

La Discrecionalidad Administrativa en la Emisión de Títulos Habilitantes para Operar Servicios de Telecomunicaciones

Enrique Delgado*

¿Es ilimitada la discrecionalidad del Ministerio de Transportes y Comunicaciones al momento de otorgar, denegar o revocar títulos habilitantes para operar servicios de telecomunicaciones?

¿La idea de seguridad nacional o interés público, pueden ser criterios objetivos para que el MTC ejerza la función descrita?

A continuación, presentamos un exhaustivo análisis sobre la Ley de Telecomunicaciones y sus recientes modificaciones con respecto a las libertades que tiene el MTC al momento de aplicar en sus decisiones conceptos jurídicos indeterminados.

1. Introducción

Entre los numerosos vladivideos¹ que registran diversos actos de corrupción propiciados por Vladimiro Montesinos, se encuentran por lo menos 25 cintas que muestran el momento en que este personaje está realizando algún tipo de presión, coordinación o pago a los dueños de algunos canales de televisión con el fin de controlar su programación².

El grave daño hecho a la democracia por el control que adquirió Montesinos de los medios de comunicación mediante los actos arriba descritos, hizo que a partir del año 2000 la discusión en torno a los poderes que tiene el gobierno para otorgar títulos habilitantes³ para operar servicios de radiodifusión (radio y televisión) estuviese en el centro del debate público.

Como sabemos, las opiniones respecto a este tema oscilaron desde la de aquellos que pedían la inmediata reversión al Estado de cualquier autorización entregada a los canales

cuyos dueños se reunieron con Montesinos, hasta aquellos que sostenían que este retiro de licencias iba a afectar más aún el siempre sensible tema de la libertad de prensa.

Aunque el tema no ha quedado zanjado de modo definitivo, la promulgación de la Ley 28278 Ley de Radio y Televisión y su Reglamento entre los años 2004 y 2005 bajó un poco la temperatura de este debate.

Debemos añadir que, aunque con menos cobertura en los medios de comunicación masivos, este mismo tema de las facultades del Estado para decidir acerca de los títulos habilitantes para prestar servicios públicos de telecomunicaciones también estuvo en discusión.

Un primer caso, menos publicitado pero análogo al de los canales de televisión se relacionó con la denegatoria de una solicitud de concesión efectuada por una empresa que había ganado un concurso organizado por OSIPTEL y FITEP para prestar servicios de telefonía rural con subsidios gubernamentales.

* Abogado egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha sido consultor de OSIPTEL y asesor de diversas empresas de telecomunicaciones. Actualmente es abogado asociado del Estudio Barrios, Fuentes, Urquiaga Abogados.

1 Es el nombre con que se ha designado popularmente a los videos grabados por Vladimiro Montesinos de sus reuniones con diferentes personajes de la sociedad peruana, siendo uno de los actos más recurrentes la filmación de los pagos ilegales que hacía Montesinos con el fin de influir en decisiones judiciales o administrativas, controlar la línea editorial de algunos medios de comunicación; etc.

2 Puede consultarse en esta dirección http://palestra.pucp.edu.pe/pal_est/index.php3?file=documentos/videos.htm.

3 Los actos administrativos mediante los cuales se obtiene el permiso gubernamental para desarrollar servicios de telecomunicaciones se denominan concesión (en el caso de los servicios públicos), autorización en el caso de los servicios de radiodifusión y registro en el caso de los servicios de valor añadido. Sin perjuicio de dar una descripción más detallada de estos temas más adelante, cuando nos refiramos en conjunto a todos ellos utilizaremos el término título habilitante.

Otros dos casos que también concitaron la atención se vincularon a la decisión del Gobierno Peruano de negarse a prorrogar los contratos de concesión otorgados a favor de Telefónica del Perú S.A.A. para la prestación de los servicios de telefonía fija y portadores de larga distancia nacional e internacional; así como la autorización que el Estado otorgó posteriormente a Telefónica Móviles S.A.C y BellSouth Perú S.A. para que ambas se fusionaran.

En todos los casos que hemos mencionado uno de los temas más importantes en discusión (y el que nos interesa para los propósitos de este artículo) es el de la discrecionalidad del Estado para otorgar, denegar o revocar tales títulos habilitantes.

Cabe señalar que la Ley de Telecomunicaciones ha sido recientemente modificada mediante la Ley 28737 publicada el 18 de mayo de 2006, la cual introduce el concepto de concesión única, y además reduce sustancialmente el ámbito de discrecionalidad del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) al establecer las reglas de la aprobación automática y del silencio administrativo positivo para casos en los cuales antes sólo existía el silencio administrativo negativo.

2. La Discrecionalidad

La entidad gubernamental responsable del otorgamiento, denegatoria y revocatoria de estos títulos habilitantes es el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, entidad que debe ejercer estas funciones a la luz de cuatro normas, la Ley General de Telecomunicaciones y su Reglamento General, La Ley de Radio y Televisión y su Reglamento.

Las normas mencionadas contienen una serie de preceptos que señalan los casos en los cuales no debe otorgarse uno de estos títulos habilitantes, y los casos en los que aquellos que ya estuviesen vigentes deberían ser revocados.

Algunos de estos supuestos son absolutamente claros y no ofrecen dudas, como podría ser el caso, por ejemplo, de la norma que impide otorgar una concesión a quien tenga determinados montos de deudas con el propio MTC.

En cambio otros supuestos son vagos e imprecisos, como por ejemplo aquél que permite denegar la concesión o autorización cuando ésta ponga en peligro real o potencial la seguridad nacional o vaya en contra del interés público.

En el presente artículo nos interesa especialmente evaluar éste último tipo de normas, es decir aquellas en las que el supuesto para denegar un permiso está

vinculado a conceptos jurídicos indeterminados, casos en los cuales la decisión de la administración será discrecional.

La definición de discrecionalidad que vamos a emplear la hemos recogido de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0090-2004-AA, en la cual se establecen algunas características del acto discrecional, y se establecen además las pautas bajo las cuales una decisión de ese tipo será considerada arreglada a nuestro ordenamiento jurídico.

Los elementos diferenciadores que dicha sentencia establece para estos actos pueden resumirse de la siguiente forma⁴:

- Se señala que la discrecionalidad implica un cierto grado de libertad para el ente administrativo con el fin de que decida en un caso concreto. Esta libertad se origina debido a que la ley, en sentido lato, no determina lo que dichos entes “deben hacer”, o sí es que lo hace, no indica “cómo lo deben hacer”.
- El Tribunal añade en la sentencia mencionada que la discrecionalidad es “(...) una herramienta jurídica destinada a que el ente administrativo pueda realizar una gestión concordante con las necesidades de cada momento.”
- Se justifica la discrecionalidad en el propio Estado de Derecho, señalándose que atañe a los elementos de oportunidad, conveniencia, necesidad o utilidad; amén de las valoraciones técnicas que ocurren en gran parte de las actuaciones de la administración estatal.

Como veremos más adelante, el margen de discrecionalidad que las normas han dejado en estas materias al Ministerio de Transportes y Comunicaciones no es demasiado extenso, pues las opciones con las que cuenta son las de otorgar o no otorgar el título habilitante y revocarlo o no revocarlo.

Es decir, en principio su discrecionalidad está más bien vinculada únicamente a la elección de una opción predeterminada en la Ley, sin embargo, como también analizaremos, en algunos casos para escoger una de esas opciones, el MTC debe previamente, de modo también discrecional, determinar el contenido específico de un concepto jurídico indeterminado.

