

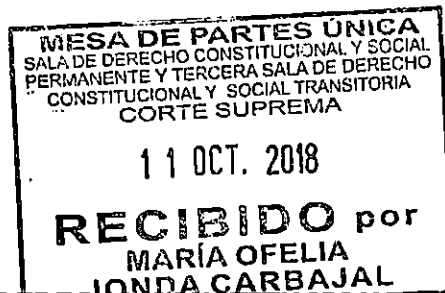


Ministerio Público
Fiscalía Suprema en lo Contencioso
Administrativo

EXPEDIENTE N° 20536-2017
RECURSO DE CASACIÓN
PROCESO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO
LIMA.-

253

DICTAMEN N° 2314 -2018-MP-FN-FSCA



SEÑOR PRESIDENTE DE LA TERCERA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA:

El **INSTITUTO DEL DERECHO ORDENADOR DEL MERCADO – IDOM**, y el **INSTITUTO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR - CAUDAL**, en forma conjunta interponen recurso de casación contra la sentencia de vista de fecha 11 de agosto de 2017, expedida por la Segunda Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, que **REVOCA** la sentencia de primera instancia que declaró **FUNDADA** la demanda, y **REFORMÁNDOLA** la declararon **INFUNDADA**; en los seguidos por los recurrentes contra el **MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES** y **TELFÓNICA DEL PERÚ**, sobre impugnación de resolución administrativa.

I.- ANTECEDENTES PROCESALES:

1.1. La **sentencia de vista**, que corre a fojas 996/1019, revoca la de primera instancia que declaró fundada la demanda, argumentando que: **a)** Se solicita la nulidad de la Resolución Ministerial Nro. 091-2013-MTC/03 a través la cual se decide renovar la concesión otorgada a Telefónica del Perú para la prestación de telefonía móvil a nivel nacional, por un plazo de 18 años y 10 meses, respecto de lo cual el juez de primera instancia amparó la demanda y ordenó la inmediata convocatoria de licitación pública internacional; **b)** La posibilidad de renovar el contrato de concesión, si bien no se encontraba estipulado expresamente en su texto, sí lo estaba en la normatividad, como es el Decreto Ley Nro. 19020 y Decreto Legislativo Nro. 702, entre otros; **c)** Telefónica del Perú cumplió con todos los requisitos para la renovación, como es el pago de tasas, canon, derechos tributarios y no tributarios, además, se obtuvo informe favorable de la Dirección General de Concesiones del MTC, así como de OSIPTEL, y se cumplió con presentar su solicitud un año antes del vencimiento, así como datos personales y declaración jurada de sus representantes, procedimiento que duró más de tres años; **d)** Debe considerarse que la concesionaria asumió una serie de compromisos, como son la ampliación de la cobertura, especialmente a localidades de la selva, así como el acceso a una tarifa social para personas inscritas en los programas sociales, y gratuito para entidades estatales; también se comprometió a brindar internet satelital a distritos de mayor pobreza y de especial aislamiento y zonas de frontera; **e)** De todo lo señalado que puede concluir que la normatividad reconoce el carácter de renovable de los contratos de concesión en telecomunicaciones, así como el derecho de las concesionarias a activar necesariamente, ante su solicitud, el proceso de evaluación de la renovación, el mismo que no contempla la posibilidad de convocatoria a concurso público.

Tomás Agustino Gálvez Villegas
Fiscal Supremo Titular
Fiscalía Suprema
en lo Contencioso Administrativo

