

EL DERECHO A PRESTAR SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES

Comentarios al Artículo 3° de la Ley de Telecomunicaciones

LUIS VINATEA RECOPA*

Abogado, MBA, Profesor de Derecho Laboral
Pontificia Universidad Católica del Perú
Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas
Universidad de Piura

1. El régimen general de prestación de servicios de telecomunicaciones.

El TUO de la Ley de Telecomunicaciones (LT)¹ señala que las telecomunicaciones se prestan en régimen de libre competencia (arts. 2° y 6°) y el D.S. 020-98, Lineamientos de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones en el Perú (Los lineamientos), recoge a la libre competencia como principio base del desarrollo del sector telecomunicaciones. Estas normas desarrollan en el nivel de las leyes el artículo 61° de la Constitución Peruana, que fija en el Estado el papel de facilitador y vigilante de la libre y leal competencia, defendiendo el interés de los consumidores y usuarios (art. 62°).

La Constitución también señala que el Estado, orienta el desarrollo del país, principalmente en áreas como los servicios públicos e infraestructura, promoviendo las iniciativas libres, las mismas que se ejercen en régimen de economía social de mercado (art. 58° Constitución).

Las normas mencionadas ponen en evidencia la adopción de un modelo de desarrollo del sector de las telecomunicaciones inspirado en el régimen de libre competencia. Quiere decir esto que, los objetivos del sector, a saber: ampliar la teledensidad; ampliar el acceso universal; completar la digitalización y tener disponibilidad de tecnología, se lograrán mediante la competencia libre y leal entre distintos operadores, lo que implica que el Estado dirija las acciones del conjunto de competidores con el objeto de alcanzar dichas metas en beneficio del usuario.

En el año de 1993, con posterioridad a la emisión del D. Leg. 702, norma que dio inicio al proceso de liberalización del sector telecomunicaciones en el Perú, se estableció la estrategia de cambios del sector telecomunicaciones con la promulgación de la Ley de

* El autor es socio del Estudio Vinatea & Torres.

1 Aprobado mediante D.S. 013-93MTC.

Telecomunicaciones, norma que refundida por el Decreto Supremo No. 013-93MTC y su Reglamento el D.S. 006-94TCC (El Reglamento) clasificó los servicios de telecomunicaciones; definió el régimen de otorgamiento de concesiones, autorizaciones, permisos y licencias; y delimitó las características del espectro radieléctrico, entre otros. Después de unos meses de promulgada la Ley de Telecomunicaciones se dispuso mediante Ley No. 26285, aprobada el 29 de diciembre de 1993, la desmonopolización progresiva de los servicios públicos de telecomunicaciones de telefonía fija local y de servicios de portadores de larga distancia. Para ello se fijó un período de concurrencia limitada previo a la apertura del mercado durante el cual se adecuarían estos servicios a un régimen de libre competencia. Asimismo, se dispuso que el plazo de concurrencia limitada, en ningún caso, sería mayor de cinco (5) años, contados desde la fecha de otorgamiento de las nuevas concesiones.

Con el mercado de las telecomunicaciones parcialmente abierto y necesitando contar con una política integral frente a la apertura total del mercado de las telecomunicaciones, el 1 de agosto de 1998, mediante D.S. 021-98TC, el régimen de concurrencia limitada impuesto por la Ley 26825 cedió frente a un nuevo régimen; éste sí de libre competencia, en el que los operadores de servicios pasaron a competir en los mercados generados por la liberalización de servicios, redes e infraestructuras.

La apuesta por un modelo de desarrollo en régimen de libre competencia supone, entre otras cosas, que todas las instituciones de dicho régimen deban ser analizadas y confrontadas permanentemente con dicho modelo de desarrollo; de forma que los criterios de interpretación de todas las situaciones de conflicto deban ser solucionadas con el objeto de hacer posible la libre y leal competencia, teniendo al usuario como principal beneficiario.

