser cumplidas y todo incumplimiento amerita una reacción para corregir al infractor e inhibirlo de reincidir.

Sin perjuicio de lo anterior, la búsqueda del cumplimiento de las obligaciones previstas en el marco legal (lo que en la literatura especializada en lengua inglesa se denomina con el término "enforcement") es materia de interés y estudio no solo por consideraciones teóricas sino también por su eminente relevancia práctica, ya que la

efectividad de un sistema normativo se refleja naturalmente en el grado de cumplimiento de las reglas previstas. Fruto de los estudios realizados se han planteado distintas aproximaciones y métodos para lograr el cumplimiento de las normas, que se sustentan en el diseño de estrategias de diversa índole y grado de intervención por parte de las autoridades.

En esta sección se explican las distintas aproximaciones que existen y las estrategias de cumplimiento en las que se soportan.

1.1. Estrategias de obediencia

Las estrategias de obediencia (que en la literatura especializada en lengua inglesa se denominan con el término "compliance") se enfocan en la sujeción voluntaria a la Ley, en vez de la sujeción por temor al castigo. Tales estrategias no tienen por objetivo procesar y sancionar cada incumplimiento de la norma que se verifique, sino más bien tratan de prevenir la infracción y lograr el cumplimiento a través de vías y técnicas no formales, tales como la educación o consejo al regulado sobre cómo actuar para no infringir la norma, o también métodos de persuasión e incluso de negociación con los regulados para que lleguen a dar cumplimiento a sus obligaciones².

Se considera que estas vías son más costo-efectivas, pues permiten lograr el cumplimiento con menores recursos que los utilizados para sancionar los incumplimientos. Asimismo, se considera que evitan el riesgo de una visión demasiado "legalista" que pueda resultar inflexible y no lograr el resultado deseado, que es permitir mejoras en el comportamiento de los regulados, dando más bien resultados contraproducentes como resentimiento, hostilidad y falta de cooperación de parte de los regulados³.

Las estrategias de obediencia se han distinguido a su vez en dos opciones diferentes según el grado de flexibilidad que tiene la autoridad⁴:

- Persuasión: son más flexibles y se basan en medidas pedagógicas y de educación, llamadas de atención o incluso alguna coacción,

¹ Método para la evaluación del cumplimiento de las obligaciones de las empresas concesionarias de servicios públicos de telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 036-2010-MTC, publicado en el diario Oficial "El Peruano" con fecha 27 de julio de 2010.

² HAWKINS, Keith. Environment and Enforcement (New York, Oxford University Press, 1984), p 4. HUTTER, Bridget. Compliance: Regulation and Environment (Oxford, Clarendon Press, 1997), p15.

³ BALDWIN, R. y CAVE, M. Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice (Great Britain, Oxford University Press, 1999), p. 98.

⁴ HUTTER, Op. Cit. capítulo 1.

buscando siempre explicar la racionalidad de la norma y los posibles modos de cumplirla. En estas fórmulas se tiene paciencia para que llegue el cumplimiento voluntario y son de final más abierto en cuanto a las vías para lograr ese resultado.

- Insistencia: son menos flexibles y el nivel de tolerancia de los funcionarios supervisores tiene límites más definidos, quienes incrementan la presión sobre los regulados si no ven resultados de cumplimiento en períodos limitados de tiempo.

1.2. Estrategias de enjuiciamiento y sanción

Las estrategias de enjuiciamiento y sanción (que en la literatura especializada en lengua inglesa se denominan con el término “*deterrence*”) tienen como premisa que el castigo es lo más efectivo para lograr el cambio de conductas de los infractores. La base de dichas estrategias es que el incumplimiento amerita alguna medida de *retaliación*. Su premisa es que las empresas o los regulados en general son calculadores a morales, que adoptan medidas costosas solo cuando se los ordena la Ley y creen que hay una considerable probabilidad de que el incumplimiento sea detectado y severamente castigado. Por ello, la severidad de las sanciones debe ser tal que no sea económicamente racional incumplir la norma⁵.

Este tipo de estrategias se ha dividido además en dos clases (i) el enjuiciamiento y sanción general, que asume que el castigo de un regulado desmotivará a otros de incurrir en el mismo incumplimiento; y (ii) el enjuiciamiento y sanción específico que asume que el regulado que ha experimentado un castigo previo estará más inclinado a esforzarse para evitar ser penalizado nuevamente en el futuro⁶.

Quienes propugnan este tipo de estrategias señalan que las estrategias de obediencia son indicativo de captura del regulador, muestran insuficiencia de recursos para obligar al cumplimiento de la Ley y denotan una identificación entre el regulador y el regulado. En tales situaciones el enjuiciamiento y sanción de los incumplimientos no se percibe

como natural y por ello se busca la obediencia voluntaria⁷. Adicionalmente, se sostiene que confiar únicamente en estrategias de consejo y persuasión puede degenerar fácilmente en una situación de laxitud intolerable y de imposibilidad de enfrentar a quienes no tienen intención alguna de cumplir, lo que además puede desincentivar a quienes cumplen estrictamente con la Ley al ver que sus competidores infringen la norma sin ser castigados y se ahorran los recursos que deben invertirse para cumplir, con lo cual los primeros quedan en desventaja competitiva⁸.

1.3. Responsiveregulation y smartregulation

Frente a la diferencia y antagonismo entre las estrategias de obediencia y las de enjuiciamiento y castigo, se ha propuesto la alternativa de la *Responsive Regulation*⁹, la cual propugna que el cumplimiento de las normas debe ser pensado como una progresión en el uso de mecanismos para lograr primero la obediencia voluntaria, dando paso al enjuiciamiento y sanción cuando no se logre resultados por la primera vía; es decir, un balance o sinergia entre castigo y persuasión¹⁰.

La pregunta fundamental es entonces, cuándo es mejor persuadir y cuándo castigar. La respuesta debe tener en cuenta que los regulados son de distinto tipo y responden a distintos objetivos, algunos deciden en función de una completa racionalidad económica (miden el beneficio de incumplir frente al riesgo de detección y el costo de la sanción), otros están motivados principalmente por el respeto hacia la Ley, mientras hay quienes definen su comportamiento según la responsabilidad corporativa. Una estrategia basada únicamente en mecanismos de persuasión puede ser explotada por quienes deciden solo por la racionalidad económica, pero una estrategia basada mayormente en mecanismos de enjuiciamiento y sanción puede debilitar la buena voluntad de quienes están imbuidos del sentido del deber. En consecuencia, se requiere un balance adecuado entre castigo y persuasión.

La idea básica de esta teoría es que cuanto más variadas son las capacidades de sanción que tienen los reguladores mayor es su éxito para

⁵ GUNNINGHAM, Neal. Enforcement and Compliance Strategies; en: The Oxford Handbook of Regulation, Baldwin, Cave and Lodge editors (Great Britain, Oxford University Press, 2010), p. 122.

⁶ SIMPSON, S. Corporate Crime and Social Control; citado por GUNNINGHAM, Op. Cit., p. 122.

⁷ BALDWIN y CAVE, Op. Cit. p. 98.

⁸ GUNNINGHAM, Op. Cit., pp. 124-125.

⁹ No existe una traducción exacta de este término al español, siendo una que podría asemejarse la de Regulación Perceptiva, no obstante en este caso se ha preferido utilizar el término en inglés.

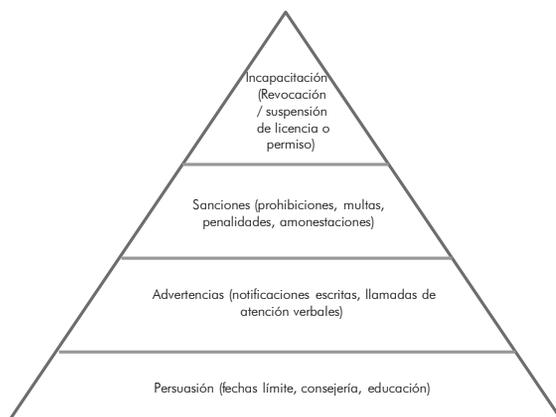
¹⁰ AYRES, I. y BRAITHWAITE, J. Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate (United States, Oxford University Press, 1992), pp. 19-53.

lograr el cumplimiento si tratan amablemente a los regulados (“hablar suavemente cargando un enorme garrote”).

El funcionamiento de la *Responsive Regulation* se sustenta en dos pilares necesarios y que se complementan:

- (i) El uso de la denominada estrategia “*tiffortat*”, a través de la cual la autoridad busca primero la cooperación del regulado en vez de utilizar los mecanismos de enjuiciamiento y sanción siempre que coopere, no obstante recurre a estos últimos mecanismos cuando identifica que el regulado está aprovechándose del trato dócil y no está obedeciendo.
- (ii) La existencia de un conjunto variado de mecanismos para lograr el cumplimiento, que vayan de lo más leve (por ejemplo advertencias y amonestaciones) a lo más drástico (como sanciones pecuniarias y/o inhabilitación temporal o permanente), de modo que permitan a la autoridad mostrar una variedad de sanciones que constituyan amenazas creíbles para facilitar la persuasión.

La conjunción de los dos pilares señalados tiene su representación gráfica en la siguiente pirámide de estrategias de cumplimiento:



Como se observa, la pirámide contempla distintos niveles de intervención por parte de la autoridad, estando la parte baja más amplia, es decir la base de la pirámide, reservada para los mecanismos de persuasión que permiten promover el cumplimiento voluntario, mientras que la parte más elevada; esto es, la punta de la pirámide, contiene los mecanismos más drásticos de enjuiciamiento y sanción. No es de extrañar que esta parte sea la más pequeña de la pirámide, lo que da a entender que los mecanismos que la conforman deben ser

utilizados excepcionalmente y de forma residual dentro de las estrategias de cumplimientos. Así, el cumplimiento se logra por niveles, del menos al más interventor y drástico, según haya mayor o menor grado de cooperación y obediencia voluntaria de parte del regulado.

En función de todo lo anterior, según la *Responsive Regulation* lo que se requiere es poder desplegar una variedad de opciones de acción para lograr el cumplimiento, de forma que siempre resulte posible ir de lo más leve a lo más riguroso. Con ello no solo se favorece la capacidad de persuasión del regulador, sino que también se asegura un escalamiento hacia los mecanismos más drásticos si no se obtiene resultados favorables con la persuasión.

La propuesta de la *Smart Regulation* (Regulación Inteligente) valida y expande los postulados de la *Responsive Regulation*. En efecto, dicha concepción respalda los planteamientos de la pirámide de estrategias de cumplimiento y del balance adecuado entre castigo y persuasión, agregando que las capacidades para lograr el cumplimiento del marco legal no sólo se encuentran en manos del estado, sino también en las de otros agentes, por lo que es conveniente convocarlos para robustecer la pirámide de estrategias de cumplimiento¹¹.

Según la Regulación Inteligente existen alternativas a la intervención del estado para lograr el cumplimiento, pues terceras partes distintas a las Agencias del Estado (de carácter comercial, como empresas y operadores del mercado, o no comercial, como asociaciones de consumidores o gremios) pueden contribuir a lograr el respeto de las normas, ya sea a través de instrumentos como la autoregulación o a través de mecanismos como la mutua supervisión entre pares. Su oportuna y precisa intervención dentro del diseño de estrategias de cumplimiento puede lograr mejores resultados a menores costos, liberando los escasos recursos del estado para cuando no exista otra alternativa más que su intervención.