53316-18



Ministerio Público
Fiscalía Suprema en lo Contencioso
Administrativo

EXPEDIENTE N° 20536-2017
RECURSO DE CASACIÓN
PROCESO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO
LIMA.-

132

1.2. El Instituto del Derecho Ordenador del Mercado, y el Instituto de Protección al Consumidor, **interponen recurso de casación** a fojas 1071/1094, alegando que: **a)** Se ha infringido el numeral 5 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, puesto que la sentencia de vista contiene una motivación aparente, pues no ha explicado las razones por las que revocó el pronunciamiento de primera instancia, basándose únicamente en los argumentos de las demandadas e informes legales de estudios privados; así mismo, no se ha explicado cuál es el sustento para la renovación automática de la concesión a favor de Telefónica, y por qué estaba exonerada de la convocatoria a licitación pública internacional; **b)** Se ha interpretado erróneamente el artículo 38° del Decreto Ley Nro. 19020, el artículo 59° del Decreto Legislativo Nro. 720 y el artículo 56° del Decreto Supremo Nro. 013-93-TCC, pues ninguno de tales dispositivos establece la renovación automática de la concesión, cuando más bien tal medida procede solo si está estipulada en el propio contrato, lo cual no concurre en el presente caso; **c)** Se ha interpretado y aplicado erróneamente el artículo 61° de la Constitución Política del Perú, pues con la sentencia de vista se ha restringido la competencia en el sector de telecomunicaciones que es altamente concentrado; **d)** Finalmente, se ha inaplicado el numeral 1.1 del artículo IV del TP de la Ley Nro. 27444, que regula el principio de legalidad, pues al no existir obligación legal, no se debió renovar el contrato de concesión.

Por resolución de 05 de abril de 2018, obrante a fojas 337/341 del cuaderno de su propósito, se declara procedente el recurso de casación interpuesto, por las causales de:

- a)** Infracción del numeral 5 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú;
- b)** Interpretación errónea del artículo 38° del Decreto Ley Nro. 19020, el artículo 59° del Decreto Legislativo Nro. 720 y el artículo 56° del Decreto Supremo Nro. 013-93-TCC;
- c)** Interpretación errónea del artículo 61° de la Constitución Política del Perú;
- d)** Inaplicación del numeral 1.1 del artículo IV del TP de la Ley Nro. 27444.

II. FUNDAMENTOS DEL ANÁLISIS:

2.1. Centrando análisis.- Es necesario dejar sentado, que en efecto los contratos de concesión tienen la posibilidad de ser renovados, pues así está establecido en la normatividad, no siendo necesario ahondar en ese extremo; sin embargo, lo que sí es materia de discusión, es si, quien tiene ganada una concesión, al vencimiento del plazo de esta, tiene "derecho" a que se abra un procedimiento de renovación, y en caso de cumplir los requisitos para ello, "necesariamente" se le debe renovar la concesión, y solo si no cumple con tales requisitos, o no tiene ya interés, recién podrá el Estado abrir a una licitación pública para una posterior concesión.



Ministerio Público
Fiscalía Suprema en lo Contencioso
Administrativo

EXPEDIENTE N° 20536-2017
RECURSO DE CASACIÓN
PROCESO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO
LIMA.-

ASC

2.2. Maximización en el aprovechamiento.- El espectro radio eléctrico es un recurso natural, y el mismo no es ilimitado, razón por la que el Estado debe procurar una administración adecuada, protegiéndolo y obteniendo el máximo provecho a favor de la ciudadanía.

Tal mandato de aprovechamiento, no solo establece la obligación del Estado de obtener beneficio, sino, por su propia naturaleza, dispone su maximización en beneficio de la ciudadanía, lo cual no se cumple si la retribución obtenida no es la mejor posible. El mandato que analizamos se deriva del texto del artículo 66° de la Constitución Política del Estado, así como de los artículos 3° y 20° de la Ley Nro. 26821, cuyo texto reproducimos a continuación:

**Constitución 1993
Recursos Naturales**

Artículo 66.- Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento.

Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales

LEY N° 26821

Artículo 3.- Se consideran recursos naturales a todo componente de la naturaleza, susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tenga un valor actual o potencial en el mercado, tales como:

(...)

e. la atmósfera y el espectro radioeléctrico;

Retribución económica por aprovechamiento de recursos naturales.

Artículo 20.- Todo aprovechamiento de recursos naturales por parte de particulares da lugar a una retribución económica que se determina por criterios económicos, sociales y ambientales.

La retribución económica a que se refiere el párrafo precedente, incluye todo concepto que deba aportarse al Estado por el recurso natural, ya sea como contraprestación, derecho de otorgamiento o derecho de vigencia del título que contiene el derecho, establecidos por las leyes especiales.

.....
Tomás Alagón Grávalos Villegas
Fiscal Supremo Titular
Fiscalía Suprema
en lo Contencioso Administrativo



Ministerio Público
Fiscalía Suprema en lo Contencioso
Administrativo

EXPEDIENTE N° 20536-2017
RECURSO DE CASACIÓN
PROCESO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO
LIMA.-

55

Así, es claro que el aprovechamiento del espectro radioeléctrico que se logre, no puede ser cualquiera, sino aquel establecido con criterios económicos, que siempre deberá ser el máximo posible, de forma que la sociedad obtenga una retribución adecuada por la explotación de sus recursos naturales.