2. El derecho a prestar servicios de telecomunicaciones.

De las normas constitucionales mencionadas interesa destacar la contenida en el artículo 58º referida a la libre iniciativa privada, norma que concuerda con el artículo 59º del mismo texto. Estas normas señalan con toda claridad que las iniciativas privadas, y la de empresa es una de ellas, son garantizadas por el propio Estado, quien las orienta hacia el desarrollo de los servicios públicos e infraestructura.

Las normas en cuestión encuentran, ya sectorialmente, una norma de desarrollo concreto en el artículo 3º de la LT. Dicho artículo reconoce, además del derecho a usar servicios de telecomunicaciones, el derecho a prestarlos, entendiéndose de ello que dicha prestación de servicios es una forma de ejercer la libre iniciativa privada y la misma libertad de empresa. Esa libertad así reconocida no se agota en la simple libertad de "hacer empresa". Se extiende también al derecho a organizarla y dirigirla, esto último ejecutando iniciativas comerciales, tecnológicas, de recursos humanos, capacitación, etc.². Tan cierto es lo que decimos, que incluso la LT en su artículo 73º reconoce por vía indirecta y de cara al usuario tal derecho. En efecto, dicha norma señala que "...el usuario, en la medida que sea técnicamente factible, tiene el derecho de elegir el operador que a su criterio le convenga..."; lo que simplemente quiere decir que para que esa elección sea posible, el empresario (operador de servicios de telecomunicaciones) debe tener el derecho a crear y ofrecer la alternativa comercial o

2 El contenido esencial de la libertad de empresa supone su descomposición en los siguientes ámbitos: libertad de creación de empresas, de organización de las mismas y de dirección. Las tres libertades que nutren el contenido esencial del derecho en mención, hacen que dicha libertad, ya articulada sobre los 4 pilares del modelo de estado al que adhiere nuestra Constitución (Estado de derecho, social democrático y un régimen de economía social de mercado), se convierta, siguiendo a Arrio Ortiz, Gotipal. Principios de derecho público económico, 1998. Granada, p. 211., en una "libertad de empresa en una economía de mercado".

tecnológica correspondiente. Si ello no fuera así, el artículo y el principio que recoge quedarían vaciados de contenido³.

La garantía que el Estado otorga a los empresarios permite que éstos puedan, entonces, emprender iniciativas empresariales y en ejecución de las mismas; estrategias comerciales y tecnológicas, dirigidas a lograr crear servicios de telecomunicaciones y que los usuarios puedan acceder a ellos haciendo uso del derecho a usarlos, pues allí radica la competencia y el sentido de la actividad comercial: atraer al cliente para que consuma los servicios o productos ofrecidos. Es obvio, así, que el derecho que reconoce la Ley de prestar servicios de telecomunicaciones puede ser "desgajado" de tal forma que permita: crear servicios; implementar las redes e infraestructuras para ello; ofrecer los servicios compitiendo con otros operadores; prestar los servicios en competencia y beneficiarse de dicha actividad.

Presentada el tema del derecho de cualquier persona a prestar servicios de telecomunicaciones, interesa saber cuándo nace tal derecho; teniendo en cuenta que nuestra normativa y las políticas de desarrollo del sector de las telecomunicaciones, contenidas en el D.S. 021-98MTC, apuestan, como se dijo, por un régimen de apertura a la libre competencia en el sector, abandonando el esquema monopolístico inicial y culminando con el período transitorio de la concurrencia limitada.

El punto es de la mayor importancia porque nuestra sistema normativo califica diversos servicios de telecomunicaciones como "servicios públicos"⁴ y esta calificación, supondría reserva para el Estado de la titularidad y el derecho de prestar ciertos servicios en forma directa o indirecta⁵, en este último caso bajo el "mecanismo genial"⁶ de la concesión⁷.

Lo señalado anteriormente haría pensar que el "derecho de prestación de servicios públicos de telecomunicaciones" se constituiría, en tanto servicio público, con la concesión y no sería reconocible a partir de su sola mención en la Ley. La pregunta aparece rápidamente: ¿si el derecho se constituye con la concesión, que es un acto mediante el cual se cede la gestión de una actividad cuya titularidad es del Estado a un tercero, qué sentido tiene reconocer de manera amplia y en desarrollo de un precepto constitucional, el derecho de prestación de servicios de telecomunicaciones?⁸ Y aún más, ¿qué sentido tendría el proceso de liberalización si el Estado se reserva la titularidad de las actividades abiertas a la libre competencia?

