

# Análisis Crítico del Régimen de Renovación de Concesiones de Servicios Públicos de Telecomunicaciones en la Legislación Peruana\*

Juan Rivadeneyra Sánchez\*\*

## Resumen:

El presente artículo trata sobre una revisión crítica del régimen de renovación de concesiones en materia de servicios públicos de Telecomunicaciones en la normativa peruana. Para ello, el autor se centrará en analizar las formas de renovación existente en la legislación peruana, así como los principios que rigen el proceso de renovación de las concesiones en Telecomunicaciones. Además, el autor nos brinda una visión sobre las autoridades competentes para realizar el mencionado proceso, para, finalmente, mostrarnos una probabilidad de reforma en la metodología de renovación de plazos de concesión basada en determinados principios, así como una otorgarnos una propuesta de modificación.

## Palabras clave:

Concesiones – Servicios Públicos – Telecomunicaciones – OSIPTEL – Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) – Plazo de Vigencia – Renovación – Plazo de Renovación – Formas de Renovación – Principios de Renovación – Autoridades Competentes

## Abstract:

The following article conveys a critical revision of the concessions renewal regimen as a matter of public telecommunication services of the Peruvian normative. For that, the author will focus on analyze the existing renewal forms of telecommunication in the Peruvian legislation, as well as the principles that rule the renewal processes of the telecommunication concessions. In addition, the author offers a new perspective about the authorities that are able to perform the process mentioned before, to finally show us the probability to reform the used methodology of the expiration dates of concessions based on certain principles, and bestow a modification proposal.

## Keywords:

Concessions – Public services – Telecommunications – OSIPTEL – Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) – Expiration Date – Renewal – Principles of Renewal – Competent Authority

## Sumario:

1. Introducción – 2. Marco normativo – 3. Sobre las autoridades competentes – 4. Alcance de las evaluaciones – 5. Metodología de evaluación

\* El contenido del presente artículo refleja una posición académica y, exclusivamente, a título personal; por tanto, no refleja, compromete ni vincula necesariamente la posición que puedan adoptar las instituciones a las cuales el autor pertenezca o pueda pertenecer en el futuro.

\*\* Presidente del Comité Legal & Regulatorio de AFIN (Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional). Profesor del Curso Derecho de las Telecomunicaciones en las Facultades de Derecho de la Universidad de Lima, de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC) y de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón (UNIFE). Director de Asuntos Regulatorios de América Móvil Perú (CLARO)

## 1. Introducción

Por definición, las concesiones se otorgan con carácter temporal y, por tanto, sujetas a un plazo determinado. Conforme enseña la doctrina autorizada, no puede otorgarse *sine die* la posesión del dominio público ni la gestión de un servicio público<sup>1</sup>. Según el régimen legal peruano, para el caso de los servicios públicos de telecomunicaciones, las concesiones se otorgan por un plazo máximo de veinte años.

No obstante lo anterior, es también común –por las exigencias del interés general para mantener la continuidad y regularidad en la prestación del servicio público<sup>2</sup>, por las características propias del mismo o por una cuestión de eficiencia económica– la existencia de previsiones contractuales o normativas que reconocen el derecho del concesionario de obtener una renovación del plazo de la concesión, al término de la misma<sup>3</sup>.

Las principales empresas operadoras de servicios de telecomunicaciones –que actualmente vienen ofreciendo servicios como los de telefonía fija, televisión paga, telefonía móvil, portador de larga distancia o Internet– han realizado, en años previos, elevadas inversiones e instalación de infraestructura a lo largo del territorio nacional, por lo que les resultará inevitable solicitar a la autoridad administrativa competente que los plazos de los títulos habilitantes, de los cuales son titulares, sean extendidos en el mejor de los casos por veinte años más. Es decir, cada una de estas empresas operadoras, tendrá que iniciar los trámites administrativos para la renovación del plazo de sus respectivas concesiones.

En el transcurso de los próximos cinco años se vencerán los plazos de la mayoría de las concesiones para prestar servicios públicos de telecomunicaciones que se han otorgado en el país desde que se liberalizó el mercado en 1998.

Las inversiones que los concesionarios realizan en el sector telecomunicaciones suelen ser inversiones a largo plazo<sup>4</sup> y por ello requieren – como no puede ser de otro modo– de un grado

mínimo de certidumbre en el horizonte de retorno de las mismas.

Este horizonte de retorno es determinado por el plazo de vigencia de la concesión, razón por la cual el tratamiento de las solicitudes de renovación del plazo de las concesiones, que realice la autoridad administrativa, cobra en estos tiempos evidente actualidad y singular relevancia.

## 2. Marco Normativo

2.1 El artículo 56 del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones<sup>5</sup> establece que las concesiones para servicios públicos de telecomunicaciones se otorgarán por un plazo máximo de veinte años, renovables, según los términos establecidos en el contrato de concesión.

2.2 El artículo 193 del Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones<sup>6</sup> establece que las concesiones pueden ser renovadas al vencimiento de sus respectivos plazos de vigencia, según sus términos y condiciones. Agrega que en los contratos de concesión pueden establecerse mecanismos especiales para la renovación del plazo de la concesión.

2.3 Los diversos contratos de concesión que han suscrito las empresas operadoras con el Estado prevén cláusulas relativas a la renovación de los plazos de contenido muy similar.

De acuerdo a la normativa vigente existen dos mecanismos de renovación del plazo de la concesión:

- a) Renovación Gradual (cada cinco años), y;
- b) Renovación Total (al término del plazo inicial de veinte años).

Sin embargo, la renovación gradual es una opción explícita otorgada a las empresas en algunos contratos de concesión, como por ejemplo aquellas que han celebrado el Contrato Tipo de Concesión Única y otras que

1 NEBRED A PEREZ, JOAQUIN. *Doctrina General de la Autorización Administrativa* en "Títulos Habilitantes en Sector de las Telecomunicaciones". Edit. La Ley, Madrid (España), 2000. pág. 52.