Finalmente, el propio TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, también contiene un mandato directo en el ámbito de las comunicaciones, en el mismo sentido que venimos exponiendo, y que no es otra cosa que el desarrollo legal del mandato contenido en el artículo 66° de la Constitución arriba transcrito, de modo que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones no es ajeno a la obligación de obtener el máximo provecho de los recursos naturales sobre los cuales tiene incidencia:

Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones

DECRETO SUPREMO N° 020-2007-MTC

Artículo 7.- Convergencia de servicios

El Estado ejerce una función promotora y facilitadora respecto al desarrollo de tecnologías de punta, propendiendo, en lo posible, a la convergencia de servicios y tecnologías, con la finalidad de otorgar mayores beneficios a la sociedad.

Artículo 8.- Tecnologías de la Información y Comunicación (TICs)

El Estado promueve el desarrollo de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TICs), como soporte de la Sociedad Global de la Información. En este sentido, adoptará las medidas necesarias para el crecimiento, expansión y democratización del uso de las Tecnologías de la Información y Comunicación.

Pues bien, será con los criterios antes expuestos, que se analizará la disyuntiva que se presente en el presente caso, y que arriba explicitáramos, lo cual nos llevará a afirmar si la renovación es un derecho de la concesionaria, y si se puede proceder a ella sin necesidad de abrir una licitación pública.

- 2.3. Renovación automática no cumple mandato constitucional.-** Es cierto que la posibilidad de renovación de la concesión se encuentra dispuesta legalmente, desde el artículo 38° del Decreto Ley Nro. 19020 (hoy derogado), la que luego también fue considerada por el artículo 59° del Decreto Legislativo Nro. 702, el artículo 56° del Decreto Supremo Nro. 013-93-MTC, y el artículo 193° del Decreto Supremo Nro. 020-2007-MTC, es decir, sin duda alguna, la normatividad infraconstitucional ha contemplado dicha figura.

Tomás Aladín Álvarez Villegas
Fiscal Supremo Titular
Fiscalía Suprema
en lo Contencioso Administrativo



Ministerio Público
Fiscalía Suprema en lo Contencioso
Administrativo

EXPEDIENTE N° 20536-2017
RECURSO DE CASACIÓN
PROCESO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO
LIMA.-

153

Luego, también debe contemplarse que por su propia naturaleza la renovación no implica competencia alguna; es decir, el concesionario tiene estipulada a su favor una preferencia para acceder a la continuidad en el aprovechamiento que se venció; sin embargo, el grave problema del que adolece tal renovación, en los términos en que se encuentra regulada, es que no permite establecer que los compromisos del concesionario que solicita la continuidad, son los mejores que se pudo obtener en el mercado, no existe forma de establecer que la maximización en el aprovechamiento de los recursos naturales, constitucionalmente ordenada, se está cumpliendo.

En efecto, la renovación está sujeta al cumplimiento de requisitos meramente formales, e incluso los compromisos que tienen valor económico, no son exigibles en pagos en efectivo, sino solamente a través del otorgamiento de beneficios que ciertamente tienen valor patrimonial, pero que sacada tal circunstancia a un concurso público bien pudo ser diferente. Así, los requisitos para la renovación los tenemos en las siguientes normas:

Decreto Supremo Nro. 020-2007-MTC

Artículo 194.- Plazo para solicitar la renovación

El titular de una concesión presentará solicitud de renovación con una anticipación de un (1) año en relación al plazo de vencimiento (...)

Artículo 198.- Requisitos

Es requisito indispensable para la renovación de concesiones y autorizaciones haber cumplido con todos los pagos de los derechos, tasa anual, canon anual y demás conceptos que se adeuden al Ministerio vinculados a telecomunicaciones, o en su caso contar con fraccionamiento de pago vigente o que se encuentre suspendida la exigibilidad de las obligaciones económicas, conforme a lo establecido en la Ley General del Sistema Concursal.

Aprueban contrato tipo para el régimen de concesión única para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones

RESOLUCION MINISTERIAL N° 568-2007-MTC-03

(...)