La inclusión de estos agentes adicionales dentro del diseño de estrategias no solo ofrece nuevos mecanismos para lograr el cumplimiento, sino que también puede contribuir a dar una mayor opción de escalamiento entre mecanismos menos y más drásticos dentro de la pirámide.

Algunos autores agregan que además de tener estrategias de cumplimiento balanceadas es

¹¹ GUNNINGHAN, N. y GRABOSKY, P. *Smart Regulation: Designing Environmental Policy* (Oxford, Oxford University Press, 1998).

necesario dar un paso más para conseguir que las mismas se encuentren integradas¹². Este planteamiento señala que el balance define una combinación de herramientas para lograr el cumplimiento y una distribución de recursos para utilizar cada una de ellas, pero no coordina o integra el funcionamiento de las distintas herramientas ni las organiza en función de un riesgo determinado que se busca prevenir. La idea que proponen es por tanto integrar eficiente y efectivamente las herramientas que ya se han balanceado, para resolver de manera óptima los riesgos que pueden derivarse del eventual incumplimiento. Según estos planteamientos, son pocas las entidades que logran dar el paso final para la integración de sus estrategias de cumplimiento.

Los planteamientos antes señalados, principalmente los de la *Responsive Regulation*, son los que actualmente dominan el debate sobre estrategias de cumplimiento de las normas. Ello se debe a que ofrecen la posibilidad de crear el balance adecuado entre la prevención y obediencia voluntaria a través de la persuasión, y la sanción en casos de incumplimiento que lo ameritan; o sea, permiten que las autoridades sean drásticas cuando ello es necesario y también que sean perceptivas cuando es viable y efectivo.

Las atenciones y cuestionamientos frente a la propuesta de la *Responsive Regulation* son diversos y dos en particular constituyen los mayores retos para la efectividad de la pirámide de estrategias de cumplimiento ya explicada.

De un lado, se ha enfatizado que en regímenes regulatorios poli céntricos, donde las funciones de creación de normas y supervisión de su cumplimiento se encuentran distribuidas en distintas organizaciones, la implementación de la pirámide de estrategias de cumplimiento se vuelve más compleja y difícil pues no existe una fuente de autoridad única¹³. Esta preocupación puede ser abordada en buena parte a través del planteamiento de la Regulación Inteligente antes comentado.

De otro lado, también se ha señalado que la aproximación de la pirámide de estrategias de cumplimiento, que supone la posibilidad de un escalamiento hacia mecanismos más drásticos ante la falta de cooperación de parte de los regulados, resulta muy complicada en aquellas industrias o actividades en las que no existe interacción continua y suficiente entre la autoridad y los regulados¹⁴. Más aún, algunos autores consideran que si tal interacción no es continua la pirámide de estrategias de cumplimiento deja de ser aplicable por completo¹⁵. Al respecto, lo que puede afirmarse con sensatez es que cuanto menos intensa y frecuente sea la actividad supervisora de las autoridades, y menor su conocimiento sobre las motivaciones que definen el comportamiento de los regulados, la aplicación de la pirámide de estrategias de cumplimiento será menos viable¹⁶.

Finalmente, conviene tener en cuenta que las estrategias de cumplimiento que se utilicen en cada institución no únicamente dependen del estilo que tengan las autoridades (es decir si se inclina más hacia la persuasión o hacia la sanción), sino también de las diferencias culturales de cada industria o de cada país, que muchas veces determinan el estilo que puede adoptarse¹⁷.

1.4. Cuándo enjuiciar y sancionar: castigo como último recurso

Siendo el balance entre persuasión y sanción la clave para un diseño efectivo de estrategias de cumplimiento, resulta de la mayor relevancia definir cuándo debe iniciarse el escalamiento hacia el enjuiciamiento y sanción, y en qué circunstancias corresponde recurrir a mecanismos más drásticos como la inhabilitación. Para ello se requiere identificar los niveles de decisión en que puede actuarse con mayor discrecionalidad apoyándose en mecanismos de persuasión y aquellos niveles en que debe tenerse un criterio más estricto de cumplimiento.

Al respecto, voces autorizadas en esta materia han señalado que la discrecionalidad se justifica más

¹² Ver: SPARROW, Malcolm. *The Regulatory Craft: Controlling Risks, Solving Problems, and Managing Compliance* (Virginia, Brookings Institution, 2000), pp. 194-203.

¹³ BALDWIN, R. y BLACK, J. *Really Responsive Regulation*; citado por GUNNINGHAM, Op. Cit., p. 129.

¹⁴ GUNNINGHAM, N. y JOHNSTONE. *Regulating Workplace Safety: Systems and Sanctions*; citado por GUNNINGHAM, Op. Cit., p. 129.

¹⁵ SCOTT, Colin. *Regulation in the Age of Governance: The rise of the Post Regulatory State*; citado por GUNNINGHAM, Op. Cit., p. 129.

¹⁶ GUNNINGHAM, Op. Cit., p. 129.

¹⁷ FALLA, Alejandro. ¿Zanahoria o Garrote: De qué Depende?: De los Estilos de *Enforcement* de la Regulación; en: *Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General, Libro Homenaje a José Alberto Bustamante Belaunde*, Milagros Maraví compiladora (Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2009), pp. 487-526

en los niveles de supervisión y vigilancia, debido a que son los inspectores de campo quienes tienen una gama más amplia de opciones. Por ejemplo, pueden decidir entre tomar acción o no frente a un supuesto de no cumplimiento, si deciden tomar una acción lo siguiente es definir qué tipo de acción corresponde (solamente una advertencia verbal o es necesario dejar por escrito la advertencia), si decide iniciar el enjuiciamiento también tendrá que definir bajo qué cargos, y así sucesivamente. Por ello, la mejor forma de hacer efectivo un estilo de obediencia es que los supervisores e inspectores de campo tengan capacidad de decidir con mayor discrecionalidad, pues ellos determinan finalmente los mecanismos de cumplimiento en la labor del día a día y en la mayor parte de incumplimientos menores. De este modo, ellos operan como un filtro para el funcionamiento del sistema de enjuiciamiento y sanción¹⁸.

Sin perjuicio de lo anterior, otros autores afirman que si bien los supervisores e inspectores de campo deben tener suficiente discreción tanto para ordenar a los regulados lo que sea necesario y prudente bajo las circunstancias particulares, como para relajar y ajustar los procedimientos de cumplimiento a la situación concreta; esto puede percibirse como una situación de caos y desorden desde un punto de vista estrictamente legal, pues sin reglas fijas parecería que se erosiona el efecto inhibitorio de la Ley, dando lugar a situaciones no predecibles, trato no igualitario, alto riesgo de corrupción y, finalmente, daños serios a los ciudadanos desprotegidos.

Desde esta perspectiva, cualesquiera fueran los defectos de la Ley y de su imperio, siempre serían preferibles a la regla discrecional de supervisores imperfectos. Sin embargo, en la práctica se admite que, a diferencia de quienes crean las normas legales, los aplicadores de la norma pueden "suspender" su aplicación para lograr la delación de otras infracciones mayores, confiar en advertencias y ajustes no formales para el caso concreto, distinguir entre violaciones serias y no serias, considerar circunstancias atenuantes, utilizar el potencial rehabilitador de dar una segunda oportunidad, y en general, alcanzar un balance discernido entre el control social y la libertad de acción de los regulados¹⁹.

Adicionalmente, también se afirma que la Ley juega un rol diferente según el estilo de cumplimiento que se utilice. Mientras tiene una función sutil en procesos de cumplimiento no formalizados y orientados a la obediencia, es empleada explícitamente con fines de castigo y retribución a los infractores, a través del enjuiciamiento y sanción, en los procesos de cumplimiento formales. El mecanismo particular que se utilice para lograr el cumplimiento dependerá usualmente de la seriedad de la infracción o del riesgo creado, de la respuesta previa del regulado a esfuerzos previos de lograr el cumplimiento, o del descuido en el cumplimiento que suele impulsar el uso de mecanismos más drásticos. Así, el enjuiciamiento y sanción se reserva típicamente para temas mayores relacionados con la seriedad y visibilidad del problema enfrentado, el daño producido o la amenaza de daño y la persistencia del incumplimiento²⁰.

Desarrollando más los planteamientos anteriores, se ha propuesto utilizar como último recurso la Ley, pensada en términos de enjuiciamiento y sanción frente a la alternativa de la persuasión²¹. Ello se debe a que el enjuiciamiento es una muestra visible del compromiso de la autoridad con su mandato legal, por lo cual la elección cuidadosa de los casos a ser sometidos a enjuiciamiento es una forma de proteger los propios intereses de dicha autoridad al demostrar que está actuando. Además, proceder al enjuiciamiento y sanción no solamente refleja la preocupación de la autoridad por la infracción de las normas, sino también su éxito y efectividad en perseguirla. La selección y decisión de proceder al enjuiciamiento y sanción puede sustentarse en criterios de eficiencia y de justicia.

El criterio de eficiencia involucra una gran selectividad, dado que el enjuiciamiento y sanción puede resultar contraproducente si se aplica a la generalidad de casos. Al nivel de los supervisores y funcionarios de mando medio, lo eficiente es que tengan considerable discreción para no tener que enjuiciar y sancionar siempre, sino más bien negociar con los regulados y proteger las relaciones futuras. En cambio, al nivel de la entidad reguladora, resulta imperativo demostrar el poder de la autoridad, particularmente tratándose de

¹⁸ HAWKINS, Keith. *Law as Last Resort: Prosecution Decision-Making in a Regulatory Agency* (Great Britain, Oxford University Press, 2002), pp. 424-435.

¹⁹ BARDACH, E y KAGAN, R. *Going by the Book: The Problem of Regulatory Unreasonableness* (United States of America, Transactions Publishers, 2003), pp. 34-39.

²⁰ HAWKINS, *Law as Last Resort: Prosecution Decision-Making ...*, Op. Cit. pp. 41-47.

²¹ HAWKINS, Keith. *Law as Last Resort*; en: *A Reader on Regulation*; Baldwin, Scott y Hood, editores (New York, Oxford University Press, 1998), pp. 288-306.

incidentes serios frente a los cuales la respuesta racional y razonable es el enjuiciamiento y sanción. Los dos supuestos más típicos para el enjuiciamiento son: (i) el incumplimiento persistente y notorio, frente al que tanto los supervisores y mandos medios como la entidad reguladora exigen una sanción para preservar la credibilidad de la autoridad en futuras acciones; y, (ii) el daño sustancial y notorio, pues la gravedad del daño exige una respuesta.

El criterio de justicia supone proceder al enjuiciamiento y sanción cuando se perciba que habrá consenso sobre la necesidad de castigar, tanto por parte de la ciudadanía como de las autoridades. Esto es, seleccionar aquellos casos en que se hayan vulnerado principios comúnmente aceptados de justicia²².

En función del marco conceptual previamente expuesto, a continuación se analizará el sistema de renovación de concesiones de telecomunicaciones. Para ello, se seguirá los siguientes pasos:

- Se identificará la naturaleza punitiva de las medidas que puede adoptar la autoridad al decidir sobre las solicitudes de renovación de las concesiones otorgadas a los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones.
- Se explicará y comentará los alcances del análisis de cumplimiento de normas que deben realizar las autoridades del sector (Ministerio de Transportes y Comunicaciones y OSIPTEL) para tomar la decisión sobre los pedidos de renovación de concesiones.
- Se hará un recuento crítico sobre los procedimientos de renovación de concesiones seguidos por uno de los principales operadores de telecomunicaciones del Perú, para comprender la evolución, diferencias y discrepancias surgidas en el análisis realizado en casos concretos.
- Se explicará cómo la evolución en el análisis antes señalado ha dado lugar a la regulación del Método de Evaluación como un último

recurso de enjuiciamiento y sanción, así como los aspectos del método que pueden dificultar que tenga realmente ese carácter de último ratio.