2 BLANQUER CRIADO, DAVID, "La Concesión de Servicio Público". Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2012, pág. 1388.

3 "En general, las partes puede acordar una prórroga de la concesión, salvo que disposiciones legales lo impidan; además, si se hubiere convenido opción de prórroga en beneficio del concesionario, basta la declaración de éste para que aquella opere". SARMIENTO GARCIA, JORGE, "Concesión de Servicios Públicos". Edit. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999, pág. 307-308.

4 "El establecimiento inicial o puesta en marcha del servicio público, y la posterior prestación del servicio en las condiciones de regularidad y continuidad pactadas, exige la realización de importantes inversiones por el concesionario. Pues bien, para rentabilizar y amortizar esas inversiones privadas, hace falta un prolongado espacio de tiempo y de ahí la larga duración de las concesiones de servicio público". BLANQUER CRIADO, DAVID. Op.Cit. pág. 234.

5 Aprobado por Decreto Supremo No. 013-93-TCC.

6 Aprobado por Decreto Supremo No. 020-2007-MTC.

tienen como característica común el haber sido objeto de un concurso público de ofertas. Otros contratos de concesión sólo tienen prevista la renovación total del plazo de la concesión.

A continuación, un ejemplo respecto de una concesión recientemente concedida y que contempla los dos mecanismos de renovación<sup>7</sup>:

#### “Renovación del Plazo de la Concesión

El Concedente se encuentra facultado a renovar el Plazo de la Concesión a solicitud de la Sociedad Concesionaria.

La solicitud de renovación de la Sociedad Concesionaria indicará la modalidad de acuerdo a lo siguiente:

- a) **Renovación Total:** Por un plazo adicional de veinte (20) años contados a partir de la terminación del Plazo de la Concesión y se presentará a más tardar un (1) año antes del vencimiento de esta; o
- b) **Renovación Gradual:** Por períodos de hasta cinco (5) años adicionales y sucesivos al Plazo de la Concesión. Dichas renovaciones se contabilizarán a partir de la Fecha de Cierre, sin que el total de los períodos de renovación gradual exceda de veinte (20) años. La solicitud se presentará a más tardar, antes de los ciento ochenta (180) días calendario de concluido cada período de cinco (5) años. El mecanismo de renovación gradual sólo puede ser elegido dentro del primer quinquenio del Contrato y dentro del plazo antes señalado.

Una vez que la Sociedad Concesionaria ha optado por un mecanismo de renovación, no podrá utilizar el alternativo. Si la Sociedad Concesionaria presenta la solicitud de renovación vencidos dichos plazos, el Concedente podrá desestimar de plano la solicitud por extemporánea.

Para solicitar la renovación del Plazo de Concesión, la Sociedad Concesionaria, deberá haber cumplido con todos los pagos de derechos, tasas, canon y aportes a los que se refiere la Cláusula 8.17 del presente Contrato. Sin perjuicio de ello, en los supuestos de Renovación Total, el Concedente podrá notificar a la Sociedad Concesionaria las condiciones de la renovación dos (2) años antes de la expiración del Plazo de la Concesión.

#### Procedimiento de Renovación del Plazo de la Concesión

- a) El Concedente, antes de tomar una decisión respecto de la solicitud de renovación y dentro del plazo de treinta (30) días calendario de su presentación, publicará un aviso en el Diario Oficial “El Peruano” y notificará a la Sociedad Concesionaria y a OSIPTEL, señalando:
  - (i) que ha recibido la solicitud de renovación;
  - (ii) que el plazo durante el cual OSIPTEL presentará al Concedente y enviará a la Sociedad Concesionaria su informe de evaluación, en adelante “El Informe de Evaluación”, no podrá ser menor de treinta (30) ni mayor de sesenta (60) días Calendario desde la fecha de publicación del aviso; y,
  - (iii) que, de considerarlo conveniente el Concedente, fijará la fecha, lugar y hora de la audiencia pública a fin de que las personas que tengan un interés legítimo formulen sus comentarios u objeciones con respecto a la renovación solicitada.
- b) **Informe de Evaluación.** El Concedente solicitará a OSIPTEL, su Informe de Evaluación, en el que deberá constar en qué medida, la Sociedad Concesionaria, durante el periodo de cinco (5) años anteriores o durante el Plazo de la Concesión, ha cumplido con lo siguiente:
  - (i) Sus obligaciones de pago previstas en la Cláusula 8.17;
  - (ii) Las Condiciones Esenciales y reglas de competencia establecidas en el presente Contrato;
  - (iii) La Continuidad del Servicio prevista en el literal b) de la Cláusula 8.7
  - (iv) La Prestación del Servicio en casos de Emergencia o Crisis, prevista en la Cláusula 8.9;
  - (v) El Secreto de las Telecomunicaciones y Protección de Datos Personales, previsto en el Cláusula 8.10;
  - (vi) Los Mandatos y Reglamentos emitidos por OSIPTEL que resulten aplicables a la Sociedad Concesionaria;
  - (vii) Las obligaciones de provisión de acceso e interconexión a los Operadores Móviles Virtuales; y
  - (viii) La prestación del Servicio Registrado conforme a lo establecido en este Contrato, la Ley de Telecomunicaciones, el Reglamento General y la normativa sectorial.

La evaluación del cumplimiento de estas obligaciones, la realizará OSIPTEL, utilizando la Metodología de Evaluación:

- (i) OSIPTEL enviará su Informe de Evaluación al Concedente y a la Sociedad Concesionaria en el plazo establecido en la notificación del Concedente conforme al inciso a) de esta Cláusula.
- (ii) Notificada del Informe de Evaluación; la Sociedad Concesionaria podrá presentar al Concedente sus objeciones, descargos, comentarios o cualquier otra información que considere pertinente, en un plazo de veinte (20) días calendario, contados desde la referida notificación.

<sup>7</sup> Contrato de concesión única para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones y asignación de banda 1710-1770 Mhz y 2110-2170 Mhz a nivel nacional (2013).