Ahora bien, a pesar de que en todos los casos la Ley ha señalado como debe hacerse las cosas (es decir cual es el procedimiento para otorgar, denegar o revocar), veremos que existen casos en los que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones de modo también discrecional ha establecido condiciones adicionales,

4 En realidad la sentencia del Tribunal Constitucional menciona tres grados de discrecionalidad, dependiendo del grado de arbitrio concedido al ente administrativo. Así habla de una discrecionalidad mayor, en la cual el margen de arbitrio no se encuentra acotado o restringido por concepto jurídico alguno, la discrecionalidad intermedia en la cual el arbitrio se encuentra condicionado a su consistencia lógica y a la coherencia con un concepto jurídico indeterminado de contenido y extensión, y finalmente habla de una discrecionalidad menor en la cual el margen en realidad se encuentra constreñido a la elección de alguna de las variables predeterminadas por la Ley.

es decir no se ha limitado a escoger entre opciones predeterminadas en la Ley.

3. Los Diversos Títulos Habilitantes que Permiten Desarrollar Actividades de Telecomunicaciones

Para poder apreciar mejor los diferentes títulos habilitantes que otorga el MTC para la realización de servicios de telecomunicaciones, es preciso primero hacer referencia sucinta a las diferentes formas en que tales actividades han sido legalmente clasificadas.

La Ley de Telecomunicaciones en actual vigencia está inspirada grandemente en la antigua Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones Española del año 1987.

En ese sentido, una primera clasificación que posee dicha norma y que se basa precisamente en la mencionada ley española es aquella que divide a estos servicios entre:

- Portadores, que son los servicios que prestan los operadores de redes de telecomunicaciones, básicamente a otros operadores y no al público directamente. Estos servicios han sido legalmente clasificados como públicos.
- Teleservicios o Servicios Finales que son los servicios que brindan al usuario la capacidad completa de comunicación, tales como la telefonía tanto fija como móvil. Estos servicios pueden ser públicos o privados.
- Servicios de Valor Añadido, que son definidos como los servicios que usando como soporte servicios portadores o servicios finales, añaden a estos alguna característica o facilidad adicional. Estos servicios pueden ser públicos o privados.
- Servicios de Difusión, son aquellos que permiten la comunicación desde un punto hacia varios puntos o receptores, tales como la radio, la televisión y la televisión por cable. Estos servicios pueden ser públicos o privados (incluyéndose entre estos últimos además a los denominados servicios privados de interés público).

Una segunda clasificación que posee la legislación de telecomunicaciones vigente, divide a los servicios de telecomunicaciones de la siguiente manera:

- Servicios públicos, entendiéndose por tales aquellos que han sido declarado normativamente como públicos (publicatio o publicación), y que además cumplen con la característica de estar a disposición del público en general a cambio del pago de una tarifa.
- Servicios privados, que son aquellos han sido instalados por una persona natural o jurídica para satisfacer sus propias necesidades de comunicación, estando impedido de venderlos a terceros.

“Se justifica la discrecionalidad en el propio Estado de Derecho señalándose que atañe a los elementos de oportunidad, conveniencia, necesidad o utilidad(…)”

- Servicios privados de interés público, que son la radio y la televisión.

Los tipos de títulos habilitantes que otorga el MTC para la prestación de servicios de telecomunicaciones se basan en las clasificaciones que acabamos de mencionar y son los siguientes:

- Concesión, que es el título necesario para prestar servicios públicos, excepto servicios públicos de valor añadido, y por tanto es requerida para prestar servicios portadores, servicios finales públicos y servicios de difusión públicos.
- Autorización, que es el título otorgado para realizar actividades de radio y televisión, y además para operar servicios privados.
- Registro, que es el tipo de título habilitante que se requiere para prestar servicios de valor añadido y para comercializar (revender) servicios públicos de telecomunicaciones.

A continuación analizamos los diversos grados de discrecionalidad con que cuenta el MTC para el otorgamiento de estos títulos habilitantes.

4. El Caso de los Servicios de Radiodifusión

Como ya indicamos, una de las grandes clasificaciones que tiene la legislación de telecomunicaciones vigente en el Perú, es la de servicios de difusión.

Sin ánimo de entrar en una descripción técnica de estos servicios, podemos mencionar que se catalogan como tales la radio y la televisión, así como el servicio de televisión por cable y la difusión directa por satélite.

Los servicios mencionados en el párrafo anterior han sido a su vez divididos entre servicios públicos y privados de interés público, considerando primordialmente si existe o no un pago por parte del usuario a la empresa que brinda el servicio. Así, en los casos en los que existe un pago, el servicio es catalogado como público, y en los casos que no, como privado de interés público.

En el caso específico de la radio y la televisión, al no ser éstos servicios públicos, el título habilitante que les corresponde es el de la autorización.

Como ya comentamos, el debate público acerca de las potestades con que cuenta el Estado para otorgar o retirar estas autorizaciones fue muy importante en el período que se inicia en el año 2000 con la difusión de los denominados “vladivideos”, y es zanjado en una forma relativa con la promulgación de la Ley de la Radio y la Televisión.

Hasta antes de la promulgación de la mencionada norma, la posibilidad de que el MTC otorgase o denegase estas autorizaciones se encontraba sujeta exactamente al mismo nivel de discrecionalidad que la existente para el otorgamiento de concesiones, en la medida que ambos supuestos se encontraban recogidos en la misma norma, esto es, el Artículo 119° del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones que textualmente señala lo siguiente:

“Artículo 119.- El Ministerio no otorgará la concesión o autorización cuando:

- 1. El otorgamiento de la concesión o autorización ponga en peligro real o potencial la seguridad nacional o vaya en contra del interés público.*
- 2. Al solicitante o alguno de los socios o asociados, tratándose de personas jurídicas, o su representante, se le hubiera sancionado con la cancelación y no haya transcurrido un (1) año desde la fecha en que la resolución que sanciona quedó firme administrativamente.*
- 3. Se ponga en peligro real o potencial el cumplimiento de los fines de las telecomunicaciones como mecanismo de integración, pacificación, desarrollo y como vehículo de cultura.*
- 4. El solicitante estuviera incurso en algunas de las prohibiciones establecidas en la Ley y el Reglamento.*
- 5. El solicitante no hubiera cumplido con los pagos que resulten exigibles respecto de derechos, tasas y canon por alguna concesión o autorización que se le hubiera otorgado, salvo que cuente con fraccionamiento de pago vigente o se haya dejado en suspenso la exigibilidad de dichas obligaciones, conforme a lo establecido en la Ley General del Sistema Concursal.*
- 6. Al solicitante se le hubiera sancionado con multa y no haya cumplido con el pago previo de la misma, siempre que ésta resultara exigible, salvo que cuente con fraccionamiento de pago vigente o se haya dejado en suspenso la exigibilidad de dichas obligaciones, conforme a lo establecido en la Ley General del Sistema Concursal.*
- 7. Cuando en la banda de frecuencia y localidad solicitadas no exista disponibilidad de frecuencias o se configure restricción en la disponibilidad de*

frecuencias, en los casos en que se requiere utilizar espectro radioeléctrico.

- 8. Otras que se contemplen en la Ley u otra norma con rango de ley.*

El presente artículo no será de aplicación a las solicitudes sobre renovación de concesión o autorización que presenten los titulares.

Lo dispuesto en los numerales 5 y 6 se aplicará además a los accionistas, socios, asociados, director o representante legal de la persona jurídica, sea ésta solicitante o forme parte de una persona jurídica solicitante.”

Como fácilmente puede apreciarse, esta norma establece dos tipos de causales de denegación de las autorizaciones, unas que son bastante exactas y cuya verificación consiste únicamente en la constatación de su ocurrencia respecto del solicitante, y otro que consiste en una serie de conceptos jurídicos indeterminados.

Dentro del primer grupo se encuentran las causales descritas en los numerales 2, 4, 5, 6 y parcialmente el numeral 7.

En cambio, el otro grupo de causales contiene supuestos indeterminados, respecto de los cuales el MTC deberá actuar con discrecionalidad, pues son típicos casos en los que el contenido de los conceptos jurídicos que mencionan deben ser completados vía interpretación por el MTC en cada caso concreto.