2. Carácter “punitivo” de las medidas adoptadas en el procedimiento de renovación de concesiones

La regulación general de telecomunicaciones contiene algunas normas que definen las reglas básicas del procedimiento de renovación de concesiones de telecomunicaciones. De acuerdo con el artículo 56° del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 013-93-TCC (en adelante, la LT), los contratos de concesión de servicios públicos de telecomunicaciones tienen un plazo máximo de vigencia de 20 años. El artículo 193° del Texto Único Ordenado del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 020-2007-MTC (en adelante, RLT), establece que tales contratos de concesión pueden renovarse al final de su vigencia por un plazo máximo adicional de 20 años. Este marco legal recoge también la posibilidad de que los contratos de concesión específicos de cada operador establezcan mecanismos y plazos especiales de renovación.

El RLT señala que la solicitud de renovación deberá ser evaluada por el MTC considerando si la empresa concesionaria cumplió con las obligaciones de su contrato de concesión, así como las previstas en la LT, en el propio RLT, y en las demás normas que resulten aplicables. Adicionalmente, el RLT precisa que para la renovación de las concesiones es indispensable que los concesionarios se encuentren al día en el pago de derechos, tasas y canon por espectro radioeléctrico²³.

De otro lado, en el Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-

²² Cabe señalar que estas propuestas son consistentes con la *Responsive Regulation* y a la vez dan respuesta a algunos de sus críticos, para quienes es un error considerar como base de aplicación de la pirámide de estrategias de cumplimiento que la cooperación del regulado debe ser premiada mientras que la falta de cooperación debe ser castigada. Estos críticos plantean que no es ilegal decidir no cooperar con las autoridades, por lo que el sistema de cumplimiento de las normas no puede sustentarse en la cooperación. Más bien sostienen que el grado de rigurosidad del sistema de cumplimiento debe sustentarse en la naturaleza y seriedad de la ofensa, lo cual debería definirse en términos de daño y culpabilidad. Así, la seriedad del incumplimiento tendría que definirse por una multiplicidad de factores que incluyen el grado del daño causado, si el incumplimiento fue deliberado, su duración, la existencia de reiteración, entre otros. Para esta corriente de crítica quienes proponen la pirámide de estrategias de cumplimiento asumen que el objetivo es lograr la efectividad de la obediencia en el futuro, y no la naturaleza y seriedad de la ofensa. Ver YEUNG, Karen. *Securing Compliance*; citado por: MORGAN, B. y YEUNG, K. *An Introduction to Law and Regulation, Text and materials* (Cambridge, Cambridge University Press, 2009), pp. 201-202.

²³ La regulación del procedimiento de renovación de concesiones contenida en el RLT es idéntica a la recogida en la versión anterior de esta norma, que fue aprobada mediante Decreto Supremo N° 027-2004-MTC.

2001-PCM, se establece que el OSIPTEL debe emitir un informe dentro del procedimiento de renovación de las concesiones para evaluar si la concesionaria cumplió las obligaciones previstas en su contrato y en la normativa del sector (en adelante, el Informe de Evaluación).

Más adelante se desarrollarán los alcances del análisis de cumplimiento que efectúan tanto el MTC como el OSIPTEL para efectos de determinar si corresponde la renovación de la concesión. Lo relevante en este punto es identificar el tipo de decisión final que puede adoptarse luego del referido análisis y qué carácter tiene esta decisión final.

Sobre este particular, la regulación general de telecomunicaciones no contiene una disposición que señale el tipo de decisión que puede adoptar el MTC frente a las solicitudes de renovación, luego de realizar el análisis de cumplimiento de obligaciones de parte del concesionario. Esta materia ha sido definida más bien en los contratos de concesión suscritos a través de concursos públicos de ofertas llevados para la promoción de inversión privada y, a partir del 2007, en los contratos de concesión única celebrados utilizando como referencia el Contrato Tipo de Concesión Única para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, aprobado por el MTC luego de la entrada en vigencia de la Ley que establece la Concesión Única para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones²⁴.

Las reglas específicas contempladas en los contratos antes referidos son, de un lado, que el concesionario puede optar por solicitar la renovación total del plazo de su concesión (es decir por 20 años adicionales), o la renovación gradual por períodos de 5 años. De otro lado, se contempla que de optarse por la renovación gradual, la decisión final del MTC puede ser de 3 tipos:

a) Renovar el plazo de la concesión por un período de 5 años adicionales, siempre que la empresa haya cumplido sus obligaciones.

- b) Renovar el plazo de la concesión por un período menor a 5 años, si la empresa ha incumplido sus obligaciones en un grado tal que no justifique la denegatoria de la renovación.
- c) No renovar el plazo de la concesión, debido al incumplimiento reiterado de las obligaciones, o por la existencia de indicios suficientes de que no podrá cumplirlas en el futuro²⁵.

De este modo, a partir del año 2007 los contratos de concesión únicamente contemplan como regla general (originada en el Contrato Tipo) tanto la opción de solicitar la renovación gradual como los 3 tipos de decisión final que puede tomar el MTC frente a tal solicitud. Los contratos de concesión celebrados previamente contienen también estas reglas cuando se originan en procesos de concurso público.

Teniendo en cuenta lo anterior, la decisión final en cualquier procedimiento de renovación gradual de la concesión de servicios públicos de telecomunicaciones puede dar lugar a que el MTC deniegue la renovación completamente (es decir, por todo el plazo solicitado) o parcialmente (es decir, por una parte del plazo solicitado que resulta proporcional al grado de incumplimiento encontrado). Esto significa que el derecho que en principio tiene el concesionario a que se le renueve la concesión por un plazo adicional de 20 años puede verse restringido por decisión del MTC en los procedimientos de renovación gradual. Siendo esto así, la decisión final que adopta el MTC puede determinar que la empresa concesionaria quede impedida de continuar prestando servicios, ya sea por todo el plazo de renovación solicitado o por parte de dicho plazo.

Por ello, la decisión del MTC en los procedimientos de renovación gradual de la concesión puede conducir a que el concesionario se vea en incapacidad de continuar operaciones en el mercado y, en ese sentido, tiene carácter punitivo. Por ende, esta decisión califica dentro de las categorías que se han planteado en la sección previa como un caso de enjuiciamiento y sanción que determina la inhabilitación y salida

²⁴ Ley N° 28737, Ley que establece la concesión única para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 18 de mayo de 2006.

²⁵ El primer caso, en que se define estos 3 tipos de decisión final del MTC frente a las solicitudes de renovación gradual, se encuentra en los Contratos de Concesión entre el Estado Peruano y la empresa Telefónica del Perú S.A.A. como producto del proceso de privatización de la Compañía Peruana de Teléfonos y de ENTEL Perú. En estos Contratos se señala que en caso la empresa opte por solicitar la renovación gradual, el MTC puede decidir: (i) renovar la concesión por todo el plazo (es decir 5 años adicionales) si se acredita que la empresa cumplió con todas sus obligaciones, (ii) renovar por un plazo menor si hubiese incumplido con sus obligaciones en grado tal que no justificase la denegatoria de la renovación, o (iii) no renovar el plazo de la concesión debido a un incumplimiento reiterado de obligaciones o por la existencia de indicios de que no pudiese cumplir con las mismas en el futuro.

anticipada del operador de telecomunicaciones del mercado²⁶. Consecuentemente, es una medida que se encuentra dentro de la parte más elevada (es decir más drástica) de la pirámide de medidas de cumplimiento.

Según los planteamientos teóricos ya explicados, si bien es importante que el sistema regulatorio de telecomunicaciones incluya la facultad de las autoridades del sector para aplicar medidas sumamente drásticas (como la inhabilitación parcial antes señalada), pues ello completa una pirámide de estrategias bien estructurada para garantizar el cumplimiento y permite a la autoridad "hablar suavemente cargando un enorme garrote", también es de suma relevancia que dicha facultad no sólo se ejerza con ponderación, sino sobre todo de forma residual como último recurso.

Con estas ideas en mente se evaluará si los criterios y metodología de análisis para la renovación gradual de concesiones de telecomunicaciones permiten utilizar proporcionada y residualmente la medida de enjuiciamiento y sanción antes señalada. Como la decisión que adopte el MTC puede determinar que un concesionario salga del mercado o que su tiempo de permanencia en el mismo se reduzca, lo mínimo indispensable es que los referidos criterios y metodología sean predecibles para los administrados y, en lo posible, se reduzcan los márgenes de discrecionalidad de las autoridades encargadas al no ser un nivel para mecanismos de cumplimiento voluntario.

3. Alcances del análisis de las solicitudes de renovación de concesiones de telecomunicaciones

Como ya se ha señalado, el procedimiento de renovación de concesiones de telecomunicaciones está regulado de forma complementaria en la regulación general del sector, en los contratos de concesión celebrados con las empresas operadoras, en el Contrato Tipo de Concesión Única para la prestación de servicios de telecomunicaciones y,

finalmente, en el Método de Evaluación. Los criterios de análisis y la metodología de ponderación del nivel de cumplimiento de obligaciones recién se han definido con carácter general desde el año 2007 y son producto de la experiencia adquirida en los casos concretos tramitados previamente, así como de su paulatina decantación en el tiempo; lo cual ha dado lugar a los criterios y metodología establecidos en el Método de Evaluación, tal como se explica a continuación.

En efecto, la regulación general de telecomunicaciones descrita en la sección previa, señala que el MTC debe decidir sobre las solicitudes de renovación de las concesiones considerando si la empresa concesionaria cumplió las obligaciones legales a su cargo, para lo cual toma en cuenta el Informe de Evaluación elaborado por el OSIPTEL. Pero los contratos de concesión celebrados con las empresas operadoras como producto de procesos de concurso para la promoción de la inversión privada también contienen reglas específicas al respecto.

El primer referente que debe señalarse es el procedimiento de renovación establecido en los Contratos de Concesión entre el Estado Peruano y la empresa Telefónica del Perú S.A.A (en adelante, Telefónica) para la prestación de los servicios de telefonía fija y larga distancia²⁷.

La cláusula 4.02 de los Contratos de Concesión de Telefónica establece que la empresa puede optar entre la renovación total, por un plazo adicional máximo de 20 años contados desde la terminación del plazo inicialmente otorgado, o la renovación gradual por períodos adicionales de hasta 5 años al plazo de la concesión, caso en el cual la renovación debe convenirse por cada período de 5 años contados a partir de la fecha de entrada en vigencia de la concesión. Asimismo, los referidos Contratos definen el conjunto de obligaciones de la empresa concesionaria que deben ser materia de evaluación en el procedimiento de renovación, incluyendo no solamente obligaciones previstas por la regulación de telecomunicaciones, sino también por el marco legal peruano en general²⁸.

²⁶ En términos prácticos, dentro de las medidas que puedan ser utilizadas por el MTC (y por el OSIPTEL) para sancionar el indebido comportamiento de las empresas concesionarias, la decisión final de los procedimientos de renovación gradual del plazo de la concesión resulta el mecanismo más drástico, pues es superado únicamente por la facultad de declarar la caducidad de la concesión. Por debajo en la pirámide se encuentran otros mecanismos de enjuiciamiento y sanción aplicados por el OSIPTEL a través de procedimientos sancionadores que determinan la imposición de sanciones pecuniarias; adicionalmente, también se encuentran otros mecanismos de cumplimiento de menor rigurosidad, como por ejemplo las denominadas medidas correctivas que aplica el OSIPTEL y que en algunos casos pueden implicar un suerte de advertencia.