El Concedente adoptará una decisión respecto de la renovación del Plazo de la Concesión dentro de los treinta (30) días calendario siguientes, contados a partir del vencimiento del plazo a que se refiere el párrafo precedente. Excepcionalmente, dicho plazo podrá ser ampliado por treinta (30) días calendario, si se hubiera dispuesto la realización de actuaciones adicionales que así lo justifiquen.

#### Decisión sobre la Renovación

- a) Renovación Gradual: El Concedente, basado en el Informe de Evaluación presentado por OSIPTEL y, si fuera el caso, en base a los comentarios u objeciones formuladas por escrito o en la audiencia pública celebrada para tal efecto, podrá decidir por:
- (i) Renovar el Plazo de la Concesión por un período adicional de cinco (5) años, siempre que la Sociedad Concesionaria, hubiera cumplido con sus obligaciones legales y contractuales o que, pese a existir incumplimientos, ellos no fuesen significativos.
  - (ii) Renovar el Plazo de la Concesión, por un período menor de cinco (5) años, si la Sociedad Concesionaria hubiese incurrido en incumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales, en un grado tal, que no justifique la denegatoria de la renovación de la Concesión.
  - (iii) No renovar el Plazo de la Concesión, debido al incumplimiento reiterado de la Sociedad Concesionaria de sus obligaciones legales y contractuales, o por la existencia de suficientes indicios que permitan afirmar que no podrá cumplirlas en el futuro, salvo que la Sociedad Concesionaria pudiese demostrar que es errónea tal determinación de hechos o de los supuestos que sustentan dicha decisión.

La determinación de los incumplimientos se efectuará utilizando la Metodología de Evaluación ya antes explicada. El Concedente, antes de emitir la resolución respecto de la improcedencia de la renovación solicitada, notificará a la Sociedad Concesionaria los hechos o razones legales que sustentan su decisión a fin de que, en un plazo de treinta (30) días calendario a partir de su notificación, la Sociedad Concesionaria, realice los descargos o alegatos que estime convenientes y aporte las pruebas adicionales que estime necesarias.

- b) Renovación Total a Largo Plazo: El Concedente basado en el Informe de Evaluación presentado por OSIPTEL, y si fuera el caso, en base a los comentarios u objeciones formuladas por escrito o en la audiencia pública celebrada para tal efecto, podrá decidir por:
- (i) Renovar el Plazo de la Concesión por un período adicional de veinte (20) años, siempre que la Sociedad Concesionaria hubiese cumplido con sus obligaciones legales y contractuales a entera satisfacción del Concedente o que, pese a existir incumplimientos, ellos no justifiquen la denegatoria de la renovación.
  - (ii) Renovar el Plazo de la Concesión por un período menor de veinte (20) años, si la Sociedad Concesionaria, hubiese incurrido en incumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales, en un grado tal que no justifica la denegatoria de la renovación de la Concesión.
  - (iii) No renovar el Plazo de la Concesión debido al incumplimiento reiterado de la Sociedad Concesionaria de sus obligaciones legales y contractuales, o por la existencia de suficientes indicios que permiten afirmar razonablemente que no podrá cumplirlas en el futuro, salvo que la Sociedad Concesionaria demuestre que es errónea tal determinación de hechos o de los supuestos que serían la base de dicha decisión.

La determinación de los incumplimientos se efectuará utilizando la Metodología de Evaluación ya antes explicada. El Concedente, antes de emitir la Resolución respecto de la improcedencia de la renovación solicitada, notificará a la Sociedad Concesionaria los hechos o argumentos que sustentan su decisión a fin de que, en un plazo de treinta (30) días calendario, a partir de dicha notificación, la Sociedad Concesionaria, efectúe los descargos o alegatos que estime convenientes y aporte las pruebas adicionales que estime necesarias.

- c) En los casos contemplados en los numerales (i) y (ii) de los incisos (a) y (b) precedente, la renovación del Plazo de la Concesión está condicionada a que la Sociedad Concesionaria y el Concedente convengan en los nuevos términos y condiciones del Contrato, en los aspectos que estimen necesarios y pertinentes. Estos términos y condiciones pueden incluir pagos en efectivo, compromisos de inversión a favor del Estado Peruano, entre otros.
- d) De expirar el Plazo de la Concesión mientras se encuentra en trámite la solicitud de renovación presentada por la Sociedad Concesionaria, la Concesión continuará vigente hasta que se resuelva dicha solicitud.

#### Principios que rigen el procedimiento de renovación

*El procedimiento de renovación se sujetará a los principios regulados en las Leyes Aplicables y en la Ley No. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y sus modificatorias, en el Decreto Supremo No. 003-2007-MTC y en el Decreto Supremo No. 036-2010-MTC y sus normas modificatorias y complementarias"*

2.4 El artículo 196 del T.U.O del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones establece que el procedimiento aplicable para la renovación de las concesiones es el procedimiento previsto en el Contrato Tipo de Concesión Única. Asimismo, establece que si los contratos de concesión prevén procedimientos y plazos especiales para su renovación, estos serán los aplicables para la empresa.

2.5 Tal como se ha visto en el numeral 2.3 precedente, en los contratos de concesión también se establecen aspectos sobre los mecanismos a seguir para renovar la concesión.

En el caso particular de Telefónica del Perú S.A.A., la cláusula 4 de sus contratos de concesión<sup>8</sup> establece las reglas generales y el procedimiento aplicable para la renovación de la concesión. Conforme este procedimiento, el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTTEL) deberá elaborar un informe de evaluación señalando si la empresa concesionaria cumplió con sus obligaciones y en qué medida lo hizo.

Si se trata del Contrato Tipo de Concesión Única, en su cláusula quinta modelo, se establecen las reglas generales así como el procedimiento para la renovación de la concesión.

En contratos distintos a los antes referidos – como, por ejemplo, los contratos previos a la aprobación del Contrato Tipo de Concesión Única o los celebrados como resultado de la realización de concursos públicos de ofertas– también se establece, con menor o mayor detalle, las reglas generales y el procedimiento para la renovación de la concesión.