Los conceptos jurídicos indeterminados que deben ser interpretados para la aplicación de esta norma son la seguridad nacional, el interés público, la posibilidad de poner en riesgo los fines de las telecomunicaciones y los casos en los que se configura la restricción de espectro radioeléctrico.

Ahora bien, como ya señalamos, el artículo del Reglamento General que transcribimos ya no es directamente aplicable al caso de los servicios de radiodifusión en la medida que la norma aplicable será más bien la Ley de Radio y Televisión.

A pesar de que una parte importante de la opinión pública era favorable a que el Estado tuviese la facultad de otorgar y retirar este tipo de autorizaciones de manera discrecional cuando se presentasen situaciones análogas a las vividas a finales del siglo pasado (pagos hechos a los broadcasters para que favorecieran al régimen de turno en su programación), lo cierto es que la Ley finalmente aprobada más bien eliminó el riesgo de que las autorizaciones para estos servicios se sujetasen a criterios tan poco claros como los ya mencionados de interés público, seguridad nacional, peligro en el cumplimiento de los fines de las telecomunicaciones como vehículo de paz, cultura y desarrollo.

En efecto, el Artículo 23° de la Ley de Radio y Televisión establece las que para nosotros son las únicas

causas posibles para la denegatoria de este tipo de autorizaciones:

“Artículo 23.- Causales de denegatoria

Son causales para denegar la solicitud de la autorización:

- a) *Cuando el otorgamiento de una nueva autorización transgrede la aplicación del artículo 22 de la presente Ley⁵.*
- b) *Adeudar obligaciones relativas al derecho de autorización, canon, tasa, multas u otros conceptos derivados de la prestación de servicios de radiodifusión u otros servicios de telecomunicaciones, salvo que se cuente con el beneficio de fraccionamiento vigente.*
- c) *Haber sido condenado con pena privativa de la libertad de cuatro (4) o más años, por la comisión de un delito doloso.*
- d) *Haber sido sancionado con la cancelación de una autorización, dentro de los diez (10) años anteriores a la presentación de la solicitud, en la misma localidad.*
- e) *Encontrarse inhabilitado de contratar con el Estado, por resolución con autoridad de cosa decidida.⁶*
- f) *Haber sido sancionado más de tres (3) veces por infracciones muy graves, en el lapso de diez (10) años, por resolución con autoridad de cosa decidida.*

La renovación de las autorizaciones para la prestación del servicio de radiodifusión, se denegará por cualquiera de las causales antes señaladas, así como por el incumplimiento de la ejecución del proyecto de comunicación y la operación sin cumplir los requisitos mínimos correspondientes.

Las causales establecidas en el presente artículo se verifican respecto de la persona natural o jurídica solicitante, de sus accionistas y de los accionistas de la persona jurídica que la conforma, de sus socios, asociados, directores, así como del representante legal, gerente o apoderado de ésta.

Para los efectos de lo dispuesto en el inciso a) del presente artículo, se considera como una sola persona jurídica a las que tengan como socio, accionista, asociado, gerente común a una misma persona jurídica o natural o pariente de ésta hasta el segundo grado de consanguinidad.

La denegatoria de la respectiva solicitud de autorización o renovación se formaliza mediante resolución del órgano competente del Ministerio.”

Como puede apreciarse de la simple lectura de la norma, la misma es mucho más precisa que el artículo

antes mencionado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones y elimina el margen de discrecionalidad que dicho ente tenía para negar permisos en base a conceptos jurídicos indeterminados y de muy difícil precisión.

No obstante ello, por la vía reglamentaria se pretende incluir nuevamente este tipo de conceptos, al haber incluido en el Reglamento de la Ley de Radio y Televisión aprobado por Decreto Supremo N° 005-2005-MTC el siguiente artículo:

“Artículo 27° Fines del servicio de radiodifusión

En el otorgamiento de una autorización, podrá evaluarse el cumplimiento de los fines del servicio de radiodifusión y que ésta no ponga en peligro, real o potencial, la seguridad nacional, ni atente contra el interés público, establecidos en la Ley y el presente Reglamento. Para tal efecto, podrá solicitarse la opinión de otros organismos competentes.”

Como puede verse, a pesar de que la Ley había eliminado la posibilidad de denegar una autorización sobre la base de conceptos tan imprecisos, el Reglamento estaría pretendiendo establecer otras causales de denegatoria no establecidas expresamente en la Ley.

Nosotros consideramos que esta norma resulta inaplicable por constituir un supuesto de ilegalidad, pues es claro que en este caso el Reglamento está violando la Ley que complementa.

4.1. Renovación de Autorizaciones

El régimen de renovación de las autorizaciones para la prestación de servicios de radiodifusión ha sido tradicionalmente el de la renovación automática, constituyéndose así en la única excepción al régimen legal común en el sector de telecomunicaciones vigente hasta hace muy poco, pues en este sector la norma hasta la dación de la Ley 28737, era que todo título habilitante, incluyendo los registros, requería de la expedición de un acto administrativo expreso por parte del MTC, siendo además la regla del silencio administrativo negativo la que se aplicaba en cualquier caso de inacción por parte del MTC.

Entendemos que esta regla de la renovación automática se origina principalmente por el hecho de que la mejor oportunidad que tienen las autoridades administrativas para ejercer cualquier tipo de censura y por tanto violar la libertad de expresión se da precisamente en el momento de evaluar la renovación de una autorización.

Si embargo, desde nuestro punto de vista esta regla de la renovación automática ya no es la aplicable, toda vez que el Artículo 23° de la Ley de Radio y Televisión señala

5 El Artículo 22° contiene un criterio eminentemente técnico para el cálculo de los porcentajes de ocupación del espectro radioeléctrico, por lo cual este no es un supuesto de discrecionalidad.

6 Más adelante analizamos la posibilidad de que los impedimentos para contratar con el Estado previstas en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, así como las sanciones impuestas por CONSUCODE al amparo de dicha Ley, sean consideradas como causa para negar autorizaciones o concesiones.

expresamente que en todo trámite de renovación debe evaluarse nuevamente el cumplimiento de los requisitos exigidos para el otorgamiento de una autorización nueva.

Ahora bien, debemos aclarar que en este punto existe nuevamente una cierta contradicción entre lo que señala la Ley de Radio y Televisión, y lo que señalan las normas reglamentarias. Así, por un lado el Artículo 204° del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones señala que la renovación de las autorizaciones para prestar servicios de radiodifusión es automática en la medida que el solicitante se encuentre al día en el pago de los derechos que le corresponda abonar al MTC, y dicha previsión es repetida en el Artículo 21° del Reglamento de la Ley de Radio y Televisión que señala que tal renovación es automática, aunque matiza un poco la afirmación al agregar que ello procede “*previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley y su Reglamento*”.

Nosotros consideramos que una interpretación correcta del marco normativo implica que en la actualidad la renovación ya no es automática, sino que por el contrario se exige evaluar que el solicitante no se encuentre incurso en una de las causales de denegatoria que contiene el artículo 23° antes citado.

Desde nuestro punto de vista, esta modificación en nada amenaza la libertad de expresión, pues como ya se dijo, las causales para denegar la renovación, son actualmente todas objetivas y no dejan un margen a la discrecionalidad que fácilmente podría convertirse en arbitrariedad.

4.2. El Problema de la Escasez del Espectro

Un aspecto que es muy importante en el caso de los servicios de radiodifusión es el hecho de que ellos requieren usar un recurso natural que es limitado, y que por tanto obliga a restringir (por razones estrictamente técnicas) el número de operadores en cada servicio⁷.

Esta situación de escasez es el origen de la mayoría de las reglas que existen en este mercado, y es en muchos casos el origen del poder que el Estado ha adquirido para decidir quien puede gozar de un título habilitante.

Como nos recuerda Coase, en ausencia de un marco legal que determine como, a quien y con que atributos se otorga estos títulos la situación sería un tanto caótica⁸.