²⁷ Contratos de Concesión con CPT y Entel, aprobados por Decreto Supremo N° 11-94-TCC, publicado el 11 de mayo de 1994.

²⁸ Las referidas obligaciones son las siguientes: (i) obligaciones establecidas en las cláusulas 6, 8 y 9 de los Contratos de Concesión de Telefónica: relativas a pago de derechos, tasas y canon; prestación del servicio de arrendamiento de circuitos, requisitos de calidad; obligaciones en caso de emergencia o crisis; instalación de teléfonos públicos; procedimientos de inspección y requisitos de control; secreto de las telecomunicaciones y protección de datos; requisitos de asistencia a abonados y usuarios;

Más adelante se celebraron otros contratos derivados de procesos de concurso público, siendo un referente útil para la presente explicación el Contrato de Concesión de la empresa Tim Perú S.A. (actualmente Claro)²⁹ para prestar el servicio de telefonía móvil a través de la tecnología PCS. Este contrato estableció un procedimiento de renovación de la concesión en términos bastante similares a los establecidos en los Contratos de Concesión de Telefónica. Es decir, contempló la posibilidad de solicitar una renovación gradual por quinquenios y un procedimiento casi idéntico al establecido para el caso de Telefónica. Sin embargo, en comparación con los Contratos de Concesión de Telefónica, el Contrato de Concesión de Claro establece un conjunto menor de obligaciones originadas en la regulación de telecomunicaciones a ser materia de evaluación y además no incluye las obligaciones nacidas del marco legal peruano en general.

Más recientemente, a inicios del año 2007, el MTC aprobó el Contrato Tipo de Concesión Única para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones. La cláusula quinta del Contrato Tipo también establece el procedimiento de renovación en términos similares a lo establecido en los Contratos de Telefónica y de Claro, pero señala un conjunto de obligaciones materia de evaluación casi idéntico al previsto en el Contrato de Concesión de Claro.

En tal sentido, las obligaciones materia de evaluación en el procedimiento de renovación gradual de concesiones se han ido acotando progresivamente si se comparan con el listado previsto en los Contratos de Concesión de Telefónica, tal como se muestra en el siguiente cuadro:

Concesión Telefónica	Concesión Claro ³⁰	Concesión Única ³¹
Pago de derechos tasas y canon	Obligaciones de pago frente a OSIPTEL establecidas en el Contrato	Obligaciones de pago establecidas en el RLT y en el Reglamento de OSIPTEL
Continuidad de servicio		

Prestación servicio arrendamiento de circuitos		
Obligaciones en caso de emergencia		
Requisitos expansión de la red		
Requisitos relativos a teléfonos públicos		
Requisitos de calidad del servicio	Normas sobre calidad del servicio	Normas sobre calidad del servicio
Procedimiento de inspección y requisitos de control		
Secreto de las telecomunicaciones y protección de datos		
Requisitos de asistencia a abonados y usuarios	Condiciones de uso del OSIPTEL	Condiciones de uso del OSIPTEL
Cooperación con otros operadores		
Requisitos contables		
Archivo y requisitos de información		
Régimen tarifario general		
Reglas de interconexión	Normas sobre interconexión	Normas sobre interconexión
Reglas de competencia	Reglas de competencia (libre y leal competencia)	Reglas de competencia (libre y leal competencia)
Cumplimiento de mandatos y reglamentos del OSIPTEL	Cumplimiento de mandatos y reglamentos del OSIPTEL que resulten aplicables	Cumplimiento de Mandatos y reglamentos establecidos por OSIPTEL
Prestar servicios y llevar negocios conforme a las Leyes del Perú	Prestación del servicio conforme al contrato y Leyes aplicables	Prestación de los servicios conforme al Contrato, LT, RLT y normas aplicables de telecomunicaciones
	Principios de igualdad de acceso, neutralidad y no discriminación	Principios de igualdad de acceso, neutralidad y no discriminación

No obstante lo anterior, antes de que sea aprobado el Método de Evaluación, ni la regulación general de telecomunicaciones ni los contratos de concesión, ya sea los derivados de procesos de

requisitos contables, archivo y requisitos de información; (ii) reglas de interconexión establecidas los Contratos; (iii) reglas de competencia establecidas en los Contratos; (iv) mandatos y reglamentos emitidos por el OSIPTEL; y (v) que haya prestado sus servicios públicos de telecomunicaciones y llevado sus negocios conforme a las Leyes del Perú.

²⁹ Versión Final del Contrato de Concesión para la prestación del servicio público de comunicaciones personales (PCS) del año 2005 publicada por PROINVERSION en su portal web.

³⁰ Al momento de definir algunas de las obligaciones que serán materia de evaluación en el procedimiento de renovación, el Contrato de Concesión de Claro hace referencia a las "Condiciones esenciales del Contrato". De acuerdo a lo establecido en el numeral 2.02 del Contrato, son condiciones esenciales de dicho Contrato las siguientes: (i) respeto a las reglas de libre y leal competencia y normas sobre interconexión, en cuanto afecten o puedan afectar el derecho de los otros prestadores de servicios públicos de telecomunicaciones o de los abonados y/o usuarios; (ii) el sometimiento a los principios fundamentales de igualdad de acceso, neutralidad y no discriminación, establecidos en la LT y el RLT; (iii) el cumplimiento de las normas sobre condiciones de uso y calidad del servicio aprobadas por el OSIPTEL.

³¹ El numeral 3.05 del Contrato Tipo de Concesión Única hace referencia a las condiciones esenciales del Contrato en los mismos términos que los recogidos en el Contrato de Concesión de Claro.

concurso público o los que tienen como referente el Contrato Tipo, contemplaban los criterios y/o metodología de ponderación del cumplimiento de las obligaciones a cargo del concesionario, a fin de que las autoridades pudieran definir si correspondía renovar, no renovar, o renovar parcialmente el plazo de las concesiones. Además, tampoco existía una disposición legal que obligase a dichas autoridades a aprobar los criterios y metodología antes referidos.

Esta situación provocó notoria incertidumbre en los principales procedimientos de renovación gradual que se iniciaron, lo que se puso de manifiesto en la modificación de criterios y metodologías de ponderación utilizadas por las autoridades, generándose como era de esperar una considerable falta de predictibilidad. Como ejemplo de ello se expondrá algunos casos de renovación gradual tramitados previamente a que en el año 2010 se aprobará el Método de Evaluación.

4. Procedimientos de renovación gradual de la concesión de Telefónica

Según lo autorizado por los Contratos de Concesión de Telefónica, esta empresa optó en el año 1999 por solicitar la renovación gradual³². Dado que el plazo de su concesión inicial es de 20 años (de 1994 hasta el 2014), las renovaciones de 5 años cada una debían solicitarse meses antes del vencimiento de cada quinquenio del plazo inicial de su concesión según se indica en el siguiente cuadro.

Concesión inicial	Primera renovación	Segunda renovación	Tercera renovación	Cuarta renovación
1994-2014	2014-2019 Solicitud en 1999	2019-2024 Solicitud el 2003	2024-2029 Solicitud el 2007	2029-2034 Solicitud el 2011

4.1. Primera renovación

En 1999 Telefónica solicitó la primera renovación gradual de su concesión. La decisión final del MTC fue emitida el mismo año, resolviéndose aprobar la renovación por todo el plazo solicitado por la empresa (5 años), es decir hasta el año 2019³³. El Informe de Evaluación elaborado por el OSIPTEL respecto de esta solicitud no se encuentra disponible en su página web. No obstante, en la Resolución que otorgó la renovación total el MTC consideró que no procedía una denegatoria de la solicitud planteada por Telefónica, en la medida que los incumplimientos identificados no habían sido reiterados, siendo que la frecuencia y cantidad de los mismos no permitía concluir una voluntad de la empresa de incumplir los términos de sus Contratos de Concesión ni de desvirtuar su finalidad. El MTC señaló más bien que se había verificado que la empresa había cumplido con las metas más importantes planteadas para el período de evaluación.

El MTC precisó que del Informe de Evaluación del OSIPTEL se podía concluir que Telefónica había alcanzado satisfactoriamente los objetivos de expansión propuestos, superándose incluso las metas previstas en sus Contratos de Concesión, destacando las relativas a la instalación de líneas telefónicas, mejoras tecnológicas e incremento en el índice de instalación de teléfonos públicos. Asimismo, señaló que fue el cumplimiento de tales metas lo que determinó la conclusión anticipada del período de monopolio temporal a favor de Telefónica, permitiendo la apertura a la competencia de los servicios de telefonía fija y larga distancia. El MTC también manifestó que luego de contrastar los incumplimientos con las metas alcanzadas por Telefónica, el OSIPTEL había concluido que dichos incumplimientos no resultaban significativos, por lo que resultaba procedente otorgar la renovación del plazo de los

³² Los Contratos de Concesión de Telefónica establecen asimismo el procedimiento que deberá seguirse para la renovación gradual de sus concesiones. Al respecto, la cláusula 4.03 establece que corresponde al MTC tomar la decisión respecto de la solicitud de renovación planteada por Telefónica y por ende, conducir el procedimiento mediante el cual se tramita la referida solicitud. Asimismo, señalan que corresponde al OSIPTEL emitir un Informe de Evaluación, en el que debe señalar si, y en qué medida, Telefónica, durante los 5 años anteriores o durante el plazo de la concesión, había cumplido con las obligaciones establecidas en el Contrato.

El plazo inicial otorgado para la concesión a Telefónica fue de 20 años. Considerando que el Contrato de Concesión fue suscrito en 1994, el término del plazo inicial se producirá el 2014. De acuerdo con las reglas previstas en el Contrato para el procedimiento de renovación gradual, antes de terminarse el primer quinquenio Telefónica debía solicitar la primera renovación gradual, antes del vencimiento del segundo quinquenio solicitar la segunda renovación y así sucesivamente. Dichas renovaciones, de ser otorgadas, extenderían el plazo desde el año 2014 hasta un máximo total de 20 años adicionales, esto es, hasta el año 2034.

³³ Resolución Ministerial N° 272-99/MTC, publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 23 de junio de 1999. Si bien esta Resolución no señala la fecha de la solicitud de renovación de Telefónica, la misma debió presentarse el año 1999, por lo que fue resuelta en plazo relativamente corto si se compara con la duración del trámite en los siguientes procedimientos de renovación iniciados por Telefónica.

Contratos de Concesión de dicha empresa por un período de 5 años adicionales.

4.2. Segunda renovación

En diciembre de 2003 Telefónica presentó la segunda solicitud de renovación. En marzo del 2004, el OSIPTEL emitió el Informe de Evaluación correspondiente señalando el grado de cumplimiento de obligaciones por parte de Telefónica, con excepción de aquellas obligaciones que correspondía supervisar al MTC. Además, el OSIPTEL señaló que no era competente para definir si el grado de incumplimiento detectado podía dar lugar o no a que se deniegue la renovación solicitada, pues ello implicaba un pronunciamiento indirecto sobre la decisión de renovar o no la concesión, decisión que solo correspondía adoptar al MTC³⁴.

El OSIPTEL planteó sus conclusiones en términos absolutos de cumplimiento o incumplimiento de cada categoría de obligaciones previstas en los Contratos de Concesión de Telefónica, sin precisar la forma en que había ponderado cada incumplimiento individual dentro de una categoría de obligaciones identificada como no cumplida.