2.6 El artículo 195 del T.U.O. del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones establece que será materia de evaluación el desempeño general de la empresa concesionaria respecto de las obligaciones derivadas del contrato de concesión materia de evaluación, la Ley de Telecomunicaciones, el Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones y demás normas sectoriales que resulten aplicables.

2.7 El artículo 38 del Reglamento General del OSIPTTEL<sup>9</sup>, prevé lo siguiente:

“(…) En ese mismo sentido, el OSIPTTEL deberá emitir opinión previa favorable a la renegociación cuando se pretenda la

renovación del plazo de vigencia del contrato de concesión o la revisión de los contratos de concesión. Para tal efecto, el OSIPTTEL deberá emitir un informe de evaluación sobre el cumplimiento de la empresa concesionaria, respecto a las obligaciones contenidas en el contrato de concesión y de las normas y disposiciones del sector”.

Conforme a ello, OSIPTTEL debe emitir un informe de evaluación, ante toda solicitud de renovación de un contrato de concesión que se formule.

### 3. Sobre las autoridades competentes

Tal como se ha visto en los numerales precedentes, las competencias que corresponden al OSIPTTEL y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, “MTC”), respecto de los procedimientos de renovación de una concesión, están claramente establecidas en el marco normativo vigente.

Por un lado, corresponde al MTC –como entidad concedente y de generación de políticas del sector– recibir la solicitud de la empresa operadora y darle el trámite correspondiente, evaluando los aportes realizados por la empresa concesionaria al desarrollo del mercado de telecomunicaciones peruano durante el periodo de evaluación, así como emitir el pronunciamiento definitivo respecto de la solicitud de renovación de una concesión, a partir de la valoración de los resultados del Informe de Evaluación elaborado por el OSIPTTEL y, si fuera el caso, de los comentarios formulados por escrito o en la audiencia celebrada.

Corresponde al OSIPTTEL evaluar el cumplimiento de las obligaciones por parte de la empresa concesionaria, por lo que su informe deberá precisar los resultados del ejercicio de las funciones supervisoras y sancionadoras.

### 4. Alcance de las evaluaciones

En términos generales, la normativa vigente y los contratos de concesión –si bien establecen obligaciones que deben ser evaluadas en el marco de un procedimiento de renovación y algunos mecanismos especiales– no han previsto una metodología integral para la evaluación del cumplimiento de las obligaciones por parte de las empresas concesionarias.

Con el objeto de garantizar mayor predictibilidad y la debida transparencia en los procedimientos de renovación de las concesiones, el artículo 5 del Título I “Lineamientos para Desarrollar y Consolidar la Competencia y la Expansión de los Servicios Públicos

8 Aprobados por Decreto Supremo No. 11-94-TCC y modificados mediante Decreto Supremo No. 021-98-MTC.

9 Aprobado por Decreto Supremo No. 008-2001-PCM y modificado por Decreto Supremo No. 029-2002-MTC.

de Telecomunicaciones en el Perú” (en adelante, los “Lineamientos”)<sup>10</sup>, estableció que el MTC aprobará, a propuesta del OSIPTEL, el método que utilizará para la evaluación del cumplimiento de las obligaciones incluidas en los contratos de concesión, dentro del marco de los procedimientos para la renovación de contratos de concesión. Si bien la norma nacional, al igual que otras de la legislación comparada<sup>11</sup>, no contenía detalles al respecto, fue valioso el esfuerzo por otorgar cierta predictibilidad y reducir la eventual discrecionalidad que en los procesos pueda generarse.

Los Lineamientos también establecen una restricción general, en el sentido que los incumplimientos que se incluyan en la evaluación, deben estar evidenciados con pronunciamientos definitivos.

Por tanto, para efectos de dichas evaluaciones, no calificarán como incumplimiento las situaciones que se encuentren en litigio en sede administrativa, judicial o arbitral, las cuales sólo calificarán como incumplimiento cuando se evalúe el periodo en el cual se emita el pronunciamiento definitivo.

Con relación a las obligaciones que serán materia de evaluación para efectos de la renovación del plazo de la concesión, en cumplimiento del artículo 195 del T.U.O del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones y el artículo 38 del Reglamento General del OSIPTEL, se evaluará el cumplimiento de las obligaciones incluidas en los contratos de concesión de cada empresa de telecomunicaciones y las normas y disposiciones del sector, entre ellas, la Ley de Telecomunicaciones y su Reglamento General, el Reglamento General de Infracciones y Sanciones y otros reglamentos específicos aprobados por el OSIPTEL, la norma del Sistema de Comunicaciones en Situaciones de Emergencia y los Límites Máximos Permisibles para Radiaciones no Ionizantes.

En concordancia con lo anterior, el Contrato Tipo de Concesión Única establece que se evaluará al concesionario, el haber prestado sus servicios conforme al propio contrato, la Ley de Telecomunicaciones, su Reglamento General y demás normas aplicables referidas a telecomunicaciones.

Caso especial es el del contrato de concesión de la empresa Telefónica del Perú S.A.A. (servicios de telefonía fija y portador local y larga distancia), que precisa que dentro del alcance de la evaluación se considerará, además, la obligación de prestar servicios públicos de

telecomunicaciones y de llevar sus negocios “conforme a las leyes del Perú”.

Por otro lado, debe tenerse en consideración que, para efecto de la evaluación de los incumplimientos de las obligaciones a cargo de las empresas concesionarias, se deben excluir los pronunciamientos definitivos que imponen amonestaciones y medidas correctivas. Ello en la medida que, si bien se evidencia el incumplimiento de obligaciones, por el criterio de relevancia no deberían ser contabilizados dado que no han involucrado un mayor daño al mercado o un beneficio a la empresa concesionaria que determine su consideración para efectos de la renovación. Por lo que, en caso que se imponga una medida correctiva como complementaria o accesorio a la sanción principal, sólo ésta última será contabilizada para efectos de la aplicación de la metodología.