Ahora bien, aunque el Estado no otorga un derecho real a la persona o empresa a la cual autoriza a operar el servicio de radiodifusión, si le otorga un derecho exclusivo y excluyente.

En efecto, la primera característica de toda autorización para prestar estos servicios, es que la única persona que podrá utilizar la frecuencia que se le asigne será la titular de la autorización, excluyendo al mismo tiempo la posibilidad de que nadie más la use.

Por otro lado, aunque todas estas autorizaciones son temporales (con un máximo de 10 años en el caso de la Ley Peruana), el hecho de que existan muy pocos supuestos para la revocación de las autorizaciones, aunado al ya descrito criterio de aprobación automática, hacen que en realidad exista una suerte de derecho perpetuo a favor de los autorizados a prestar estos servicios.

De hecho, como señala Coase⁹, en muchos casos las frecuencias otorgadas constituyen el activo más valioso de las empresas de radiodifusión y objeto de comercio en la medida que pueden ser transferidas o cedidas en uso¹⁰.

Por las razones expuestas es que un aspecto sumamente importante lo constituye el mecanismo empleado para determinar a quien se le otorga (o a quien no) la autorización.

La ley establece dos sistemas o modalidades de otorgamiento de solicitudes, el de solicitud de parte y el sistema de concurso público, debiendo entenderse que en ambos son aplicables las restricciones establecidas en el Artículo 23° antes citado.

De acuerdo al orden establecido en la Ley, el otorgamiento en principio debiera darse primero por el procedimiento a solicitud de parte, y sólo se recurriría a concurso público cuando el número de frecuencias o canales disponibles en una banda fuese menor al número de solicitudes presentadas.

7 Se espera que con la utilización de nuevas tecnologías digitales este problema reduzca su magnitud debido a que ellas permitirán la existencia de más operadores utilizando el mismo espectro.

8 Este tema es tratado de modo extenso en el artículo “LA COMISIÓN FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES” (publicado originalmente en The Journal of Law and Economics en Octubre de 1959). El texto que nosotros hemos revisado se encuentra en LA EMPRESA, EL MERCADO Y LA LEY. Alianza Editorial, Madrid: 1994. pp. 79 – 119.

9 Op. Cit. P. 101

10 Aunque la Ley General de Telecomunicaciones sólo habla de un derecho del titular de la autorización a transferir ésta (entendiendo que transferir implica una cesión definitiva de ella), al amparo de dicha norma, mediante la R.M. N° 069-97-MTC/15.17 se permitió que el titular del canal 11 en VHF alquilase su frecuencia a otra empresa.

En cambio, la Ley de Radio y Televisión sí permite de modo expreso este tipo de actos de disposición temporal de la autorización, al señalar en el último párrafo de su Artículo 27° lo siguiente:

“Asimismo, requerirá autorización del Ministerio, la afectación de los derechos conferidos para prestar un servicio de radiodifusión, mediante cesión, gravamen, fideicomiso, arrendamiento u otra forma, que directa o indirectamente, conlleven la pérdida efectiva de la capacidad decisoria o del control del titular sobre la autorización otorgada”.

Es sumamente interesante notar además que mediante el uso de estas figuras se podría burlar la prohibición a los extranjeros para controlar empresas de radiodifusión, pues en la medida que quien, por ejemplo, arriende la autorización no está sujeto al límite de participación del 40%, una empresa ciento por ciento extranjera podría arrendarla y controlarla.

Nosotros consideramos que la fórmula elegida, esto es que el concurso público sólo es obligatorio cuando el número de solicitudes es mayor que el de frecuencias o canales disponibles no es la más adecuada, pues se presentarían situaciones en las cuales, si por ejemplo quedase un sólo canal disponible, éste sería otorgado al primero que tramite su solicitud, cerrando luego la posibilidad de que otras personas o empresas puedan operar el mismo servicio.

Además, debemos señalar que la Ley no establece cuales serán los criterios de calificación en un concurso público, pues señala que ese criterio será definido en cada oportunidad por las Bases, aunque es cierto que en todos los casos será obligatorio que se establezca un monto base para la propuesta económica.

Es decir, es claro que aunque se tratará de un sistema de asignación de precios, las bases podrán establecer otros criterios adicionales de calificación de tal modo que incluso sería válido que el criterio determinante pueda ser otro y no gane necesariamente quien tenga la mejor oferta económica.

**“Nosotros consideramos
que la fórmula elegida,
esto es que el concurso
público sólo es obligatorio
cuando el número de
solicitudes es mayor que el
de frecuencias(...) no es la
más adecuada”**

Por supuesto que al introducir otros criterios de calificación se introduce un criterio de discrecionalidad que es el que supuestamente se busca evitar al implantar un sistema de precios, sin embargo, nosotros creemos que si resulta legal que en algunos casos se establezcan criterios para favorecer a la radiodifusión educativa o a la comunitaria sobre la comercial, o incluso para preferir una tecnología sobre otra, si es que se considera que eso beneficia a la audiencia y por tanto no viola el principio de neutralidad tecnológica.

Lamentablemente, las normas del sector no establecen las pautas que deberán seguirse y dejan abierta la

posibilidad de que el Ministerio determine los criterios y pautas para la calificación de las ofertas; sin embargo consideramos que deberá respetar algunos conceptos básicos tales como el que los criterios de calificación sean objetivos, que todos los postores conozcan dichos criterios de modo anticipado, que no se establezca condiciones que privilegien determinadas marcas o incluso tecnologías¹¹ (salvo lo señalado en el párrafo anterior).

Debemos señalar que existen quienes sostienen que en realidad sólo las fuerzas del mercado debieran determinar quien se queda con este recurso escaso, y alegan que tiene ventajas sobre la forma en que lo haría una oficina gubernamental, debido a que se atenúa la posibilidad de que un criterio político esté influyendo en la asignación¹².

Quienes defienden este sistema señalan que no implica que quien tiene más poder adquisitivo es quien necesariamente se va a quedar con el recurso, sino quien más lo valora, porque es quien estará dispuesto a pagar más por el mismo.

4.3. Revocatoria de la Autorización

Este aspecto es muy importante pues de nada serviría que existan reglas objetivas y claras para el otorgamiento de la autorización, si es que la misma pudiese ser revocada o cancelada en cualquier momento.

La Ley distingue dos potestades distintas que pueden ser ejercidas por el MTC para dejar sin efecto la autorización. La primera está contenida en el Artículo 30° de la Ley de Radio y Televisión y lleva por título “Causales para dejar sin efecto la autorización”, la segunda, contenida en el Artículo 80° de la misma norma es denominada “Cancelación”.

Por la distinta denominación de cada uno de estos artículos puede preverse que en el primero de los casos debemos estar ante una figura parecida a la de la revocación de actos administrativos contenida en el Artículo 203° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, por lo cual no debiera tratarse de casos en los que se aplica una sanción, sino la constatación de la desaparición de las condiciones objetivas que dieron origen a su otorgamiento.

Sin embargo, si revisamos detenidamente la norma, veremos que, excepto en el caso de la renuncia por parte del titular de la institución, todos los demás supuestos

11 Estos criterios son establecidos por ejemplo en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, aunque estas normas no son aplicables al concurso público para el otorgamiento de autorizaciones de servicios de radiodifusión, si consideramos válido que se apliquen algunos criterios como el mencionado por medio de la aplicación analógica de la norma.