QUINTA.- RENOVACIÓN DEL PLAZO DE LA CONCESIÓN

5.03 PROCEDIMIENTO DE RENOVACIÓN

a. *Para efectos de aprobar la solicitud de renovación que presenta LA CONCESIONARIA conforme a lo establecido en el numeral anterior, es necesario contar con el informe favorable de LA DGCC, el cual tomará en consideración la opinión favorable de OSIPTEL, contenida en el Informe de Evaluación de OSIPTEL, en adelante denominado el INFORME DE EVALUACIÓN y si fuera el caso, los comentarios u objeciones formulados por escrito por terceros interesados. Asimismo, EL MINISTERIO dentro del*

Tomás Aladino Chávez Villegas
Fiscal Supremo Titular
Fiscalía Suprema
en lo Contencioso Administrativo



Ministerio Público
Fiscalía Suprema en lo Contencioso
Administrativo

EXPEDIENTE N° 20536-2017
RECURSO DE CASACIÓN
PROCESO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO
LIMA.-

55

plazo de quince (15) días hábiles contados desde la fecha de recepción de la solicitud: (i) notificará a LA CONCESIONARIA para que proceda a la publicación del extracto de su solicitud de renovación en el Diario Oficial "El Peruano" y en un diario de circulación nacional señalando, el plazo durante el cual las personas con un interés legítimo podrán formular por escrito sus comentarios u objeciones con respecto a la renovación solicitada; dicho plazo no será mayor a treinta (30) días hábiles, computados a partir de la fecha de publicación del aviso y (ii) solicitará a OSIPTEL el INFORME DE EVALUACIÓN.

(...)

b. INFORME DE EVALUACIÓN.- OSIPTEL remitirá a EL MINISTERIO y a LA CONCESIONARIA dentro de un plazo máximo de cincuenta (50) días hábiles de solicitado su INFORME DE EVALUACIÓN, señalando si, y en qué medida, LA CONCESIONARIA, durante el PLAZO DE LA CONCESIÓN, ha cumplido con:

- (i) Las obligaciones de pago establecidas en el Reglamento General y el Reglamento de OSIPTEL;
 - (ii) Las condiciones esenciales y reglas de libre y leal competencia establecidas en el presente Contrato;
 - (iii) Los Mandatos y Reglamentos emitidos por OSIPTEL; y,
 - (iv) La prestación del (de los) SERVICIO(S) REGISTRADO(S), conforme al presente Contrato, la Ley de Telecomunicaciones, el Reglamento General y demás normas aplicables referidas a telecomunicaciones.
- En el INFORME DE EVALUACIÓN, OSIPTEL se pronunciará señalando el grado de cumplimiento general de las obligaciones establecidas en el presente literal, por parte de LA CONCESIONARIA respecto del (de los) SERVICIO(S) REGISTRADO(S).

Como se puede advertir, la renovación analizada, no ha sido diseñada para maximizar el aprovechamiento de los recursos naturales, conteniendo apenas la revisión de obligaciones en el pasado, y algunas otras formalidades como son pagos, publicaciones y plazo para presentar solicitud de renovación.

Es verdad que en el presente caso, adicionalmente existieron compromisos que tienen valor patrimonial en el mercado (acceso a internet en forma gratuita a 655 colegios, 399 centros de salud y 121 comisarias, así como implementar una red de fibra óptica de titularidad del Estado por un valor de US. 305'371,209), los cuales coincidirían con el valor que el espectro radioeléctrico tiene en el mercado; sin embargo, no existe forma de establecer si tales compromisos son el máximo beneficio que se pudo obtener, lo que nos lleva a afirmar que la renovación a favor del concesionario, en los términos en que se encuentra normada, no cumple con el mandato constitucional.

Tomás Aladino Gálvez Villegas
Fiscal Supremo Titular
Fiscalía Suprema
en lo Contencioso Administrativo



Ministerio Público
Fiscalía Suprema en lo Contencioso
Administrativo

EXPEDIENTE N° 20536-2017
RECURSO DE CASACIÓN
PROCESO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO
LIMA.-

23

En conclusión, es verdad que el concesionario puede solicitar la renovación de la concesión, y es cierto también que el procedimiento no contempla licitación o concurso alguno, pero así diseñadas las normas, determinan que deban ser inaplicadas para el presente caso por resultar contrarias al mandato constitucional, razón por la que el juzgador debe hacer uso de la facultad de control difuso que lo faculta a tal inaplicación.