3. Al hilo de la cita anterior, la no comprensión real del derecho, vacaría de contenido, a la libertad de empresa.

4. Entren en esta calificación los servicios portadores y los servicios fijos o tele-servicios, estos últimos, dependiendo de si son recibidos según públicos. El artículo 40 de la LT y el 20 de Reglamento, definen el servicio público como aquel cuyo uso está a disposición del público en general o cambio de una contraprestación tarifaria, sin discriminación alguna, dentro de las posibilidades de oferta técnica que ofrecen los operadores.

5. La calificación de un servicio como "público", desde un punto de vista dogmático y tradicional, supone la "...reserva por el Estado de la titularidad pública sobre la actividad, concesiones otorgadas, derechos de exclusión, obligaciones de suministro, precios administrativamente fijados, carácter temporal y regulación total de la actividad hasta el más mínimo detalle". Arto Ortiz, Gaspar, *Principios de derecho público económico*, 1999, Granada, P. 560. La fundamentación ideológica del servicio público tradicional se puede encontrar en Muñoz Marín, Santiago, *Servicio público y mercado. Los fundamentos*, 1999, Madrid, Civitas, P. 99 y siguientes. También en Arto Ortiz, Gaspar, *Op. Cit.* p. 513 y siguientes.

6. Arto Ortiz, Gaspar, *Op. Cit.* P. 483.

7. El artículo 47° de la LT define a la concesión como "el acto jurídico mediante el cual el Estado cede a una persona natural o jurídica la facultad de prestar un servicio portador, fijo o de difusión con carácter público. La concesión se perfecciona mediante contrato escrito de concesión aprobado por resolución del titular del sector".

8. La amplitud es manifiesta y reiterada en la LT. El artículo 10 de la LT, refiriéndose a los servicios portadores, dice que éstos pueden ser prestados "...tanto por empresas privadas como por empresas conformantes de la actividad empresarial del Estado...". El artículo 14 de la misma norma dice que los tele-servicios "...se prestan en régimen de libre competencia..." y el artículo 30 de la misma LT señala que "...los servicios de valor añadido se prestan en régimen de libre competencia...". Todo ello quedó ratificado por la Ley 20285 que levantó temporalmente la concurrencia de los servicios portadores y los de tele-servicio, dejando en claro que todo lo demás cae bajo el libre competencia.

Es evidente que resulta un verdadero problema el que una misma norma califique como servicio público -la cual presupone titularidad estatal- cierta actividad y en forma paralela reconozca, para esa misma actividad, el derecho de cualquier persona a prestar servicios de comunicaciones. Sin embargo, deberá tenerse en cuenta que el concepto tradicional de servicio público no es, ni por asomo, el concepto que se puede desprender de los servicios públicos de telecomunicaciones a los que alude la LT. En efecto, el concepto de servicio público al que alude la LT es uno referido al puro sentido económico de la actividad y a su disponibilidad general, lo cual es sólo una parte de la clásica concepción del Instituto⁹. Parece sí, que el servicio público al que se alude en la LT, independientemente de su formulación, es uno que se ubica en una posición de tránsito hacia el concepto de "servicio al público"¹⁰ o "servicio de interés general"¹¹ hacia el que migran hoy, los clásicos servicios públicos; especialmente cuando se aprecia que las telecomunicaciones en el Perú y específicamente su mercado, han transitado por todos los cambios que la doctrina reconoce como propios de la nueva conceptualización del servicio público¹². Estos cambios, dicho sea de paso, tienen su principal expresión en la migración hacia un modelo de desarrollo del sector telecomunicaciones basado en la libre competencia.