12 Al respecto Coase señala lo siguiente:

“Esta novedosa teoría (novedosa desde Adam Smith) se refiere a que la asignación de los recursos sea determinada por las fuerzas del mercado antes que por decisiones gubernamentales. Aparte de las malas asignaciones que son el resultado de presiones políticas, una oficina estatal que intente realizar la función ejecutada normalmente por el mecanismo de precios opera con dos desventajas. Primero, le falta la medida precisa de costes y beneficios que proporciona el mercado. En segundo lugar, no está en posesión de toda la información relevante con la que cuentan los directores de las empresas que utilizan o podrían utilizar las frecuencias de radio, ni que hablar del conocimiento de las preferencias de los consumidores en lo que hace a bienes y servicios para cuya producción pueden emplearse las frecuencias. En realidad, se requieren arduas investigaciones para obtener parte de esta información, y las decisiones de la Comisión Federal de Comunicaciones sufren entonces importantes retrasos, a veces años. Para simplificar la tarea, la Comisión adopta disposiciones arbitrarias...” (pag. 97)

implican algún tipo de incumplimiento por parte del administrado, y por tanto no se trata precisamente de una revocatoria.

Debemos añadir que ninguno de los supuestos contenidos en esta norma constituye de por sí una fórmula abierta, y tampoco se recurre a conceptos jurídicos indeterminados, motivo por el cual no creemos que aquí la autoridad pueda actuar con demasiada discrecionalidad¹³.

La cancelación en cambio si está claramente definida como una sanción, pero aquí los márgenes de discreción son mucho más amplios pues la Ley establece que esta sanción no se aplica de modo automático frente a la sola verificación del hecho, sino que el MTC **puede** decidir si lo hace o no.

Debe notarse que los supuestos para la cancelación son sólo dos, y uno de ellos es a su vez una causal de denegatoria de nuevas autorizaciones o de la renovación de las ya existentes.

En efecto, la primera de las causales es la comisión reiterada de infracciones calificadas como muy graves, precisándose en el Reglamento que esta causal se configura cuando el sujeto autorizado ha recibido tres o más sanciones por la comisión de infracciones muy graves dentro de un período de cinco años, y siempre que tales sanciones hayan quedado consentidas. A su vez la Ley señala que no se podrá otorgar autorización a la persona natural o jurídica que haya sido sancionada (o lo hayan sido sus accionistas, socios, asociados, directores, gerentes o apoderados), por la comisión de tres o más infracciones muy graves, en un lapso de 10 años, exigiéndose también que dichas sanciones hayan quedado consentidas.

Como puede verse, aunque el MTC puede decidir, usando su discrecionalidad, no cancelar una autorización pese a haberse configurado la causal que acabamos de describir, en cambio no podrá renovar la autorización del administrado a quien decidió no

sancionar ya que este supuesto, cuando actúa como causal de denegatoria es de aplicación obligatoria (es decir desaparece la discrecionalidad).

Es interesante apreciar como este mecanismo de sanción no puede sin embargo ser utilizado para revocar o quitar una autorización de modo arbitrario, sino que siempre debe estar sustentado en la comisión de alguna infracción que además se configura por medio de conductas objetivamente verificables, como son todas las contenidas en el Artículo 77¹⁴ de la Ley de Radio y Televisión¹⁵.

La otra causal para la cancelación de las autorizaciones, y que también puede ser decidida de modo discrecional (es decir, la configuración de la infracción faculta al MTC a cancelar la autorización pero no lo obliga a hacerlo), es la que se produce cuando se incumple la medida cautelar de suspensión de la autorización.

Cabe señalar que la medida cautelar de suspensión de la autorización se produce únicamente cuando se da un uso no autorizado de las frecuencias o se emiten interferencias.

Como puede apreciarse, si bien es cierto la Ley ha dejado un cierto margen de de discrecionalidad al MTC para decidir en que casos cancela o no una autorización, esta discrecionalidad se limita, ante la constatación de la infracción descrita con claridad en la norma, a la posibilidad de decidir si revoca o no la autorización. Sin embargo, no se ha querido dejar en manos de esta autoridad la posibilidad de revocar autorizaciones de forma discrecional en base a conceptos tales como el interés público y otros semejantes.

Si bien es cierto, esta Ley tampoco permitiría revocar las licencias ante la ocurrencia de hechos similares a los que se encuentran registrados en los vladivideos, el legislador ha considerado que eso es preferible a la posibilidad de entregar una herramienta de censura a una autoridad administrativa.

13 Los supuestos que contempla esta norma son los siguientes:

- a. Incumplimiento de las obligaciones derivadas del periodo de instalación y prueba (las obligaciones están claramente detalladas en los artículos 56°, 57° y 58° del Reglamento de la Ley de Radio y Televisión).
 - b. Incumplimiento por más de dos años consecutivos del pago del canon por el uso del espectro radioeléctrico o de la tasa por la explotación comercial del servicio.
 - c. Suspensión en la prestación del servicio de radiodifusión, en los plazos que establezca el reglamento (el reglamento ha establecido un máximo de tres meses consecutivos o cinco meses alternados en el lapso de un año).
 - d. Incumplimiento de las características técnicas con las cuales se otorgó la autorización, tales como la modalidad de operación, la frecuencia o canal asignado o la finalidad para la cual fue autorizado).
 - e. Incumplimiento de las Bases establecidas en el concurso público del cual se deriva la autorización.
- 14 Las infracciones calificadas como muy graves por dicha norma son:
- a. Prestar servicios de radiodifusión y usar frecuencias de radiodifusión sin contar con autorización (por supuesto, en este caso, al no existir autorización, es imposible la cancelación).
 - b. Usar frecuencias distintas a las autorizadas.
 - c. La producción deliberada de interferencias perjudiciales.
 - d. El incumplimiento de las condiciones esenciales establecidas en la autorización (nótese que esta infracción puede ser causal para dejar sin efecto la autorización).
 - e. Incumplir con los límites máximos para la emisión de radiaciones no ionizantes.
 - f. La comisión en el lapso de un año de dos o más infracciones leves.

15 Por supuesto, sabemos que el hecho de que la Ley sólo haya puesto como causales de cancelación la comisión de infracciones que podríamos definir como de carácter técnico, lamentablemente no garantiza el no uso de argucias legales para lograr el propósito de retirar la autorización a alguien que pudiese no ser cómodo para el gobierno de turno. Así por ejemplo, aunque ni la Ley de Telecomunicaciones ni su Reglamento General lo establecen, en la década pasada se anuló el título de nacionalidad de un empresario televisivo que era peruano por naturalización, con el fin de arrebatárle luego el control de un canal de televisión, al amparo de lo dispuesto en el Artículo 23° del Decreto Legislativo 702 (hoy dicho artículo está derogado).

5. Los Servicios Públicos

Desde la promulgación del Decreto Legislativo 702 y hasta hace muy pocos días, la regla general fue que no se podía obtener ningún tipo de título habilitante en este sector como consecuencia del silencio administrativo, o lo que es lo mismo, en todos los casos el silencio del MTC era negativo.

En ese sentido, la regla que aún contiene el Artículo 36° de la Ley de Telecomunicaciones señala expresamente lo siguiente:

“En los trámites seguidos para obtener concesiones, autorizaciones, permisos, licencias y tarifas, no son de aplicación las normas que otorgan derechos por mérito del silencio administrativo”.

Como puede fácilmente apreciarse, ésta regla llama la atención en la medida que es contraria al régimen general (y algo exagerado) que había sido impuesto por la Ley de Simplificación Administrativa 25035, la cual señalaba que el silencio administrativo positivo era la regla en los casos de solicitudes para obtener licencias, autorizaciones¹⁶; etc.

Sin embargo, como veremos más adelante, este régimen del silencio administrativo negativo ha sido eliminado en el caso de los servicios de valor añadido, así como en el caso de concesión para operador independiente.

5.1 El Caso de los Servicios de Valor Añadido

De acuerdo a la definición legal, los servicios de valor añadido que pueden ser públicos o privados, son *“aquellos que utilizando como soporte servicios portadores o finales de difusión, añaden alguna característica o facilidad al servicio que les sirve de base”.*

Los servicios de valor añadido más conocidos son aquellos prestados por las empresas que brindan acceso a Internet, así como los servicios de consulta (números de la serie 0800 a los que se accede para consultar horóscopo, el clima; etc.).