## 5. Metodología de evaluación

### 5.1 Situación actual y diagnóstico

La actual metodología de evaluación, básicamente, se concentra en las conductas negativas (v.g. sanciones impuestas) y no contempla valoración alguna de actos de la concesionaria que puedan considerarse como conductas positivas o que aporten al desarrollo de las telecomunicaciones en el país.

Ello resulta bastante cuestionable tomando en cuenta que toda evaluación que se precie de técnica, objetiva y omnicomprensiva debe abarcar tanto los aspectos negativos como los positivos del desempeño del sujeto evaluado a lo largo del plazo bajo análisis. Considerar ambos tipos de conductas no solo posibilita una evaluación integral de la *performance* de un operador en un plazo determinado, sino que permite fundamentalmente valorar el resultado neto de su conducta de cara al mercado y la sociedad. Las conductas o aspectos positivos podrían haber generado beneficios sociales de magnitud tan relevante que superen las consideraciones respecto de los eventuales incumplimientos y, por tanto, carecería de sentido penalizar en exceso al operador con un menor plazo de renovación o hasta privarlo de la posibilidad de continuar operando en el país.

Lo anterior cobra suma importancia en aquellas coyunturas en las cuales el castigo es entendido como el único indicador de desempeño, en coyunturas en las que se sobredimensiona la

<sup>10</sup> Incorporado por el Decreto Supremo No. 003-2007-MTC al Decreto Supremo No. 020-98-MTC.

<sup>11</sup> “Nada dice la Ley sobre los motivos o la posibilidad de denegar tal renovación, pero debe entenderse que, o bien existe alguna de las causas que podrían dar lugar a la revocación, tal como una infracción muy grave (art. 82-1-A LGTe) o el otorgamiento de la renovación es un acto tan debido como el de otorgamiento inicial” [a propósito de la Ley 11/1998 de 24 de Abril, General de Telecomunicaciones de España]. FERNANDO PABLO, M. “Derecho General de las Telecomunicaciones, Edit. Colex, Madrid, 1998, pág. 161



importancia del castigo o, peor aún, en las que éste se constituye en un referente de la gestión.

Así, por ejemplo, en ciertos periodos de tiempo (precisamente, aquellos periodos que serán tomados en cuenta en las solicitudes de renovación de concesiones a evaluarse en los próximos años) se ha apreciado que la autoridad competente ha venido estableciendo, dentro de sus Indicadores de Gestión Institucional, diversos objetivos que generan fuertes incentivos para que se incrementen discrecionalmente el número de sanciones.

De esta manera, la autoridad se ha orientado hacia una gestión en la que, a mayor cantidad de sanciones impuestas, mayor eficiencia se demuestra en la gestión. Por ejemplo, para el año 2009 (y de manera similar los periodos posteriores), el organismo regulador estableció dentro de su documento<sup>12</sup> lo siguiente:

*“Avance de las metas de los indicadores de desempeño, al primer trimestre del año”, la estrategia: “garantizar la eficacia en la supervisiones”, para lo cual se estableció como meta para el año 2009: “Identificar incumplimientos de la normativa en al menos el 35% de las supervisiones realizadas” (subrayado agregado).*

Según consta de manera pública, la meta no admite dudas ni interpretaciones: se debían identificar incumplimientos y, evidentemente, como consecuencia inevitable de ello, sancionar a las empresas.

Lo lamentable de todo ello es que el indicador numérico que cuantificaba el logro de la meta, parecía constituir un especial acicate para parte de sus funcionarios que, como es lógico, querían superar la meta y excederla lo más posible puesto que ello implicaba “mayor eficiencia en la gestión”. Una aproximación de esta naturaleza conduce a la aplicación de sanciones arbitrarias, desprovistas de criterios mínimos de proporcionalidad, que no guardan uniformidad de criterios o que alteran injustificadamente los existentes.

Sin embargo, lo más grave no radica ahí sino, una vez más, en el impacto que ello tiene respecto de los plazos de renovación de las concesiones, puesto que se configura un escenario en el que: a mayor cantidad de sanciones, menor tiempo de renovación del plazo de la concesión.

Esta aproximación conlleva a que se establezcan un número mayor de incumplimientos de los que realmente se deberían determinar (sobreestimación del castigo) y considerar en la metodología de renovación de las concesiones. Ello no sólo produce una innecesaria reducción en el patrimonio de las empresas operadoras sino que, además, genera una injustificada reducción del plazo de la renovación de la concesión.

Una gestión orientada a alimentar o incrementar uno de los principales insumos de la herramienta, para determinar los términos de la renovación de la concesión, termina por distorsionar totalmente la metodología de renovación y su resultado final, sin que ello se correlacione con las políticas de desarrollo del sector o con las garantías que se deben brindar a los inversionistas para una adecuada proyección de las inversiones.

Por otro lado, se viene observando, también, que las autoridades consideran las conductas negativas (infracciones cometidas y sancionadas con resolución firme) de modo tal que sus efectos pueden repercutir, inclusive, sobre títulos habilitantes que no tienen relación alguna con la conducta sancionada.

En efecto, conforme se aprecia en los pronunciamientos que viene emitiendo sobre el particular el OSIPTEL, la comisión de una infracción determinada se contabiliza como demérito (menor plazo de renovación de la concesión) no sólo en aquella dentro de cuyo marco se cometió la misma, sino de todas las concesiones de las cuales es titular el operador solicitante. Ello, como se comprenderá, se aleja totalmente de un elemental principio de causalidad que determina que las sanciones deben repercutir única y exclusivamente en la concesión respecto de la cual se detectó y sancionó la conducta indebida.

Considerar –como se viene efectuando actualmente– que un mismo incumplimiento genera el “número” de castigos equivalente al número de concesiones que tenga un mismo operador resulta arbitrario y claramente desproporcionado, castigando de paso indebidamente a los concesionarios que cuentan con un mayor número de concesiones, aunque éstas se refieran a servicios distintos a los involucrados en la sanción.