Plantado el asunto en la forma propuesta, la conjunción de normas que por un lado califican a algunos servicios de telecomunicaciones como "servicio público" y, por otro, reconocen el derecho a prestar servicios de telecomunicaciones; debe ser tratada de una forma sistemática que, bajo la cobertura constitucional del derecho de empresa y el ejercicio de la libertad de iniciativas privadas reconocido por el artículo 58º de la Constitución, permita resaltar que el derecho a la prestación de servicios de telecomunicaciones es anterior a las formas y mecanismos necesarios para prestarlos. De este modo el servicio puede crearse si no existe, y si existe, puede modificarse, mejorarse o re-crearse, pues por ser anterior el derecho a sus formas de ejercicio y no ser ninguna de éstas constitutiva del mismo; y por derivar del ejercicio de una libertad constitucional, no cabe que sea limitado tan sólo por la forma y modo de prestarlo.

Lo dicho se confirma por una norma concurrente con las comentadas y por otra posterior. La norma concurrente es el artículo 73º de la LT que reconoce el derecho de todo usuario a elegir, "...en la medida que sea técnicamente factible, el operador del servicio de telecomunicaciones que a su criterio convenga...". El artículo mencionado deja en manos del usuario la elección de un "operador conveniente", que adquiere la calificación de tal para el usuario, luego de que crea o re-crea un servicio al efecto. Nótese que el artículo condiciona la elección a la "factibilidad técnica", no a la racionalidad económica y menos a la calificación jurídica. Ello permite establecer que el operador

9 Según vimos, *supra*, el concepto tradicional de servicio público es mucho más amplio y abarca, entre otros, la reserva por el Estado de la titularidad pública sobre la actividad, concesiones cerradas, monopolios de hecho y de derecho, sobre regulación, etc.

10 Sobre el tema, ampliamente, Arfio Ortiz, Gaspar, *Op. Cit.*, p. 572, quien señala que el nuevo concepto de servicio público, calificado simultáneamente después en p. 587 como "servicio al público", supone no declarar al servicio como público, que eso implica regresar al concepto tradicional, sino que "... lo que hay que hacer es prestar, (...) cuáles son las obligaciones o cargas de servicio público, esto es de servicio universal, obligatorio, que hay que garantizar como misión o tarea de interés general en cada sector...".

11 Ese es el término usado por la LGT Española 11/1998 de 24 de abril, artículo 2. A propósito de ello, y tratando de explicar la razón del cambio operado en la legislación española que abandona la postura tradicional del servicio público por la del servicio de interés general, Mestre Delgado, Juan Francisco, *Disposiciones generales, artículo 2º*. En: *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*. Dirigida por García de Enterría, Eduardo y Quirós Salgado, Tomás, Civitas, 1998, Madrid, p. 47, señala respecto de los servicios de telecomunicaciones que "... su consideración como servicios públicos es difícilmente justificable en términos de competencia...". Lo cual sobre la posición española que sobre la misma materia expone Arfio Cruz, Gaspar, *Op. Cit.*, 549 y siguientes.

12 Esos cambios son, siguiendo a Arfio Ortiz, Gaspar, *Op. Cit.* F. 560 y agtes: a) la desregulación del sector y separación de actividades, b) reconfiguración del régimen jurídico de las actividades competitivas, basado en cuatro libertades: libertad de entrada, libre acceso a la red y a las infraestructuras, libertad de contratación y formación competitiva de precios y libertad de inversión; c) creación o percepción de un régimen jurídico de las actividades no competitivas, específicamente respecto de creación de infraestructuras y servicio universal; y, d) reordenación de las formas de determinación de precios.

apto para prestar ese "servicio conveniente", es uno que crea o re-crea un servicio idóneo y al hacerlo, ejerce libertades de base legal y esencialmente constitucional, que rompen la titularidad de la actividad por parte del Estado, confirmando la anterioridad del derecho de creación al de concesión o cualquier otra forma de otorgamiento de títulos habilitantes para la prestación de servicios de telecomunicaciones. Pero no sólo eso. La norma posterior a la que aludimos es la contenida en el numeral 31 de los Lineamientos, norma que señala que "no será necesario contar con reglamentos técnicos específicos de servicios como requisito para el otorgamiento de concesiones y autorizaciones...". Esa norma deja en claro que la libertad de creación de servicios, en tanto vertiente del derecho constitucional de libertad de empresa, es de tal amplitud que no se requiere siquiera la previa reglamentación del servicio; confirmando que el derecho de prestación es anterior y que ninguno de los títulos habilitantes, ni los reglamentos preexistentes es capaz de limitarlo, salvo en aquello que no afecte su contenido esencial.