El concepto de servicio de valor añadido se introduce en el Perú cuando se copia el esquema de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones de España, y al igual que en dicho país, éste es el sector en el cual por primera vez se busca promover la competencia.

En efecto, cuando se empieza a abrir a la competencia algunos sectores como el de las telecomunicaciones donde la regla había sido el monopolio estatal, se identifican algunas actividades que estarían listas para ser abiertas a la competencia^{17,18}.

En ese sentido, aún cuando en el Perú los servicios de telefonía básica y de comunicaciones de larga distancia se encontraban bajo un régimen de monopolio, el Artículo 30° de la Ley de Telecomunicaciones proclamaba ya que en el caso de los servicios de valor añadido estábamos frente a servicios en libre competencia.

Aunque estos servicios de valor añadido se prestasen bajo el calificativo de públicos, es necesario aclarar que jamás se exigió que el título habilitante fuese la concesión, sino que se exigió siempre solamente un registro.

Es claro que si uno quiere promover la competencia en un determinado sector, es necesario que exista libertad de ingreso al mismo, y ello obviamente no se logra si se exige algún tipo de título habilitante que requiera de largos y complicados trámites, o que más aún, pueda ser denegado a la sola discreción de la administración pública.

En ese sentido, desde un inicio el título exigido para prestar servicios de valor añadido fue simplemente el de registro, pero sujeto a la aprobación del MTC, calificándose su silencio como silencio administrativo negativo.

Aunque no conocemos la lógica de ese sistema de habilitación en el cual para prestar servicios en libre competencia se requería de una decisión expresa de la administración, la cual además podía denegarlo, suponemos que ello obedecía, o bien simplemente a un descuido del legislador, o probablemente a su deseo de cautelar que no se violase la disposición contenida en el Artículo 105 del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones de brindar tráfico de voz en tiempo real a través del servicio de valor añadido de conmutación de datos por paquetes¹⁹.

En todo caso, lo que resulta saludable es que ahora se flexibilice más los requisitos necesarios para prestarlo, ya que el registro ahora será un trámite de aprobación automática, esto es, bastará presentar la solicitud para poder empezar a operar.

16 El Artículo 11° de su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 070-89-PCM (norma ya derogada) señalaba que:

De acuerdo con el principio de la presunción de veracidad, la Administración Pública modificará, en un plazo que no excederá de sesenta (60) días calendario a ser contados a partir de la vigencia del presente Reglamento, sus procedimientos específicos para el otorgamiento de licencias, autorizaciones, permisos, concesiones y similares, con la finalidad de que estos sean otorgados automáticamente sobre la base de las declaraciones de los interesados, la que estarán sujetas a una fiscalización posterior.

17 Ariño Ortiz, Gaspar. PRINCIPIOS DE DERECHO PÚBLICO ECONÓMICO, ARA Editores. Lima: 2004. pp. 622 - 625.

18 Juan Miguel de la Cuétara Martínez comentando la Ley Española señala

“De este modo se produjo una primera reducción del monopolio de las telecomunicaciones, que quedaria centrado en lo que entonces se consideraban “servicios portadores” y algunos “servicios finales”, todos ellos calificados como de carácter básico y de necesario funcionamiento constante, regular y continuo; los servicios de valor añadido, en cambio, regulados por normas comerciales, podían dejar de funcionar, o no llegar a todos, u ofrecerse selectivamente a clientes determinados, y, por tanto, no tenían la consideración de servicios públicos”

En: PRINCIPIOS DE DERECHO PÚBLICO ECONÓMICO, ARA Editores. Lima: 2004. p. 784

19 Entendemos que el sentido de esta prohibición fue tratar de impedir que algún servicio de valor añadido compitiera con los servicios telefónicos que estaban bajo un régimen monopólico en el momento que se dictó la norma. Sin embargo, la amplia difusión de servicios montados en Internet que permiten la transmisión de voz en tiempo real, algunos pagados y otros gratuitos, hizo que esta prohibición nunca fuese demasiado efectiva.

5.2. El Caso de los Servicios Sujetos a Concesión

Tradicionalmente se entiende que un servicio público es uno acerca del cual existe una reserva de actividad a favor del Estado (es decir, en principio sólo el Estado puede prestarlo). Esta declaración de reserva estatal es conocida en la doctrina como *publicatio* o *publicatio*.

Asimismo, la visión tradicional del servicio público sostiene que estos pueden ser encargados a privados, únicamente a través de un acto administrativo llamado concesión, el cual además suele constar en un contrato.

Como señala correctamente Diego Zegarra, el Perú no ha sido demasiado consistente en el uso de la concesión como único título habilitante para prestar un servicio público. Así por ejemplo, durante la vigencia de la antigua Ley de Telecomunicaciones (Decreto Ley 19020) se reconocía el carácter público de estos servicios, pero se establecía que el título habilitante era la autorización²⁰, y lo mismo sucede con el caso ya analizado de los servicios de valor añadido de carácter público.

De acuerdo a la actual legislación los servicios que requieren de concesión para ser prestados son los servicios portadores, los finales y los de difusión de carácter público.

Ahora bien, como ya adelantamos, la Ley Peruana establece por un lado que la concesión es un acto administrativo, esto es una declaración de una entidad administrativa (el MTC), en el marco de normas de derecho público, destinada a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones y derechos de los administrados.

Asimismo, como ya adelantamos también, este acto administrativo es dictado dentro de un margen de discrecionalidad, lo que permite que el MTC ante cada solicitud que se le presente pueda decidir si otorga una concesión o no.

Dado que la Ley 28737, ha introducido también una importante modificación al régimen de concesiones al crear el concepto de concesión única, antes de evaluar con detalle la discrecionalidad del MTC en este rubro, vamos a realizar unos breves comentarios acerca de la concesión única.

5.2.1. La Concesión Única

El diseño original de nuestra Ley de Telecomunicaciones preveía que los contratos de concesión deberían ser firmados por cada servicio concedido y por cada área de concesión. Es cierto que se permitía incluir en un mismo contrato más de un servicio y área de concesión, sin embargo, aun en esos casos se debía mencionar de modo expreso los servicios concedidos.

Lo señalado significa que si una misma empresa presta, por ejemplo, el servicio de telefonía fija, el de telefonía móvil y el de larga distancia internacional, entonces necesitará de tres concesiones distintas, las cuales además usualmente estarán recogidas en más de un contrato.

Con la Ley 28737 publicada el 18 de mayo de 2006, se reemplaza este esquema, estableciendo, a semejanza de lo que ocurre en otros países, la figura de la licencia única, esto es, se señala que los operadores de servicios “públicos” de telecomunicaciones no requieren contar con una concesión para cada servicio, sino que se les otorgará una sola concesión, la que incluye automáticamente la potestad de prestar absolutamente todos los servicios de telecomunicaciones, estableciendo como único requisito el de la comunicación al MTC de modo previo al inicio de la prestación de cada modalidad distinta.

Es interesante apreciar que en el caso peruano el dictamen de la Comisión de Transportes y Comunicaciones sobre el Proyecto de Ley 14224/2005-CR que dio luz a la norma que estamos comentando, señala como único sustento la convergencia²¹, lo que daría la impresión que su principal finalidad es que los operadores ya establecidos puedan fácilmente moverse dentro de este mercado ampliando la gama de los servicios que prestan, más no necesariamente facilitar la entrada de nuevos operadores.

Nuestra observación obedece a que en otros sistemas legales la implantación de la licencia única ha estado vinculada no sólo al fenómeno de la convergencia, sino sobre todo a la apertura del mercado facilitando la entrada de nuevos competidores²², lo cual ha llevado consigo que además se reemplace el sistema de contratos de concesión por otra clase de títulos

20 Zegarra Valdivia, Diego. SERVICIO PÚBLICO Y REGULACIÓN. MARCO INSTITUCIONAL DE LAS TELECOMUNICACIONES EN EL PERÚ. Palestra Editores. Lima: 2005 p. 364.