El MTC solicitó al OSIPTEL efectuar algunas precisiones sobre el Informe de Evaluación. En particular, le solicitó precisar en qué medida Telefónica había cumplido con las obligaciones incluidas en sus Contratos de Concesión y, específicamente, en el caso de los incumplimientos señalar si eran de menor o mayor grado. El OSIPTEL emitió un Primer Informe Ampliatorio reiterando su posición inicial, es decir señalando que no le correspondía precisar si el incumplimiento detectado era de mayor o menor grado, por considerar que ello determinaría la decisión sobre el fondo (si se renovaba parcialmente o no se renovaba el plazo de la concesión), decisión que correspondía únicamente al MTC³⁵.

Ante ello, el MTC solicitó al Regulador nuevas precisiones en relación con el Informe de Evaluación. De un lado, le solicitó que se pronuncie respecto de si Telefónica había cumplido, y en qué medida, con los reglamentos y mandatos emitidos por el OSIPTEL, así como con las leyes del Perú en los términos señalados en sus Contratos de Concesión.

Como resultado de esta nueva solicitud, el OSIPTEL emitió un Segundo Informe Ampliatorio en el que detalló el listado de mandatos y reglamentos emitidos por el OSIPTEL, precisando que ya se había pronunciado en sus informes anteriores respecto de su cumplimiento. En cuanto a la obligación de cumplir con las leyes del Perú, precisó que en sus anteriores informes se había pronunciado ya respecto del cumplimiento de las obligaciones en materia de la normativa de telecomunicaciones. En relación con el cumplimiento de normativa de otros sectores, el OSIPTEL precisó que dada la amplitud de esta obligación había publicado en el Diario Oficial "El Peruano" un requerimiento para que las distintas entidades del sector público le remitieran copia de los actos administrativos y/o judiciales firmes vinculados con el cumplimiento de obligaciones. No obstante, informó que las entidades públicas no habían respondido a tal requerimiento, por lo que era materialmente imposible trasladar al MTC información relevante sobre este tema.

Según información pública, con lo aportado por el OSIPTEL hasta ese momento, en conferencia de prensa (que se habría realizado el 09 de junio de 2004) el MTC sostuvo que la opinión interna de una de sus dependencias recomendaba denegar por completo la segunda renovación gradual solicitada por Telefónica³⁶. Al parecer, según la evaluación realizada hasta ese momento por la referida dependencia del MTC, Telefónica había alcanzado un grado de cumplimiento equivalente al 72,8%, pero el grado de cumplimiento mínimo

³⁴ Informe de Evaluación elaborado de conformidad con la sección 4.03 (b) de los Contratos de Concesión de Telefónica, de marzo de 2004. Este Informe se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica (visitada el 09 de abril de 2011). http://www.osiptel.gob.pe/WebSiteAjax/WebFormGeneral/Plantillas/wfrm_Plantilla_Informacion_PrimerNivel.aspx?CC=382&CS=1143&RI=titulo_telecomunica.jpg&NN=3

Como se observa en el segundo procedimiento el OSIPTEL adoptó una posición distinta a la asumida en el primero, pues en el primer procedimiento no se limitó a evaluar el cumplimiento de las obligaciones por parte de Telefónica, sino que también emitió una opinión expresa sobre la procedencia de la renovación por el plazo total solicitado por Telefónica.

³⁵ En relación a la medida de cumplimiento, el OSIPTEL precisó que cuando en el Informe se señaló que una determinada obligación se había incumplido, carecía de sentido precisar la medida de cumplimiento, pues justamente la opinión del Regulador era que se había incumplido. De otro lado, señaló que en aquellos casos en los que señalaba expresamente que una determinada obligación había sido cumplida existían dos posibilidades: (i) si señalaba que se había cumplido sin precisar ninguna circunstancia particular de excepción, debía entenderse que el cumplimiento fue óptimo; (ii) si señalaba que se había cumplido pero incluyendo algunas circunstancias de excepción, debía considerarse que el cumplimiento no se había dado al 100%, es decir no había sido óptimo, por lo que se detallaban los alcances del incumplimiento.

³⁶ Información obtenida de una presentación realizada por Telefónica el 28 de junio de 2004 y disponible en su portal web (visitado el 11 de abril de 2011): <http://www.telefonica.com.pe/pdf/PresentacionConferenciadePrensa280604.ppt#261,1>

que tal dependencia estaba asumiendo como necesario para otorgar la renovación solicitada era del 75%. Esta situación provocó una intensa controversia con la empresa, que involucró también la participación de otras entidades del sector público tales como la Defensoría del Pueblo y la Comisión de Servicios Públicos del Congreso de la República, que solicitaron al MTC no renovar el plazo de la concesión³⁷.

La empresa presentó una serie de alegaciones precisando que la opinión de la dependencia antes señalada vulneraba el principio de predictibilidad y modificaba unilateralmente la metodología de evaluación utilizada para la primera renovación gradual. Al respecto, la empresa señaló que se estaban aplicando criterios de evaluación no proporcionales, pues la mencionada dependencia estaba asignando un peso relativo del 38,9% al cumplimiento de algunas categorías de obligaciones, tales como las de colaboración con los competidores, las reglas de interconexión y las reglas de competencia, sin que existiera sustento legal o contractual alguno para darles mayor peso respecto de otras obligaciones. Asimismo, la empresa cuestionó que se estuviera asumiendo un porcentaje de cumplimiento mínimo (es decir el 75%) para otorgar la renovación, pues dicho porcentaje no estaba contemplado ni en la regulación general de telecomunicaciones ni en sus Contratos de Concesión. Finalmente, la empresa señaló que en la evaluación de cumplimiento se había considerado procedimientos en los que se le impuso una sanción, pero cuya impugnación aún se encontraba en trámite en sede administrativa o judicial. En tal sentido, solicitó al MTC reconsiderar estos argumentos y modificar los criterios recogidos en la opinión interna antes mencionada.

Dadas las complejas discrepancias suscitadas, el MTC solicitó al OSIPTEL nuevas y mayores precisiones a su Informe de Evaluación, las mismas que dieron lugar al Tercer Informe Ampliatorio del OSIPTEL, así como a un informe específico emitido por la Gerencia de Políticas Regulatorias del Regulador. En estos informes se definió, a solicitud del MTC, un valor porcentual de cumplimiento de las obligaciones contenidas en los Contratos de Concesión de Telefónica. Asimismo, se señaló que las obligaciones contenidas en los Contratos de Concesión de Telefónica podían dividirse en cinco

grupos y correspondía asignarle a cada uno de ellos un peso equivalente al 20%. Además, se planteó que dentro de cada grupo podía asignarse un porcentaje equivalente a cada obligación. Siguiendo estas reglas, el OSIPTEL asignó los puntajes correspondientes a cada obligación considerada en el Informe de Evaluación y, finalmente, determinó un nivel de cumplimiento equivalente al 83,98%.

El pronunciamiento final del MTC fue emitido en el año 2009³⁸. Dado el grado de incumplimiento encontrado, la decisión del MTC fue otorgar la segunda renovación pero reduciendo el plazo solicitado en 10 meses, es decir, otorgar la renovación de la concesión por un período equivalente a cuatro años y dos meses.

4.3. Tercera renovación

Antes de concluir el procedimiento correspondiente a la segunda renovación, se emitieron los Lineamientos para desarrollar y consolidar la Competencia y la Expansión de los servicios de telecomunicaciones en el Perú, aprobados mediante Decreto Supremo N° 003-2007-MTC (en adelante, DS 003-2007-MTC), estableciéndose algunas reglas importantes para los procedimientos de renovación de concesiones, que son las que siguen:

- El MTC debía aprobar la metodología para analizar el nivel de cumplimiento de las obligaciones previstas en los contratos de concesión en el marco del procedimiento de renovación de concesiones, con el propósito de generar transparencia y predictibilidad en las decisiones que se adoptasen respecto de las solicitudes de renovación de concesiones.
- Debía evaluarse “el desempeño general” de la empresa concesionaria respecto de cada obligación en el período analizado.
- No debían calificarse como incumplimientos situaciones que aún estuvieran en litigio en sede administrativa, judicial o arbitral, precisando que dichos incumplimientos debían ser considerados para el período de renovación en el que los mismos fuesen resueltos.

En diciembre de 2008 Telefónica presentó la tercera solicitud de renovación. El OSIPTEL

En dicha presentación se afirma que el 09 de junio de 2004 Telefónica fue notificada con el Informe N° 166-20040-MTC/17.10. SSP elaborado por la Sub Dirección de Servicios Públicos de la Dirección General de Gestión de Telecomunicaciones del MTC, en la cual se recomendaba no otorgar la renovación gradual de la concesión por cinco años adicionales. El referido informe no se encuentra disponible en el portal web del MTC.

³⁷ Al respecto, ver <http://www.larepublica.pe/node/154337/comentario> (visitada el 12 de abril de 2011).

³⁸ Resolución Ministerial N° 140-2009-MTC/03, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” con fecha 19 de febrero de 2009.

emitió su Informe de Evaluación el año 2009 incorporando las reglas previstas en el DS 003-2007-MTC para el análisis de cumplimiento de las obligaciones de la empresa concesionaria, y modificando algunos criterios utilizados en el procedimiento de la segunda renovación.

En la metodología contemplada en el Informe de Evaluación del OSIPTEL para la tercera renovación se consideró una reducción del período de renovación solicitado sobre la base del detalle de los incumplimientos registrados, medidos en función al número de medidas correctivas, sanciones leves, sanciones graves y sanciones muy graves impuestos a la empresa. Asimismo, la fórmula utilizada por el Regulador consideró que los incumplimientos de la regulación de telecomunicaciones tendrían un peso del 90%, mientras que los relativos al “cumplimiento de las Leyes del Perú” tendrían solamente un peso relativo del 10% en la evaluación global.

De otro lado, el Regulador estableció veinte tipos de obligaciones previstas en los Contratos de Concesión de Telefónica y para cada tipo de obligación se identificó una falta típica. Posteriormente, se estimó el impacto (como beneficio por incumplir) de cada una de estas faltas en el flujo de caja de la empresa (utilizando el Valor Presente Neto o VAN). Según su impacto en el VAN se establecieron tres tipos de incumplimientos: de alto impacto, de impacto medio y de bajo impacto³⁹. En función de todo lo anterior, el OSIPTEL concluyó que la penalidad total que correspondía aplicar a Telefónica en el marco del procedimiento de la tercera renovación gradual era de 10.37 meses⁴⁰.

En julio de 2009, el MTC otorgó a Telefónica la tercera renovación por un período equivalente a cuatro años y tres meses, tomando en cuenta lo señalado por el OSIPTEL en el Informe de Evaluación al que se ha hecho referencia previamente⁴¹. Es necesario precisar que el MTC realizó algunas precisiones al informe de Evaluación del OSIPTEL, incorporando obligaciones adicionales en la evaluación realizada y modificando ligeramente la ponderación realizada por el OSIPTEL, conforme a lo previsto en los Contratos de Concesión de Telefónica.

5. Discrecionalidad y falta de predictibilidad en el procedimiento de renovación de concesiones

Tal como se ha explicado, si bien en los contratos de concesión específicos se contemplan las obligaciones cuyo cumplimiento debe ser objeto de evaluación en los procedimientos de renovación del plazo de las concesiones, ni la regulación general de telecomunicaciones ni los referidos contratos de concesión establecían criterios de análisis ni una metodología de ponderación del nivel de cumplimiento de las obligaciones materia de evaluación hasta inicios del año 2007.