2.4. Análisis de las causales casatorias.-En base a los argumentos arriba expuestos, se puede afirmar que:

a) En cuanto a la infracción del numeral 5 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, por contener la sentencia de vista contiene una motivación deficiente, debe tenerse presente que en efecto no se ha tomado en cuenta el mandato constitucional desarrollado en los párrafos precedentes del presente dictamen, de forma que el razonamiento expuesto por el Colegiado no corresponde a una adecuada interpretación de la normatividad, constituyendo ello grave deficiencia en la motivación que contiene.

b) En lo referido la interpretación errónea del artículo 38° del Decreto Ley Nro. 19020, el artículo 59° del Decreto Legislativo Nro. 720 y el artículo 56° del Decreto Supremo Nro. 013-93-TCC, se advierte que en efecto la aplicación textual de tales normas, que si bien contemplan la figura de la renovación de la concesión, vulneran la norma constitucional contenida en el artículo 66 de la Carta Magna nacional, desarrollada en la normatividad sectorial arriba reproducida, ello al no promover un aprovechamiento máximo de los recursos naturales.

c) Respecto de la interpretación errónea del artículo 61° de la Constitución Política del Perú, debemos partir del texto de dicho artículo:

Libre competencia

Artículo 61.- *El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.*

La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.

En este extremo es claro que el hecho de otorgar una concesión, por sí misma no vulnera la libre competencia; sin embargo, el hecho de que la renovación dependa únicamente de la voluntad de la concesionaria, y del cumplimiento de formalidades, tendrían la consecuencia de convertirla en una concesión

Tomás Alajó Gálvez Villegas
Fiscal Supremo Titular
Fiscalía Suprema
en lo Contencioso Administrativo



Ministerio Público
Fiscalía Suprema en lo Contencioso
Administrativo

EXPEDIENTE N° 20536-2017
RECURSO DE CASACIÓN
PROCESO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO
LIMA.-

CSG

"permanente", y como tal podría renovarse en el tiempo de manera indefinida, lo cual vulnera la prohibición de exclusividad y acaparamiento de los bienes relacionados a la libertad de expresión y comunicación, naturaleza que definitivamente tienen las redes sociales que operan precisamente a través de la telefonía móvil, es decir, hay una relación directa.

Lo señalado, nos lleva a concluir que la sentencia de vista que resuelve a favor de la renovación de la concesión, como derecho que es exigible de parte de la empresa demandada Telefónica del Perú, en efecto vulnera lo dispuesto por el artículo 61° de la Constitución Política del Perú.

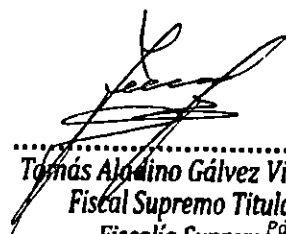
d) Finalmente, también se denuncia la inaplicación del numeral 1.1 del artículo IV del TP de la Ley Nro. 27444, que regula el principio de legalidad, sosteniendo que al no existir obligación legal, no se debió renovar el contrato de concesión. En este extremo, debe contemplarse que, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, como autoridad sectorial, tiene la obligación de procurar el máximo provecho en beneficio de la sociedad en la explotación de un recurso natural como es el espectro radioeléctrico, lo cual se trasunta especialmente en el otorgamiento de concesiones y la renovación de las mismas, siendo que en el presente caso no ha ejercido las mismas, a pesar de existir normatividad que expresamente así lo manda, incluso con raíz constitucional, vulnerando efectivamente el principio de legalidad materia de denuncia casatoria.

III. CONCLUSIÓN Y OPINIÓN FISCAL:

Por las consideraciones expuestas, estando a las facultades previstas en el numeral 6) del artículo 159° de la Constitución Política del Perú, artículo 86° de la Ley Orgánica del Ministerio Público, Decreto Legislativo N° 052, esta Fiscalía Suprema, **OPINA** que la Sala de su Presidencia se sirva declarar **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de vista de fojas 996/1019, que **REVOCÓ** la sentencia de primera instancia; en consecuencia, se **REVOQUE** la misma, y **REFORMÁNDOLA, CONFIRME** el pronunciamiento de primera instancia que declaró **FUNDADA** la demanda; en los seguidos por el **INSTITUTO DEL DERECHO ORDENADOR DEL MERCADO – IDOM**, y el **INSTITUTO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR - CAUDAL** contra el **MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES** y **TELEFÓNICA DEL PERÚ**, sobre impugnación de resolución administrativa.

Lima, 10 de octubre de 2018

TAGV/Mapm.


.....
Tomás Aladino Gálvez Villegas
Fiscal Supremo Titular
Fiscalía Suprema
en lo Contencioso Administrativo