<sup>12</sup> Disponible en: [http://www.osiptel.gob.pe/WebSiteAjax/WebFormGeneral/transparencia/wfrm\\_Consulta\\_Informacion\\_Transparencia.aspx?CodInfo=3121&CodSubCat=527&TituloInformacion=Indicadores%20de%20Gesti%c3%b3n%20Institucional&DescripcionInformacion>](http://www.osiptel.gob.pe/WebSiteAjax/WebFormGeneral/transparencia/wfrm_Consulta_Informacion_Transparencia.aspx?CodInfo=3121&CodSubCat=527&TituloInformacion=Indicadores%20de%20Gesti%c3%b3n%20Institucional&DescripcionInformacion>).

Un tercer aspecto que resulta cuestionable es el relativo al denominado parámetro “alfa” ( $\alpha$ ) en la fórmula de evaluación vigente (fórmula que, como hemos mencionado, tiene como insumo principal a las sanciones impuestas a los operadores). Dicho factor viene generando dos efectos sobre los cuales llamamos la atención: (i) sobredimensiona el peso de las sanciones, por tanto penaliza de manera excesiva con un menor plazo de renovación o, en un extremo, genera la no renovación (pérdida) de la concesión, y; (ii) distorsiona el tratamiento de una renovación total respecto a una parcial. Resulta evidente que el valor alfa impacta negativamente en el esquema de renovación total frente al parcial en el proceso de renovación de concesiones.

Por un lado, en un escenario de evaluación de una renovación total (utilizando  $\alpha = 0.5$ ) bastaría con tener anualmente sólo dos sanciones muy graves durante un periodo de once años para perder la renovación total solicitada; es decir, bastaría con acumular al menos 22 sanciones muy graves en un periodo de veinte años para perder la renovación. Ello resulta radicalmente contrario y desproporcionado respecto de lo establecido en el numeral 107 de la Metodología aprobada por el DS N° 036-2010-MTC, el cual señala que el límite máximo de penalidad que una empresa podría acumular, a efectos de obtener la renovación total, es de hasta 120 sanciones muy graves (límite de penalidad casi 500% superior al escenario contemplado con  $\alpha = 0.5$ ).

Por otro lado, técnicamente la metodología de renovación aplicada por el organismo regulador origina un grave problema de discriminación en la evaluación de las solicitudes de renovación, pues un mismo tipo de incumplimiento tendrá una penalidad distinta dependiendo de la periodicidad de renovación solicitada (gradual: cinco años o total: veinte años). Como se ha mencionado, se penaliza en mucha mayor intensidad a una solicitud de renovación total que a una solicitud gradual; por ejemplo, una sanción tipificada como muy grave dentro de la Categoría I de las Obligaciones Prioritarias (con un peso de 75%) implicaría 1.7 meses de penalidad en el caso de una renovación gradual (utilizando  $\alpha = 1$ ), mientras que la misma sanción podría implicar 3.5 meses de penalidad en el caso de renovación total (utilizando  $\alpha = 0.5$ ).

Ello no generaría problema alguno si es que no fuese porque la mayoría de empresas operadoras no tienen opción, no pueden optar por uno u otro esquema. En efecto, existen muchas concesiones –la gran mayoría digamos– que, al momento en el cual se aprobó la Metodología mediante Decreto

Supremo N° 036-2010-MTC<sup>13</sup>, sus renovaciones no podían ser solicitadas acogiéndose a una renovación gradual debido a que ya habían transcurrido los primeros cinco años para poder solicitarlas con esta periodicidad, es decir, se había vencido el plazo. En consecuencia, el sistema actual las empuja inevitablemente hacia el escenario más gravoso.

Finalmente, se aprecia también una suerte de inconsistencia respecto del máximo de penalidad a ser aplicada como consecuencia de la evaluación. Conforme a los numerales 107 y 108 de la Metodología, corresponde fijar un máximo de penalidad a efectos de obtener la renovación. Así, la regla fijada por el MTC establece un máximo de penalidad de 40%. En caso de superarse este límite, se entenderá fictamente que el incumplimiento es reiterado y se podrá ejercer la facultad del Estado de no renovar la concesión. Dicho de otro modo, dado que la mayoría de concesiones son otorgadas por plazos de 20 años, si se concluye del resultado de evaluación que deberá aplicarse una penalidad de menor plazo de renovación que supera los 8 años, se podrá denegar totalmente la solicitud y, en consecuencia, la empresa operadora perderá la concesión.

Sin embargo, la revisión del Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones evidencia una situación de paradoja: existe un conjunto muy reducido de causales para denegar la concesión por primera vez: por ejemplo, poner en riesgo la seguridad nacional y el cumplimiento de los fines de las telecomunicaciones, ir en contra del interés público, mantener deudas pendientes con el Estado, entre otros. Como se puede observar, dichas condiciones podrían ser fácilmente cumplidas por las actuales empresas concesionarias, de tal manera que les resultaría más factible y conveniente solicitar una nueva concesión en vez de solicitar una renovación del plazo de la misma.

Es también relevante considerar que el contexto en el cual se diseñó y emitió el dispositivo que aprobó la Metodología, en el año 2010, era uno en el que el mercado tenía una dimensión más reducida, así como sucedía con los operadores concurrentes, así como los compromisos y las obligaciones regulatorias eran en cantidad menores (se estima que desde esa fecha hasta la actualidad se habrían incrementado, aproximadamente, en un 300% las obligaciones a cargo de las empresas operadoras). Es decir, era un contexto sustancialmente diferente, por lo cual se requiere una redefinición de esos parámetros de modo tal que se adecuen al escenario actual y que presenten la razonabilidad

13 Emitida el 27 de Julio del 2010.



y equidad requerida en una evaluación de esta naturaleza.

Por último, una revisión muy rápida de las previsiones normativas y del clausulado de contratos de concesión de otros servicios públicos –respecto a los mecanismos de renovación de plazos de concesiones– evidencia que, en Perú, el régimen aplicable a las telecomunicaciones es sin duda el más regulado y severo de todos los existentes en materia de servicios públicos.