Esta situación empezó a corregirse recién con el DS 003-2007-MTC, que estableció dos reglas importantes para los procedimientos de renovación de concesiones, relativas al carácter cualitativo del análisis a realizar (“desempeño general” del concesionario en el cumplimiento de sus obligaciones) y a la situación de los incumplimientos imputados (solo considerar procedimientos o procesos que determinaban incumplimientos cuando ya estuvieran concluidos definitivamente). Asimismo, esa norma dispuso que se apruebe una metodología para analizar el nivel de cumplimiento de las obligaciones previstas en los contratos de concesión. No obstante, en tanto no se determinaron las reglas a ser aplicadas, los criterios de análisis y metodología de ponderación continuaron variándose en relación con las utilizadas previamente, como lo demuestra el tercer procedimiento de renovación seguido por Telefónica.

En tal sentido, dada la inexistencia de reglas suficientemente uniformes, el procedimiento de renovación de concesiones otorgaba amplios márgenes de discrecionalidad a las autoridades del sector para definir la forma de computar y cuantificar el nivel de cumplimiento de las obligaciones y, consecuentemente, también para determinar si otorgaba la renovación y con qué alcance temporal.

Como se sabe, la discrecionalidad consiste en la elección que tienen los órganos y organismos del Estado para tomar las decisiones que corresponden a sus competencias. Supone la capacidad de

³⁹ Ello, en función de si el impacto en el VAN era menor a US\$ 400,000 (bajo impacto), entre US\$ 400,000 y 1'000,000 (impacto medio) o superior a US\$ 1'000,000 (alto impacto).

⁴⁰ El Informe de Evaluación del OSIPTEL se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica (visitada el 09 de abril de 2011): http://www.osiptel.gob.pe/WebSiteAjax/WebFormGeneral/Plantillas/wfrm_Plantilla_Consulta_TresNiveles.aspx?CC=382&CS=1143&CI=31822&RI=titulo_telecomunica.jpg

⁴¹ Resolución Ministerial N° 527-2009/MTC.03 publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 23 de julio de 2009. Con ello, se amplió la concesión hasta el 23 de noviembre de 2027.

decidir considerando las necesidades del momento (oportunidad, conveniencia, utilidad y utilización de valoraciones técnicas) sobre la base de la razonabilidad y la proporcionalidad⁴².

El Tribunal Constitucional peruano ha señalado que la discrecionalidad se sustenta en el principio de legalidad, el cual admite la existencia de actos reglados y de actos discrecionales. En el caso de los actos discrecionales las entidades administrativas tienen la libertad de decidir en relación con un asunto concreto, en la medida que el marco legal no establece lo qué deben hacer o, en este caso particular, cómo deben hacerlo⁴³.

Los criterios que deben regir el ejercicio de potestades discrecionales con la finalidad de evitar que las decisiones adoptadas como resultado de las mismas se conviertan en arbitrarias, son los de razonabilidad y proporcionalidad⁴⁴.

En relación al principio de razonabilidad, de acuerdo con lo previsto en la Ley del Procedimiento Administrativo General, este principio supone que cualquier decisión de la autoridad administrativa debe aplicarse conforme a los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que debe tutelar para que se correspondan con la satisfacción de su cometido⁴⁵:

Respecto al principio de proporcionalidad, se ha señalado que consiste en que el grado de

la sanción guarde una relación equivalente o proporcional -ventajas y desventajas- con el fin que se procura alcanzar. Se debe realizar una ponderación o balance de costo-beneficio de la medida a aplicarse, entre los intereses y derechos sacrificados y el fin público que se persigue, pero contextualizándolo con los hechos y circunstancias determinantes de la responsabilidad del sujeto regulado⁴⁶. Asimismo, se ha señalado que la proporcionalidad busca encontrar una adecuada relación de volumen, significación o cuantía entre dos elementos jurídicos entre sí⁴⁷.

Estos criterios fueron tomados en cuenta por las autoridades sectoriales de telecomunicaciones al momento de evaluar las solicitudes de renovación de concesiones que se han comentado en la sección previa, pero ello no evitó que sus decisiones muestren un notorio carácter discrecional y ausencia de predictibilidad. Ello debido principalmente a que los criterios y las ponderaciones utilizadas por el MTC y el OSIPTEL para realizar la evaluación no se encontraban predefinidas por el marco regulador, sino que más bien han sido progresivamente ajustadas conforme dichas entidades fueron adquiriendo mayor experiencia en la tramitación de los procedimientos.

En efecto, tanto el MTC como el OSIPTEL han ido ajustando progresivamente los criterios de análisis y metodología de ponderación del nivel de cumplimiento de obligaciones. Esto no ha estado libre de controversias, pues se han presentado momentos de oposición manifiesta así como

⁴² RUBIO CORREA, Marcial. El Estado Peruano según la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006); p. 144 y ss.

⁴³ El Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente: "La discrecionalidad estatal se rige por el principio de legalidad, el cual admite la existencia de los actos reglados y los actos no reglados o discrecionales. Respecto a los actos no reglados o discrecionales, los entes administrativos gozan de libertad para decidir sobre un asunto concreto dado que la Ley, en sentido lato, no determina lo que deben hacer o, en su defecto, cómo deben hacerlo. En puridad, se trata de una herramienta jurídica destinada a que el ente administrativo pueda realizar una gestión concordante con las necesidades de cada momento. La discrecionalidad tiene su justificación en el propio Estado de Derecho, puesto que atañe a los elementos de oportunidad, conveniencia, necesidad; amén de las valoraciones técnicas que concurren en una gran parte de las actuaciones de la administración estatal". Sentencia de Tribunal Constitucional emitida el 05 de julio del 2004 en el expediente N° 0090-2004-AA-TC sobre acción de amparo interpuesta por don Juan Carlos Callegari Herazo contra el Ministerio de Defensa.

⁴⁴ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General (Lima, Gaceta Jurídica, 2007); p. 70. RUBIO CORREA, Marcial. El Estado Peruano según la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006); *Ibid.*

⁴⁵ Al desarrollar este tema Morón señala que la Ley, mediante este principio, otorga una pauta fundamental a la autoridad que tiene la competencia para producir actos de gravamen contra los administrados, es decir, producirlos de manera legítima, justa y proporcional. Así, la norma contempla que para cumplir con el principio de razonabilidad una disposición de gravamen (por ejemplo, una sanción administrativa, la ejecución de un acto, la limitación de un derecho, etc.), debe cumplir con: (i) adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida, esto es, cumplir y no desnaturalizar la finalidad para la cual fue acordada la competencia de emitir el acto de gravamen; y (ii) mantener la proporción entre los medios y fines, lo que quiere decir que la autoridad al decidir el tipo de gravamen a emitir o entre los diversos grados que una misma noción puede conllevar, no tiene plena discrecionalidad sino que debe garantizar la finalidad perseguida por la norma legal. MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General (Lima Gaceta Jurídica, 2007), p. 70.

⁴⁶ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Op. Cit. p. 653.

⁴⁷ RUBIO CORREA, Marcial. Op. Cit. p. 251. De otro lado, el Tribunal Constitucional ha señalado que: "(...) en la medida en que el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de Derecho, él no solo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material. Es decir, impone al legislador el que, al momento de establecer las penas, ellas obedezcan a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la pena que se vaya imponer."

retrocesos notorios en las posiciones adoptadas. Los tres procedimientos de renovación antes comentados muestran falta de uniformidad en cuanto a plazos, criterios aplicados y resultados finales. Con ello se genera falta de predictibilidad en el procedimiento de renovación de concesiones.

En el siguiente cuadro se resumen algunos aspectos relevantes de los procedimientos de renovación antes descritos, evidenciándose diferencias considerables:

	Primera renovación	Segunda renovación	Tercera renovación
Duración del procedimiento	6 meses	5 años y tres meses	8 meses
Plazo de renovación otorgado	5 años	4 años y dos meses	4 años y tres meses
Penalización sobre el plazo	Ninguna	10 meses	9 meses

Lo anterior no significa que las potestades otorgadas se hayan ejercido arbitrariamente, pues como se ha señalado la discrecionalidad ejercida acorde con parámetros de razonabilidad y proporcionalidad está amparada por el marco legal. Sin embargo, la ausencia de predictibilidad en las decisiones adoptadas por el MTC es manifiesta.

Esto incrementaba la incertidumbre de los agentes del mercado sobre la aplicación de una medida con potencial carácter punitivo que determina la salida anticipada de un operador de telecomunicaciones del mercado, es decir una drástica medida de enjuiciamiento y sanción, por lo que debía ser aplicada residualmente como último recurso, limitando en lo posible amplios márgenes de discrecionalidad e incertidumbre.

6. ¿Aplicación residual del carácter punitivo del procedimiento de renovación de las concesiones?

Como ya se ha señalado, en julio de 2010 el MTC aprobó el Método de Evaluación en cumplimiento de lo dispuesto por el DS 0003-2007-MTC. Esta era la oportunidad para corregir la situación antes descrita, a través de la formulación de reglas precisas y de aplicación uniforme. Por ello, a continuación se analiza si este Método de Evaluación permite que la drástica medida de enjuiciamiento y sanción derivada del procedimiento de renovación de concesiones se aplique como último recurso, reduciendo,

en la medida de lo posible, los márgenes de discrecionalidad e incertidumbre.

En primer lugar, el Método de Evaluación recoge varios criterios ya desarrollados en el Informe de Evaluación elaborado por el OSIPTEL dentro del tercer procedimiento de renovación gradual de la concesión de Telefónica. Esto resulta positivo en la medida que se ha aprovechado la experiencia ganada tanto por el MTC como por el OSIPTEL, que refleja el progresivo ajuste de los criterios de análisis. Así, el Método de Evaluación contempla una fórmula para calcular el período máximo de penalización sobre el plazo de renovación solicitado y para ponderar las distintas obligaciones en función de su relevancia e incidencia en el flujo de caja de la empresa concesionaria.

En segundo lugar, entre las novedades del Método de Evaluación corresponde mencionar las medidas procedimentales para garantizar una mayor intervención del concesionario en el procedimiento de renovación. Al respecto, el Método de Evaluación amplía el plazo otorgado en los contratos de concesión para que la empresa concesionaria presente comentarios u objeciones al Informe de Evaluación elaborado por el OSIPTEL. Asimismo, dispone que el OSIPTEL elabore un Informe de Evaluación anual en el caso de empresas que superen determinado rango de ingresos, lo cual permite una evaluación continua y pormenorizada de OSIPTEL en ciertos casos de mayor relevancia. Este Informe de Evaluación anual debe ser enviado a la respectiva empresa, otorgándosele la posibilidad de presentar sus descargos.

Asimismo, resulta positivo que el Método de Evaluación haya establecido como regla general la metodología y los parámetros que debe utilizar el OSIPTEL para realizar la evaluación del cumplimiento de las obligaciones a cargo de las empresas concesionarias. Es decir, si bien el MTC y el OSIPTEL han adquirido cierta experiencia en la aplicación del procedimiento para el caso de Telefónica, ahora la metodología y los parámetros están definidos con alcance general para cualquier empresa concesionaria de telecomunicaciones.