21 Sobre el particular señala De La Cuétara Martínez:

“El desarrollo tecnológico de las telecomunicaciones se disparó en los años ochenta a partir de dos grandes avances de la industria del silicio: el incremento exponencial de la potencia de los ordenadores y la fibra óptica. El primero permitió manejar señales digitalizadas de forma prácticamente instantánea; la segunda incrementó enormemente la velocidad de comunicación y la capacidad de retransmisión. Al mismo tiempo, la digitalización de las redes telefónicas tradicionales les permitió aportar servicios nuevos, apareciendo lo que se denominan “redes inteligentes” (con identificación y desvío de llamadas, multiconferencia; etc.). Todo ello ha dado lugar a nuevos servicios, cada vez más apreciados por los usuarios de los servicios de telecomunicaciones. Los más beneficiados han sido los usuarios de tipo empresarial, que necesitan manejar cada vez más información, procedente de más lejos, de un modo más rápido. Pero también se benefician los usuarios privados que ven que su factura telefónica les cuesta cada vez menos.

Es importante destacar que los desarrollos tecnológicos en la informática, las telecomunicaciones y el sector audiovisual están haciendo confluir a estos tres sectores en lo que se ha dado en llamar el “Hipersector” de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (las llamadas TIC). Este fenómeno se conoce como “convergencia” y la Comisión Europea ha publicado en 1998 un “Libro Verde” para estudiarlo; desde entonces está de una manera u otra presente en su política de telecomunicaciones”. P. 780 y 781.

22 Tanto la Revisión 1999 como el paquete de Directivas “Telecom 2002”, reconocen la necesidad de que se facilite la entrada de nuevos operadores mediante el establecimiento de títulos habilitantes automáticos, debiendo ser los mismo básicamente simples declaraciones de inicio de actividad o autorizaciones generales de carácter reglado (De la Cuétara, Op cit. pp. 787 y 802).

habilitantes más fáciles de obtener, tales como las simples declaraciones de inicio de actividad.

Sin embargo en el Perú se mantiene la figura de la concesión como el título habilitante por excelencia, señalándose que además de la concesión única, ahora existirá también el contrato de concesión único.

La pregunta que surge de inmediato se refiere a cual podría ser la motivación que ha empujado al legislador a no reemplazar la concesión por alguna forma de habilitación más sencilla. Aunque el dictamen del Congreso ya mencionado no da luces sobre este tema, entendemos que el mantenimiento de esta figura obedece a la inamovilidad que la Constitución del año 1993 ha concedido a la figura del contrato, señalando que lo pactado en ellos es inmodificable por leyes posteriores. En ese sentido, aunque la concesión implica un trámite complejo, al estar contenido en un contrato se hace más valioso para el inversionista que una simple autorización que podría ser revocada más fácilmente, por lo cual creemos que el mantenimiento de esta figura tiene más que ver con un ánimo de atraer al inversionista privado que a una técnica legal cuidadosamente seleccionada.²³

En todo caso, el real impacto de la implementación de la concesión única sólo podrá ser medido cuando sea reglamentada y se empiece a aplicar.

5.2.2. La Discrecionalidad del MTC en el Otorgamiento de Concesiones

El Artículo 119° del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones contiene un listado de las razones por las cuales el MTC puede decidir no otorgar una

concesión para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.

Tomando en cuenta que la mayor parte de estas causales son objetivas y basta corroborar su ocurrencia en la realidad²⁴, vamos a centrar nuestro comentario exclusivamente en las causales siguientes:

- El otorgamiento de la concesión o autorización ponga en peligro real o potencial la seguridad nacional o vaya en contra del interés público²⁵.
- Se ponga en peligro real o potencial el cumplimiento de los fines de las telecomunicaciones como mecanismo de integración, pacificación, desarrollo y como vehículo de cultura.
- Se configure restricción en la disponibilidad de frecuencias, en los casos en que se requiere utilizar espectro radioeléctrico.

Como puede apreciarse las dos primeras causales transcritas se refieren a conceptos indeterminados que no pueden ser fácilmente comprendidos por la persona que esté solicitando una concesión. Es más, dada su tremenda imprecisión, es claro que siempre será posible que la autoridad interprete de modo distinto estas causales.

El único caso que conocemos en el cual se aplicaron, aunque de un modo bastante impreciso estas causales, se presentó en la Resolución Viceministerial N° 725-2001-MTC/15.03 por medio de la cual se denegó la solicitud de concesión presentada por la empresa CIFSA TELECOM S.A.C.

23 Diego Zegarra Valdivia tiene una apreciación similar acerca del uso de la figura de la concesión (Op cit. p. 368).

24 Las causales que no vamos a analizar son las siguientes:

- Al solicitante o alguno de los socios o asociados, tratándose de personas jurídicas, o su representante, se le hubiera sancionado con la cancelación y no haya transcurrido un (1) año desde la fecha en que la resolución que sanciona quedó firme administrativamente.
- El solicitante estuviera incurso en algunas de las prohibiciones establecidas en la Ley y el Reglamento.
- El solicitante no hubiera cumplido con los pagos que resulten exigibles respecto de derechos, tasas y canon por alguna concesión o autorización que se le hubiera otorgado, salvo que cuente con fraccionamiento de pago vigente o se haya dejado en suspenso la exigibilidad de dichas obligaciones, conforme a lo establecido en la Ley General del Sistema Concursal.
- Al solicitante se le hubiera sancionado con multa y no haya cumplido con el pago previo de la misma, siempre que ésta resultara exigible, salvo que cuente con fraccionamiento de pago vigente o se haya dejado en suspenso la exigibilidad de dichas obligaciones, conforme a lo establecido en la Ley General del Sistema Concursal.
- Cuando en la banda de frecuencia y localidad solicitadas no exista disponibilidad de frecuencias.
- Otras que se contemplen en la Ley u otra norma con rango de ley.

25 El Tribunal Constitucional ha desarrollado una interesante interpretación del concepto jurídico indeterminado "interés público", en su sentencia del expediente 0090-2004-AA/TC, que desarrollamos a continuación:

11. El interés público tiene que ver con aquéllo que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa.

La administración estatal, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, asume el cumplimiento de los fines del Estado teniendo en cuenta la pronta y eficaz satisfacción del interés público.

El interés se expresa confluientemente como el valor que una cosa posee en sí misma y como la consecuencia de la inclinación colectiva hacia algo que resulta atractivo, apreciable y útil.

(...)

Dicho interés es tan relevante que el Estado lo titulariza, incluyéndolo entre los fines que debe perseguir necesaria y permanentemente.

(...)

Consecuentemente, el interés público es simultáneamente un principio político de la organización estatal y un concepto jurídico. En el primer caso opera como una proposición ético-política fundamental que informa todas las decisiones gubernamentales; en tanto que en el segundo actúa como una idea que permite determinar en qué circunstancias el Estado debe prohibir, limitar, coactar, autorizar, permitir o anular algo.

(...)

En ese contexto, la discrecionalidad opera cuando el ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar, en un supuesto dado, lo que sea de interés público. Como lo manifiesta el mismo Sainz Moreno, "en el interés público se encuentra el núcleo de la discrecionalidad administrativa (...) y la esencia, pues, de toda actividad discrecional la constituye la apreciación singular del interés público realizada conforme a los criterios marcados por la legislación". Es decir, la discrecionalidad existe para que la Administración pueda apreciar lo que realmente conviene o perjudica al interés público; esto es, para que pueda tomar su decisión librada de un detallado condicionamiento previo y sometida sólo al examen de las circunstancias relevantes que concurren en cada caso.

CIFSA TELECOM S.A.C., fue una empresa que ganó un proceso licitatorio organizado por FTEL para el desarrollo de ciertos programas de telefonía rural. Una vez ganado dicho proceso, el propio OSIPTEL solicitó al MTC el otorgamiento de la concesión correspondiente.