## 5.2 Consideraciones para una reforma de la metodología

La metodología de renovación de concesiones, al evaluar el desempeño general de la empresa, no sólo debería considerar en qué medida la empresa ha cumplido con sus obligaciones contractuales y legales aplicables, sino también en qué medida su operación en el mercado ha contribuido al desarrollo de las telecomunicaciones en el país, lo cual –de ser el caso– debería ser valorado positivamente en el proceso de renovación.

Uno de los objetivos esenciales de la metodología es que su aplicación sea transparente y predecible, para lo cual los principios orientadores resultan de gran ayuda. Asimismo, sus componentes de evaluación deben reducir el impacto de distorsiones exógenas a su propio diseño, tales como una falta de coherencia con la normativa vigente o con los lineamientos de política de desarrollo del sector y la falta de un análisis de relevancia respecto a los aspectos materia de la evaluación.

La metodología debería sustentarse en la adopción de determinados principios que se consideran especialmente aplicables en la evaluación del cumplimiento de las obligaciones a realizarse para efectos de la renovación de una concesión. A saber:

- a) **Transparencia.** Teniendo en cuenta que el contexto bajo el cual se realiza el procedimiento de renovación de una concesión es por naturaleza complejo, la metodología debe priorizar en lo posible el establecimiento de un mecanismo simple y directo, con el objetivo de tener una regla transparente que haga predecible la decisión sobre la renovación o no de una concesión, así como los términos en que se aprobaría la renovación, según el caso.
- b) **Objetividad y Predictibilidad.** La medición del nivel de cumplimiento de las obligaciones por parte de la empresa, así como del aporte al desarrollo del sector, debe realizarse de modo tal que pueda ser cuantificable con la finalidad

de reducir el grado de discrecionalidad en la evaluación y contribuir con la predictibilidad de las decisiones. Por ello, la ponderación de las obligaciones y los puntajes del cumplimiento o no de la empresa así como de su aporte al desarrollo del sector deben ser establecidos de una manera objetiva y cuantificable.

- c) **Relevancia.** La evaluación del cumplimiento de las obligaciones que debe realizarse ante una solicitud de renovación de una concesión está relacionada con el ejercicio de las funciones supervisora, fiscalizadora y sancionadora del órgano competente; sin embargo, existe una diferencia entre los fines de cada una de ellas.

De un lado, el ejercicio de las funciones supervisora, fiscalizadora y sancionadora del OSIPTEL y del MTC, en las materias que son de sus respectivas competencias, tiene por finalidad verificar el cumplimiento de las obligaciones de una empresa a fin de prevenir, corregir o sancionar conductas infractoras y, como tal, considera al universo de infracciones.

De otro lado, la evaluación del cumplimiento de las obligaciones (contenida en el Informe de Evaluación que debe elaborar el OSIPTEL) tiene por finalidad determinar si una empresa debe ser beneficiada o no por el Estado con un tiempo adicional de habilitación para prestar el servicio público de telecomunicaciones que se le ha concedido en virtud a su desempeño general, en el periodo durante el cual estuvo prestándolo.

Por ello, esta evaluación debe estar enfocada en aspectos sustantivos o relevantes. En este contexto, si bien el informe de Evaluación del OSIPTEL debe contener un detalle del cumplimiento o no de todas las obligaciones a cargo de la empresa, el método que se utilizará para valorar el desempeño general de la empresa considerará pesos diferenciados de acuerdo al cumplimiento de aquellas obligaciones que, por su naturaleza, son relevantes para la decisión de renovar la concesión, así como considerará la relevancia estadística de los incumplimientos detectados.

- d) **Consistencia con la teoría económica.** El régimen sancionador es uno de los principales instrumentos de la autoridad administrativa para disuadir conductas de los agentes que afecten negativamente el desarrollo del sector. Sin embargo, para una adecuada aplicación de esta metodología, se debe evitar, en la medida de lo posible, la interferencia causada por otros aspectos, como el efecto del ejercicio de

la función sancionadora en la renovación de un contrato de concesión. En tal sentido, se considera que todos los incumplimientos no deben ser valorados en el mismo grado para efectos de la renovación.

Conforme a lo establecido en el marco normativo del régimen sancionador del sector telecomunicaciones, los incumplimientos pueden ser tipificados como infracciones leves, graves o muy graves, por lo que de manera consistente con la teoría económica, el método que se utilizará para valorar los resultados del informe emitido por el OSIPTEL debe considerar un mayor peso para aquellas obligaciones cuyo incumplimiento sea tipificado como grave o muy grave, y con un menor peso aquellas obligaciones cuyo incumplimiento sea tipificado como leve. Del mismo modo, las obligaciones cuyo incumplimiento tengan un mayor impacto en el bienestar de la sociedad, serán consideradas con una mayor ponderación, independientemente de su tipificación.

- e) Legalidad y debido proceso.** Las autoridades administrativas que intervienen en la renovación del plazo de las concesiones, deben actuar con respeto al marco legal y contractual que define la relación del Estado con las empresas concesionarias dentro de sus respectivas facultades y conforme a los fines para los cuáles tales facultades les fueron conferidas. Asimismo, las empresas concesionarias gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho.
- f) Causalidad y *non bis in idem*.** La evaluación a realizarse debe obedecer al principio de causalidad, ello involucra que los incumplimientos que serán considerados únicamente deben corresponder a la concesión materia de evaluación. Por tanto, no podrá evaluarse en el cálculo de la penalidad incumplimientos relativos a contratos de concesión distintos al que es materia de evaluación. Ello involucra a su vez que cada incumplimiento deba imputarse a un contrato de concesión específico, no pudiendo un mismo incumplimiento ser imputado a distintos contratos de concesión.