Debe tenerse en cuenta que, en los procedimientos de renovación gradual iniciados previamente por Telefónica fueron necesarias coordinaciones reiteradas entre el MTC y el OSIPTEL respecto del alcance de la intervención de cada autoridad en el procedimiento. Antes de la entrada en vigencia del Método de Evaluación era claro que el procedimiento está a cargo del MTC, quien debe emitir el pronunciamiento final, mientras que el

OSIPTEL debe elaborar el Informe de Evaluación. Sin embargo, no se encontraba definido quién debía realizar las ponderaciones entre los distintos tipos de incumplimientos detectados, ni tampoco qué autoridad debía definir el porcentaje a reducir del plazo de renovación⁴⁸. El Método de Evaluación define estos aspectos medulares y deja de lado posibles discrepancias entre las autoridades, ofreciendo mayor predictibilidad⁴⁹.

El Método de Evaluación establece también pautas detalladas para delimitar las obligaciones materia de evaluación y la ponderación a ser aplicada para evaluar cada uno de los incumplimientos de las empresas concesionarias. Asimismo, incluye una regla para determinar el límite máximo de penalización para efectos de la renovación parcial de la concesión, superado el cual el MTC procede a denegar la renovación. Ello genera mayor predictibilidad sobre los alcances de la decisión del MTC y da suficiente contenido a la fórmula abierta prevista en los contratos de concesión, que señala que la solicitud de renovación se denegará cuando la empresa hubiese incurrido en un "incumplimiento reiterado" de sus obligaciones⁵⁰.

Dicho lo anterior, a continuación se comentan en mayor detalle tres aspectos relevantes del Método de Evaluación que permiten evaluar si el mismo ha contribuido y en qué medida a garantizar que una estrategia de cumplimiento de la regulación de telecomunicaciones tan drástica como la contenida en el procedimiento de renovación de concesiones; es decir, la opción de retirar anticipadamente del mercado a un concesionario, sea utilizada excepcionalmente y con carácter residual.

6.1. Considerar solamente procedimientos concluidos en última instancia

Como ya se comentó uno de los aspectos más

controversiales en los procedimientos de renovación de Telefónica fue si debían considerarse en la evaluación del cumplimiento de obligaciones los procedimientos sancionadores aun no concluidos en última instancia.

En el segundo procedimiento de renovación OSIPTEL consideró inicialmente en su Informe de Evaluación procedimientos no concluidos. No obstante, entre las idas y venidas de solicitudes de ampliación o precisión de parte del MTC, entró en vigencia el DS 003-2007-MTC estableciendo que únicamente debían considerarse los procedimientos sancionadores que tuviesen la calidad de firmes en sede administrativa o judicial en cada período de evaluación, independientemente del momento en que las infracciones se hubieren producido o sancionado. En función de ello, el pronunciamiento final del MTC respecto de la segunda renovación de Telefónica consideró esta restricción.

Esta restricción ha sido incorporada también en el Método de Evaluación, lo cual pone fin a cualquier duda que pudiera existir al respecto y, como resultado de ello, se aprovecha la experiencia adquirida en la tramitación de estos procedimientos. La adopción de esta regla es adecuada para generar plena certeza sobre los hechos que se considerarán para medir el nivel de cumplimiento de las obligaciones de las empresas concesionarias (únicamente aquellas que se hayan declarado como incumplimientos en la última instancia de decisión). Debe tenerse en cuenta que al considerar supuestos de incumplimiento todavía controvertidos, podría reducirse el plazo de renovación pese a que luego pudiera determinarse que tales incumplimientos no existieron. En tal caso, la mencionada reducción no podría ser "compensada" como parte del procedimiento de la siguiente o subsiguiente solicitud de renovación, en tanto ello implicaría un incremento del plazo

⁴⁸ De la revisión de los Informes ampliatorios emitidos por el OSIPTEL (disponibles en: http://www.osiptel.gob.pe/WebSiteAjax/WebFormGeneral/Plantillas/wfrm_Plantilla_Consulta_TresNiveles.aspx?CC=382&CS=1143&CI=31818&RI=titulo_telecomunica.jpg (visitada el día 14 de abril de 2011) en el marco del segundo procedimiento de renovación gradual de Telefónica, se observa que el MTC requirió al Regulador que determine no sólo los incumplimientos en los que había incurrido la empresa, sino también la medida del incumplimiento. El OSIPTEL señaló que no le correspondía precisar el grado de los incumplimientos en la forma en que lo solicitaba el MTC, pues ello implicaría determinar si correspondía una renovación por un plazo menor o la denegatoria de la renovación, facultad que correspondía exclusivamente al MTC.

⁴⁹ El Método de Evaluación separa las obligaciones cuyo cumplimiento es analizado por el MTC: (i) pago de tasa anual por explotación comercial; (ii) pago al FITEI; (iii) canon por uso del espectro radioeléctrico; (iv) secreto de las telecomunicaciones y protección de datos; (v) obligaciones relacionadas al espectro, numeración y señalización; (vi) homologación e internamiento de equipos; (vii) obligaciones relacionadas con la informalidad, fraude y otras infracciones. Asimismo, señala las obligaciones cuyo cumplimiento es analizado por el OSIPTEL: (i) aporte por regulación; (ii) continuidad del servicio; (iii) prestación de arrendamiento de circuitos; (iv) obligaciones en caso de emergencia; (v) expansión de red y servicio; (vi) teléfonos públicos; (vii) requisitos de calidad; (viii) inspección y requisitos de control; (ix) requisitos de asistencia a abonados y usuarios; (x) requisitos contables; (xi) archivo y requisitos de información; (xii) régimen tarifario general; (xiv) interconexión; (xv) reglas de competencia; (xvi) cumplimiento de mandatos y reglamentos.

⁵⁰ Cabe señalar que también hubiese sido deseable que el Método de Evaluación delimite también el segundo supuesto incluido en los contratos de concesión referido a "la existencia de indicios" que permitan afirmar que el concesionario no podrá cumplir sus obligaciones en el futuro, pues se trata de un supuesto notoriamente amplio.

de renovación solicitada no permitida por el ordenamiento legal. Así, el perjuicio para el concesionario que debe salir anticipadamente del mercado resultaría irreparable.

Sin embargo, la adopción de la regla mencionada también puede generar incentivos perversos, pues las empresas concesionarias podrían encontrar beneficioso impugnar sistemáticamente todos los pronunciamientos de OSIPTEL y del MTC que determinen incumplimientos, con el propósito de evitar que se consideren para reducir el plazo de renovación de su concesión en un período determinado⁵¹. Debe tenerse en cuenta que la duración de los procedimientos sancionadores en la instancia administrativa y judicial puede ser muy extensa, por lo que la impugnación sistemática podría determinar que los incumplimientos sean considerados en períodos muy posteriores al que es materia de evaluación, con lo cual la evaluación no representaría un parámetro adecuado para medir el desempeño general de la empresa en el período evaluado.

Más aún, tal cual se encuentra definida actualmente la regla objeto de comentario puede llevar al extremo de hacer inviable el uso de la medida de enjuiciamiento y sanción contenida en el procedimiento de renovación de concesiones.

Lo anterior podría ocurrir en particular en el caso de las solicitudes de renovación gradual correspondientes al cuarto período de 5 años. Si el concesionario incurre en los incumplimientos cerca a finalizar el plazo para solicitar la cuarta renovación gradual y la tramitación de las impugnaciones administrativa y/o judicial se extiende por varios años, la evaluación del nivel de cumplimiento no podría tener en cuenta esos incumplimientos para la decisión de otorgar la cuarta renovación⁵². Siendo ello así, la determinación del incumplimiento en la última instancia de decisión resultaría irrelevante

y en beneficio del concesionario, por más que se tratara de incumplimientos reiterados o graves. En el peor de los casos, esto podría conllevar que el concesionario tenga menor cuidado respecto de los incumplimientos que pudieran no ser considerados para la última renovación gradual.

De este modo, en vez de asegurar que la medida de enjuiciamiento y sanción sea utilizada solo de forma residual como último recurso, por su carácter eminentemente punitivo, podría llegarse al extremo de impedir su utilización, lo cual tampoco es deseable, pues desvirtuaría el poder disuasivo de esta medida dentro de la pirámide de estrategias de cumplimiento del sector telecomunicaciones.

6.2. Listado amplio de obligaciones y parámetro de incumplimiento

El Método de Evaluación contiene el listado y alcances de las obligaciones cuyo cumplimiento será materia de evaluación y determina el peso relativo de cada una en el Informe de Evaluación del OSIPTEL, en función del impacto del incumplimiento en el flujo de caja de la empresa concesionaria. Este listado y en especial los alcances con que se evaluará el cumplimiento de las obligaciones constituyen un importante avance pues no estaban definidos previamente. Como se ha explicado, previamente, los contratos de concesión derivados de concursos públicos o los que tienen como referente el Contrato Tipo de Concesión Única señalan las obligaciones a ser analizadas en términos amplios (por ejemplo cuando se refieren al cumplimiento de las obligaciones previstas en la LT y el RLT), por lo que las reglas definidas en el Método de Evaluación contribuyen para reducir el margen de discrecionalidad en ese análisis⁵³.

No obstante lo anterior, el Método de Evaluación no es completo en dos aspectos relevantes en este punto.

⁵¹ Este tipo de incentivos puede existir principalmente en casos en que el concesionario ha incurrido en numerosas infracciones en un periodo determinado, que podrían conllevar que se considere que existe un incumplimiento de tal magnitud que pudiera determinar la decisión de no otorgar la renovación de la concesión.

⁵² Solo a manera de ejemplo del tiempo que puede tomar que un procedimiento sancionador tenga el pronunciamiento de la última instancia de decisión, puede considerarse el procedimiento iniciado ante OSIPTEL por AT&T Perú (luego Telmex Perú y ahora Claro) contra Telefónica por la realización de prácticas anticompetitivas e infracciones a la normativa sectorial de telecomunicaciones (controversia N° 003-2001). La denuncia fue interpuesta en el año 2001, se resolvió en primera instancia administrativa el año 2002 determinándose la existencia de la infracción. En el año 2003 la empresa concesionaria impugnó la decisión ante el Poder Judicial y la decisión definitiva fue emitida recién el año 2010 ratificando la existencia del incumplimiento. De este modo, tuvieron que pasar 9 años de iniciado el procedimiento para que se obtuviera una decisión definitiva. Este pronunciamiento no fue considerado ni en el procedimiento de la segunda solicitud de renovación de Telefónica ni en el correspondiente a la tercera solicitud de renovación de esta empresa, por no existir a la fecha de emisión de los respectivos Informes de Evaluación un pronunciamiento definitivo en sede judicial.

⁵³ Considérese por ejemplo que si bien en el segundo y tercer procedimiento de renovación del plazo de la concesión de Telefónica, OSIPTEL evaluó el cumplimiento del mismo universo de obligaciones, en el segundo asignó un peso idéntico a todas las obligaciones, mientras que en el tercero dio peso distinto a las obligaciones según el impacto de su el incumplimiento sobre el flujo de caja de la empresa.

En primer lugar, el listado de obligaciones señalado en el Método de Evaluación recoge casi en términos idénticos el listado de obligaciones incluidas en los Contratos de Concesión de Telefónica, es decir, un universo de 23 obligaciones que únicamente están recogidas de esa forma para el caso de Telefónica. Como puede suponerse, otras empresas concesionarias de telecomunicaciones no tienen que cumplir el mismo universo de obligaciones, como sucede con las que tienen un contrato igual al Contrato Tipo de concesión Única, que prevé un conjunto más reducido de obligaciones. Otra forma de verlo es que el listado de obligaciones contemplado en el Método de Evaluación correspondería a la operación de una empresa multiproducto (con una gama de distintos servicios de telecomunicaciones), pero no se adecúa a empresas con producto único, o que no utilizan espectro radioeléctrico, o que no están obligadas a llevar contabilidad separada, etc. El Método de Evaluación no señala cómo debe ajustarse el listado a casos como los señalados, ni tampoco las ponderaciones que serán utilizadas para determinar el cumplimiento total o parcial.