“(…) el MTC a interpretado estas causales de un modo tan amplio que entiende que en su deber de velar por el interés público puede negar concesiones”

Cabe señalar que en el momento en que se solicita estas concesiones la mencionada empresa ya contaba con una concesión para prestar servicios portadores de larga distancia internacional, la cual, de acuerdo a la información publicada en la página web del MTC, se encontraba vigente incluso hasta el 01 de febrero de 2005.

Ahora bien, durante el proceso que se seguía para otorgar la concesión, en la prensa empiezan a aparecer informaciones que vinculaban a algunos de los accionistas de la empresa con supuestos actos de corrupción vinculados a la venta de armas al Gobierno del Perú.

Como se desprende de la información que aparece en el expediente 343-01 seguido ante el Primer Juzgado Corporativo Transitorio Especializado en lo Contencioso Administrativo, hasta la fecha en que se emite la Resolución Viceministerial que deniega la concesión, no existían más que investigaciones en contra de dos de los accionistas²⁶.

Aunque la Resolución Denegatoria no señala las causales por las cuales es dictada, ella señala sustentarse en un Informe de la Unidad Especializada en Concesiones de Telecomunicaciones del MTC, la cual sostiene que a pesar de no haberse probado la culpabilidad de los accionistas, el MTC si puede, en base a estos conceptos indeterminados negarse a otorgar la concesión.

Como puede verse pues, el MTC ha interpretado estas causales de un modo tan amplio que entiende que en su deber de velar por el interés público puede negar concesiones, incluso si sólo existe la sospecha de que alguno de los accionistas de la empresa solicitante puede estar involucrado en un hecho delictivo. Nosotros creemos que este tipo interpretaciones que vulneran incluso otros derechos fundamentales como es el de la presunción de inocencia debieran ser evitados, lo

cual se lograría si este tipo de fórmulas tan abiertas e imprecisas son eliminadas de la norma legal.

Además, es interesante notar como estas causales son válidas para denegar nuevas concesiones y además transferencias de las mismas, pero sin embargo no son válidas para evaluar las renovaciones, ni pueden servir para cancelar las que ya estuviesen vigentes; de hecho, como ya mencionamos, cuatro años después de la negativa del MTC a otorgar una concesión a CIFSA TELECOM S.A.C, la mencionada empresa seguía siendo titular de otra concesión.

5.2.3. El Caso de las Transferencias de Concesiones

El Artículo 122° del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones señala que las solicitudes para transferir una concesión (cambio de titular) pueden ser denegadas en los casos establecidos en el Artículo 119° que hemos visto en el apartado anterior, y además cuando se produzca alguna situación que pueda violar lo dispuesto en el Artículo 6° de la misma norma:

Los servicios de telecomunicaciones se prestan en un régimen de libre competencia. A tal efecto están prohibidas las prácticas empresariales restrictivas de la leal competencia, entendiéndose por tales, entre otros, los acuerdos, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia.

Los titulares de concesiones y autorizaciones, en ningún caso podrán aplicar prácticas monopólicas restrictivas de la libre competencia, que impidan una competencia sobre bases equitativas con otros titulares de concesiones y autorizaciones de servicios de telecomunicaciones.

Entendemos que la norma permite únicamente que el MTC ante estos supuestos decida si autoriza o no autoriza la transferencia, sin embargo, a pesar de que ninguna norma lo faculta expresamente, el MTC ha entendido que su facultad es más amplia y que discrecionalmente puede aprobar la transferencia de modo condicional, estableciendo reglas al comportamiento de las empresas.

Esto es lo que sucedió por ejemplo en el caso de la Resolución Viceministerial N° 160-2005-MTC/03 mediante la cual se aprobó la transferencia de la concesión de la empresa Telefónica Móviles S.A.C. a favor de Comunicaciones Móviles del Perú S.A. En ese caso el MTC entendió que la Ley no sólo lo facultaba a aprobar o desaprobar la transferencia, sino que además podía hacerlo de modo condicionado, estableciendo determinadas pautas de conducta en el mercado a la empresa que se beneficiaría con la transferencia.

26 Así se desprende de la Carta 205-2001/PROCURADURÍA que suscribe el Procurador José Carlos Ugaz Sánchez Moreno, quien confirma que dos de los accionistas están siendo investigados por ser a su vez accionistas de otra empresa que vendió cierto material de guerra al gobierno peruano en e que habría existido algún acto de corrupción, pero confirma que a esa fecha no existe medida alguna en contra de la libertad o patrimonio de los mismos.

Aunque para nosotros es claro que en el caso concreto el MTC excedió las atribuciones que expresamente le concede la Ley, somos conscientes de que en dicho caso la decisión pudo ser acertada desde el punto de vista de preservación de la competencia en el mercado afectado.

Por esa razón consideramos que en una futura modificación normativa se debería incluir de modo expreso la facultad del MTC de establecer condicionamientos para la aprobación de transferencias de concesiones, siempre y cuando ellas sean necesarias para la protección del régimen de competencia.

6. La Posibilidad de Aplicar las Limitaciones Contenidas en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado

Como hemos podido apreciar, entre las diversas causales que existen para negarse a otorgar autorizaciones y concesiones se incluyen las siguientes:

- Otras causales distintas a las previstas en el Artículo 119° del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, siempre que están contenidos en una norma legal.
- Encontrarse inhabilitado para contratar con el Estado, por resolución con autoridad de cosa decidida.²⁷

Existe en nuestro país quienes sostienen que la lista de prohibiciones para contratar con el Estado que contiene la Ley 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, son aplicables también como causal para negarse a otorgar una concesión (o más propiamente para negarse a firmar el contrato)²⁸.

Los impedimentos que contiene el Artículo 9° de la Ley mencionada están vinculados a las calidades personales de determinados funcionarios públicos, tales como el Presidente, Vicepresidentes, Ministros de Estado, presidentes de otros Poderes del Estado y funcionarios de rango similar, así como a sus parientes, para que suscriban contratos en calidad de proveedores

de bienes o servicios al Estado, es decir a cambio de una contraprestación monetaria del Estado.

Nosotros consideramos que estas limitaciones no son aplicables para el caso de otorgamiento de concesiones para prestar servicios públicos, dado que en este caso rige el principio de especialidad y la Ley 26850 ha sido diseñada específicamente para el caso de adquisiciones estatales, no para este tipo de contratos.

En todo caso, el MTC tuvo la oportunidad de aclarar este tema cuando a raíz de la emisión de la Resolución Ministerial N° 431-2004-MTC/03 se arma una discusión, pues la prensa sostenía que la empresa beneficiada con dicha concesión (Telecomunicaciones Hemisféricas SAC) era de propiedad de un hermano del Presidente de la República.

Aunque esa concesión queda suspendida luego por la Resolución Ministerial N° 551-2004-MTC/03, lo cierto es que ella nunca abunda en el análisis de si el MTC considera que la Ley prohíbe otorgar concesiones a los parientes del Presidente de la República.

Con respecto a la otra causal, la contenida en el Artículo 23° de la Ley de Radio y Televisión, si entendemos que la prohibición se refiere necesariamente a las sanciones de inhabilitación que impone el Tribunal de CONSUCODE.

Conclusiones

Consideramos que este es un campo en el que debe buscarse una solución equilibrada, pues si bien es cierto la existencia de muchos conceptos jurídicos indeterminados deja abierta la posibilidad de que en algunos casos el MTC actúe arbitrariamente, también es cierto que existen muchos casos en los cuales se necesita que dicho ente, en defensa del interés público tome decisiones de modo discrecional (como el ya citado caso de las amenazas al régimen de competencia que podrían derivarse de la transferencia de concesiones) 

27 Artículo 23°, literal e) de la Ley de Radio y Televisión.

28 Así lo señala, por ejemplo, Rafael Torres Morales en IUS ET PRAXIS N° 33, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Enero – Diciembre de 2000, p. 181.