Las ideas señaladas anteriormente nos permiten decir que la anterioridad del derecho y su exclusión de las modalidades existentes para prestarlo, permiten al prestador de servicios ejercitar su libertad de creación y, eventualmente, re-creación; sin la limitación¹³ de los títulos habilitantes para prestarlo. Ello, dicho sea, de cara al usuario, quien puede elegir de ese modo el operador y/o prestador de servicios que le ofrezca la alternativa tecnológica más conveniente.

3. Las manifestaciones del derecho a la prestación de servicios de telecomunicaciones.

La prestación de servicios en régimen de libre competencia, señalábamos, es el dato básico que actúa como sustento de la afirmación del carácter privado de la actividad del sector de las telecomunicaciones. La configuración de tal derecho pone de manifiesto la plena vigencia del proceso de liberalización de las telecomunicaciones y la existencia de un derecho a las comunicaciones, **ius communicationis**¹⁴, que junto a la elemental libertad de transmitir o recibir ideas e información, debe incluir a) la libertad de diseñar y vender equipamiento tecnológico destinado a tal fin; b) la de combinar los medios disponibles según propia iniciativa, para generar nuevos servicios o prestaciones de telecomunicación; y c) en suma, debe viabilizar las múltiples iniciativas posibles que la convergencia multimedia está generando. Un **ius communicationis** así entendido debe incorporar especialmente la libertad de crear y operar redes de telecomunicaciones, libertad que habrá de situarse al mismo nivel que la de usar con iniciativa propia las redes existentes¹⁵.

a) Creación de servicios de telecomunicaciones. La libertad de creación de servicios de telecomunicaciones en la LT es la primera y esencial manifestación del derecho de prestación de servicios de telecomunicaciones y ella recibe una entrada legal de enorme impacto con la ya comentada regulación contenida en el artículo 3º de la LT. Esa libertad de creación de servicios supone, en principio, la posibilidad de calificar a los servicios de telecomunicaciones como actividad privada¹⁶ y, en segundo lugar, la posibilidad de ejercerla como libertad de

13. Lo que no implica observancia de las regulaciones que modelan las demás manifestaciones de la libertad de empresa.

14. El concepto fluye de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20-VI-1989, mediante la cual en el caso *Austria*, empresa que para una demostración de sus antenas de comunicaciones (productos que ofrecía) "fue" la señal no codificada de un satélite ruso sin autorización de este gobierno. El Tribunal Europeo señaló que "...el **ius communicationis** está por encima del poder de los estados y está por encima del poder de los estados y es perfectamente aplicable a las tecnologías modernas. Sobre el particular, De la Cuesta Martínez, José Miguel, *Multimedia, liberalización de las telecomunicaciones y derecho al cable*, RAP, p. 747 y sgtes.

15. *Ibid.*, loc. cit.

16. Con pleno y absoluto respeto constitucional, esquematizando lo señalado en el artículo 58 de la Constitución Peruana, además, y como ya se dijo (supra, nota 6), el artículo 10 de la LT, refiriéndose a los servicios portadores, dice que estos puedan ser prestados "...por empresas privadas como por empresas conformantes de la actividad empresarial de Estado...". El artículo 14 de la misma norma dice que los teleseñales "...se prestan en régimen de libre competencia..." y el artículo 30 de la misma LT establece "...los servicios de valor añadido se prestan en régimen de libre competencia...". Todo ello quedó ratificado por la Ley 25285 que limitó jurisdiccionalmente la competencia de los servicios portadores y los de telefonía fija, dejando en claro que todo lo demás estaba sujeto a la libre competencia. Estas normas no hacen más que ratificar el carácter privado de estas actividades.

creación de empresas¹⁷ en sus tres manifestaciones: creación, organización y dirección.