De lo contrario, un mismo incumplimiento podría estar penalizando más de una vez a un mismo concesionario en las distintas concesiones que mantiene vigente, produciéndose una doble penalización por un

mismo hecho. Para tal efecto, debe considerarse el servicio involucrado, la temporalidad, el lugar donde ocurrió el incumplimiento, entre otras variables que permitan discernir a qué contrato de concesión debe imputarse el mismo. En su defecto, se propone se aplique al contrato de concesión cuya solicitud de renovación es presentada primero.

- g) No discriminación.** En virtud a este principio, para la elaboración del informe de evaluación, se debe dar igual tratamiento a las empresas que optan por un método de renovación total respecto de aquellas que solicitan la renovación parcial, en la medida que los perjuicios de una reducción del plazo de la concesión no varían dependiendo de la modalidad de renovación. Para tal efecto, se plantea la uniformización del parámetro alfa en la fórmula de evaluación vigente, el cual tendrá un valor de 2. Asimismo, se buscará no dar un régimen mucho más gravoso respecto de la gestión de títulos habilitantes a los concesionarios que renuevan su compromiso por seguir operando en el país frente a nuevos concesionarios.

Este valor tiene, a su vez, como objetivo dotar del criterio de relevancia estadística a las evaluaciones. Ello –como ya se ha indicado– sin perjuicio de tomar en consideración que, a la fecha, la mayoría de empresas operadoras no pueden ni tuvieron la posibilidad de optar por un esquema de renovación gradual.

Lo anterior, con arreglo a la normativa vigente, llevaría a que la metodología deba:

- Sustentarse en criterios de simplicidad, cumplimiento cuantificable, relevancia y minimización de distorsiones.
- Asegurar la coherencia de los incumplimientos a considerar en la metodología con el marco legal vigente.
- Establecer de forma predecible y objetiva la ponderación de las obligaciones y los puntajes.
- Adoptar criterios homogéneos para la calificación que, en su caso, realicen las distintas áreas del OSIPTEL.
- Guardar consistencia entre la penalización de los incumplimientos y las metodologías y principios rigurosos que cuantifiquen el efecto de los mismos sobre el bienestar de la sociedad.
- Jerarquizar la penalidad, de acuerdo a la magnitud del incumplimiento (pesos

diferenciados: bajos para las infracciones leves y altos para las infracciones graves y muy graves que sean relevantes).

### 5.3 Planteamiento de propuestas de modificación

Sobre la base de todo lo anterior y con el objeto de contar con una metodología objetiva, integral, razonable y, sobretodo, pro continuidad y regularidad del servicio<sup>14</sup>, se plantean las siguientes precisiones y/o modificaciones normativas al mecanismo de evaluación de renovación de las concesiones de servicios públicos de telecomunicaciones en el Perú:

- a. Incorporación (en la fórmula de la metodología) de un puntaje positivo por el ejercicio de conductas de la empresa concesionaria que hayan aportado favorablemente al desarrollo de las telecomunicaciones en el país, desde que se otorgó la concesión hasta el momento de presentación de la solicitud de renovación del plazo de la misma.
- b. Dichas conductas no deben constituir actos que el operador concesionario debía realizar, de todos modos como consecuencia del cumplimiento de las obligaciones a su cargo establecidas en su contrato de concesión (v.g. planes mínimos de expansión) ni tampoco deben ser meros cumplimientos normativos. Se propone otorgar un puntaje positivo a aquellas conductas que constituyan actos voluntarios o espontáneos que generen de cualquier manera un aporte al desarrollo del sector de telecomunicaciones y que vayan más allá del cumplimiento de una obligación contractual o normativa.
- c. Limitar el ámbito de repercusión de cada conducta (sean positivas o negativas) únicamente a la concesión asociada a la misma y que sea materia de evaluación, respetando el elemental principio de causalidad. Para ello, se propone que se establezca expresamente que los méritos (puntajes positivos) y los deméritos (sanciones) solo afecten a la concesión relacionada a los mismos y no a todas las concesiones con las que cuenta la empresa operadora, como sucede actualmente.

- d. Uniformizar el parámetro alfa ( $\alpha$ ) en la fórmula de evaluación vigente, de forma tal de dar el mismo tratamiento a una renovación total respecto a una parcial.
- e. Establecer el valor del parámetro alfa ( $\alpha$ ) de tal manera que no sobredimensione el peso de las sanciones impuestas. En ese sentido, se propone incrementar el valor de alfa de tal manera que  $\alpha = 2$ , a efectos de poder de neutralizar esta grave distorsión que existe en la aplicación de la metodología establecida por la normativa.
- f. Modificar el límite máximo permitido de penalidad para obtener la renovación, establecido en el numeral 107 de la Metodología, de modo que tal que sea establecido hasta el 60% del periodo a renovar (es decir, 3 años en una solicitud de renovación gradual o 12 años en una solicitud de renovación total). Esto permitiría alinear adecuadamente el esquema de incentivos entre ambos mecanismos y reducir las diferencias existentes con los criterios que se tienen actualmente para otorgar una concesión por primera vez.

Esta modificación permitirá, a su vez, generar incentivos adecuados para que las empresas concesionarias que cuentan con más años de experiencia en el mercado, y ya han cumplido una serie de requisitos exigidos por el Estado frente a una nueva empresa operadora entrante cuyo comportamiento en el mercado aún se desconoce, opten por continuar invirtiendo, reduciendo la incertidumbre en el sector.

Finalmente, la modificación haría posible también, en cierta medida, corregir distorsiones o situaciones extremas que resulten de esquemas sancionatorios desproporcionados e implementados con posterioridad a la aprobación normativa de la Metodología; que incrementen altamente la probabilidad que un operador acumule una penalidad mayor al 40% del periodo a renovar (conforme al régimen actual, 2 años en una solicitud de renovación gradual y 8 años en una renovación del tipo total); y, con ello, termine perdiendo la renovación de concesión solicitada. ■

14 "Las dudas interpretativas sobre (...) el negocio concesional, deben ser resueltas con criterios funcionales y atendiendo prioritariamente a la finalidad de preservar la regularidad y continuidad del servicio público". BLANQUER CRIADO, DAVID, Op.Cit, pág. 235.