En segundo lugar, el Método de Evaluación no define el parámetro de cumplimiento de las distintas obligaciones a ser tomado en cuenta. Puede entenderse que dada la naturaleza de las obligaciones su forma de cumplimiento puede ser de dos tipos. De un lado están las obligaciones de pago de tasas, derechos y canon, caso en el cual el parámetro de cumplimiento estará dado por el pago oportuno. De otro lado se encuentran las demás obligaciones, para las cuales el parámetro de cumplimiento estará relacionado a la identificación y sanción de infracciones. En el primer caso el parámetro de cumplimiento está claramente delimitado, pero lo mismo no ocurre en el segundo caso que es el de la mayor parte de las obligaciones.

Dentro del segundo grupo, el Método de Evaluación define explícitamente cuándo se

verifica el incumplimiento en el caso de algunas obligaciones, pues señala que se dará cuando la empresa concesionaria sea sancionada por un infracción prevista por este concepto en la norma respectiva (es el caso por ejemplo de las obligaciones de espectro, numeración y señalización, las de homologación e internamiento de equipos, así como las de informalidad y fraude). En otros casos no se explicita lo anterior pero puede deducirse, fácilmente, que el incumplimiento se produce cuando se imponen sanciones por dicho concepto (en el caso de las reglas de competencia, interconexión, régimen tarifario e incluso los requisitos de calidad y continuidad del servicio).

Sin embargo, en otros casos no se define ni puede deducirse con facilidad cuándo se verificará el incumplimiento, pues no se ha establecido que la medida de cumplimiento sea la imposición de sanciones. Tal es el caso de las obligaciones referidas, por ejemplo, al secreto de las telecomunicaciones y protección de datos. En dicho caso, la obligación consiste en establecer medidas y procedimientos razonables para salvaguardar el secreto de las telecomunicaciones, obligándose a la empresa a informar a OSIPTEL sobre los procedimientos y medidas adoptados⁵⁴. Ha quedado sin definir si en este caso bastará para considerar que existió incumplimiento que la empresa no haya informado al OSIPTEL sobre la adopción de dichos procedimientos o será necesario que, a criterio de OSIPTEL, la empresa no haya establecido procedimientos que se consideren razonables⁵⁵.

De no establecerse adecuadamente el parámetro de incumplimiento en estos casos, se relativizaría el carácter residual que debe darse a la medida de enjuiciamiento y sanción prevista en el procedimiento de renovación de concesiones. En efecto, de no fijarse dicho parámetro siempre cabría la posibilidad de que las autoridades del sector dejen de renovar la concesión por el plazo solicitado en base a lo que según

⁵⁴ Por ejemplo, en el Informe de Evaluación de OSIPTEL correspondiente a la tercera solicitud de renovación de Telefónica se observa que el Regulador consideraba que se había advertido situaciones de incumplimiento de esta obligación en diversas acciones de supervisión, pero no existía un acto administrativo firme que evidenciara dicho incumplimiento, por lo que dichas situaciones no se tomaron en cuenta para determinar la penalidad en el plazo de renovación.

⁵⁵ Algo similar ocurre con la obligación de brindar servicios de información y asistencia eficientes, así como de establecer un procedimiento también eficiente para la solución de los conflictos con sus abonados y/o usuarios. De no acotarse el supuesto a aquellos casos que representan una infracción sancionable y sancionada, podrían existir espacios para una interpretación discrecional por parte de OSIPTEL respecto de qué se considera un procedimiento eficiente de atención o de solución de conflictos con usuarios, pudiendo entenderse, por ejemplo, que una empresa que atiende una gran cantidad de reclamos, cuya magnitud es sostenida en el tiempo, podría no contar con un procedimiento eficiente. De igual modo, en el caso de la obligación de archivo y requisitos de información podría existir indefinición respecto de los supuestos en los que se verifica un incumplimiento, esto es, si se produce únicamente cuando la empresa incumple con algún requerimiento de información formulado por el MTC o por OSIPTEL, o también en aquellos casos en los que la empresa no establezca registros adecuados para garantizar el envío de dicha información.

su criterio constituiría una inobservancia de conductas requeridas por la norma, pero sin que tal inobservancia haya sido objeto de una sanción.

6.3. Evaluar el cumplimiento de normativa general

Como se recordará, uno de los aspectos objeto de evaluación en los Contratos de Concesión de Telefónica es el cumplimiento de las Leyes del Perú, sin que se haga mayor precisión sobre las normas a considerar. Dentro de los procedimientos de renovación gradual del plazo de la concesión de Telefónica este aspecto dio lugar a complicaciones y requirió de coordinaciones sucesivas entre el MTC y el OSIPTEL para ir delineando progresivamente sus alcances y la forma en que el cumplimiento de este aspecto sería evaluado.

En el Contrato Tipo de Concesión Única aprobado en el 2007 y que es referente de los contratos de concesión celebrados posteriormente no se ha incluido el cumplimiento de las leyes del Perú como parte de los aspectos a ser evaluados para efectos de la renovación gradual de las concesiones.

Como el Método de Evaluación se aplica para todos los contratos de concesión que prevén la posibilidad de solicitar la renovación gradual del plazo de concesión, lo que incluye los Contratos de Concesión de Telefónica, se ha definido el peso relativo que tendrá el cumplimiento de las leyes del Perú en la ponderación de todas las obligaciones a ser evaluadas. Asimismo, el Método de Evaluación precisa que dentro de esta obligación no serán nuevamente evaluadas aquellas obligaciones objeto de supervisión por parte del MTC y OSIPTEL, lo cual es correcto pues de lo contrario se ponderaría doblemente el cumplimiento o incumplimiento de estas obligaciones⁵⁶.

Sin embargo, no se han hecho mayores precisiones sobre los alcances del análisis a ser realizado bajo este rubro. En efecto, el Método de Evaluación se limita a señalar de modo enunciativo algunos tipos de normas legales cuyo cumplimiento será evaluado como parte de las leyes del Perú, tales como las normas tributarias y municipales, pero no hace un listado preciso de las normas que deben evaluarse o cuando menos del universo mínimo que tendría que incluirse⁵⁷.

Adicionalmente, tampoco se define cuál es el peso que debe o puede tener el cumplimiento de cada tipo de normas, por ejemplo, si el cumplimiento de las normas tributarias es de mayor importancia que el de las normas municipales⁵⁸. Con ello se introduce un margen considerable de discrecionalidad al evaluar el cumplimiento de las Leyes del Perú, en tanto no se acotan los alcances de la evaluación a realizar. En tal sentido, el Método de Evaluación no facilita una aplicación predecible de los criterios de evaluación en esta materia.

7. A manera de conclusión

La decisión que adopta el MTC sobre las solicitudes de renovación gradual de concesiones de telecomunicaciones puede tener carácter "punitivo", en tanto que puede determinar la salida anticipada de un operador de telecomunicaciones del mercado y, por ende, tal decisión es una especie de inhabilitación.

Según las teorías del diseño de mecanismos de cumplimiento de las normas, las vías más drásticas -como una que lleva a la inhabilitación- deben ubicarse en el vértice de la pirámide de estrategias de cumplimiento, para que se genere un adecuado balance entre las estrategias de persuasión y

⁵⁶ Sobre el particular corresponden mencionar que en el segundo procedimiento de renovación iniciado por Telefónica, OSIPTEL planteó en uno de sus informes ampliatorios que la evaluación del cumplimiento de esta obligación incluía la normativa sectorial de telecomunicaciones. En su pronunciamiento final el MTC modificó este criterio y consideró que al evaluar el cumplimiento de las leyes del Perú no debía incluirse nuevamente la evaluación del cumplimiento de la normativa de telecomunicaciones, pues ello implicaría una doble evaluación de estas obligaciones que podía alterar indebidamente los resultados finales de la evaluación, ya sea a favor o en contra de la empresa según su desempeño en esta materia hubiese sido satisfactorio o deficiente.

⁵⁷ Al respecto, el numeral 49 del Método de Evaluación señala lo siguiente: "de conformidad con la normativa legal vigente, la información requerida en este punto es la referida a la obligación de la empresa concesionaria de prestar sus servicios de telecomunicaciones y llevar sus negocios conforme a las leyes del Perú, por lo que se incluyen diversas obligaciones, tributarias, judiciales, municipales, entre otras, con excepción de aquellas supervisadas por OSIPTEL o el MTC".

⁵⁸ Téngase en cuenta que muchas de las obligaciones cuyo cumplimiento se evalúa bajo este rubro no contemplan sanciones pecuniarias en caso de incumplimiento, como sucede por ejemplo con determinadas obligaciones laborales. En este tipo de casos es difícil anticipar si dichos incumplimientos serán valorados en la ponderación a ser realizada por OSIPTEL. Sobre este punto el Método de Evaluación señala que considerando que las entidades distintas de OSIPTEL no tienen la misma escala de multas que el Regulador, para calificar una infracción como leve, grave o muy grave para efectos de la ponderación se equipararán a la escala de multas vigente para OSIPTEL. Sin embargo, esto no resuelve el problema antes señalado.

de sanción y se permita a la autoridad “hablar suavemente cargando un enorme garrote”. En tal sentido, las medidas más rigurosas deben utilizarse como último recurso dentro de las estrategias de cumplimiento.

Lo dicho significa además que mientras en los niveles de supervisión e inspección se puede utilizar una mayor grado de discrecionalidad para facilitar las estrategias de persuasión, en los niveles en los que se aplican las medidas de cumplimiento más drásticas el grado de discrecionalidad debería ser menor, dando mayor predictibilidad a los agentes sobre los casos y circunstancias en que se aplicarán tales medidas.

Desde esta perspectiva, la regulación sobre renovación gradual de concesiones que existía antes del Método de Evaluación resultaba insuficiente para ofrecer predictibilidad a los agentes y para dar las garantías necesarias de que una medida muy drástica dentro de las estrategias de cumplimiento previstas por el marco legal fuera aplicada como último recurso. Además no existían reglas precisas sobre cómo realizar la evaluación del cumplimiento de las obligaciones del concesionario (obligaciones específicas a ser evaluadas, parámetro de cumplimiento, ponderación de incumplimientos, etc.), lo

que generaba un margen de discrecionalidad sumamente amplio en la toma de decisiones.

El Método de Evaluación constituye un significativo avance para asegurar que las decisiones que puede adoptar el MTC al resolver los pedidos de renovación gradual se mantengan dentro del vértice de la pirámide de estrategias de cumplimiento previsto en la normativa del sector telecomunicaciones, dado su carácter “punitivo”. En efecto, el Método de Evaluación define reglas más precisas para la evaluación del cumplimiento recogiendo la experiencia adquirida, con lo cual se reduce el margen de discrecionalidad para adoptar las decisiones. Con ello se ofrece mayor predictibilidad a los agentes, dando garantías de que su salida anticipada del mercado solo ocurrirá en situaciones excepcionales.

De este modo, la drástica medida de enjuiciamiento y sanción prevista en el procedimiento de renovación gradual de concesiones de telecomunicaciones ha sido reconducida para tener efectivamente carácter de último recurso. No obstante, como se ha mencionado en la sección previa, aún existen algunos aspectos del Método de Evaluación que podrían ser ajustados para asegurar que tal estrategia de cumplimiento sea aplicada solo excepcionalmente.