La LT ha otorgado un tratamiento ondulante al ejercicio de esta libertad, respecto de su primera manifestación, aunque es justo reconocer que dicha tratamiento ha provenido más bien de sus normas complementarias que de ella misma. En efecto, si bien la LT define los servicios portadores¹⁸, los teleservicios¹⁹ y los de valor añadido²⁰, dejando en claro que respecto de los primeros, por su generalidad, poco hay que decir o crear²¹. El caso de los servicios de valor añadido amplifica lo anterior, pues ellos son prestados, casi sin limitación²², en régimen de libre competencia y no están sujetos a previas calificaciones, existiendo amplia libertad de creación de servicios. Sin embargo, respecto de los servicios finales o teleservicios el caso es distinto. Allí la Ley remite al Reglamento, como lo sigue haciendo hasta ahora, la labor de definir y clasificar los teleservicios, correspondiendo al Ejecutivo la clasificación de nuevos servicios: bien por iniciativa propia, bien por el ejercicio de iniciativas normativas²³ de los particulares, lo que actuaba como una verdadera limitación a la libertad de creación de teleservicios, a pesar de que la propia LT (Art. 14^o) señalaba²⁴ que éstos se prestaban "...en régimen de libre competencia por cualquier persona nacional o extranjera...". Esa limitación ha desaparecido producto de un simple cambio de nivel reglamentario, no habiendo variado en absoluto la LT, lo cual quiere decir que las normas contenidas en los artículos 23 y 24 del Reglamento eran ilegales e inconstitucionales²⁵. El cambio al que nos venimos refiriendo es el contenido en el numeral 31 de los Lineamientos, norma que elimina la necesidad de la existencia de previa calificación normativa de un servicio para poder prestarlo²⁶. Ese cambio, desde nuestro punto de vista, trae dos consecuencias fuera de la evidencia de la ilegalidad de los artículos 23 y 24 del Reglamento. En efecto, la eliminación del requisito de la previa clasificación del servicio para poder prestarlo, representa el reconocimiento absoluto de la libertad de creación de servicios, independientemente de que éstos estén clasificados o no, e incluso de si están reglamentados

17 En igual sentido y respecto del derecho a la creación de empresas de televisión derivado de la comprensión de dicha actividad como privada se expresa Lagares de Paz, José Carlos, *Televisión y Competencia*, 2000, Madrid, La Ley, p. 70. También véase, Ormudeu García, La libertad de creación de medios de comunicación. En: *Derecho de las Telecomunicaciones*, 1998, Madrid, Civitas, p. 101 y ss.

18 Arts. 16 y sgtes. LT.

19 Art. 13 y sgtes. LT.

20 Art. 20 y sgtes. LT.

21 Un servicio portador, al actuar como soporte de los servicios finales o los de valor añadido, difícilmente será, conceptualmente, susceptible de modificaciones o cambios. Ello no obsta a que pueda variar en su configuración legal. Sobre este último punto, la Ley no ofrece limitaciones salvo las referidas a instalación de infraestructuras, asunto sobre el que volveremos más adelante.

22 Los servicios de valor añadido pueden tener limitaciones como las de no poder emitir señales de voz en tiempo real tratándose de los servicios de transmisión de datos por paquetes.

23 El artículo 23 del Reglamento (O.S. 006-04 TCC) señala "...el Ministerio podrá incluir dentro del marco de clasificación general establecida en los artículos 2^o y 3^o de la LT, aquellos servicios no contemplados en el Reglamento y los que en el futuro surjan como consecuencia del avance científico y tecnológico". Por su parte, el Art. 24^o de la misma norma señala que "El derecho de iniciativa de los particulares para proponer la regulación y correspondiente clasificación de nuevos servicios, se ejercerá presentando con solicitud contenida la siguiente información: 1. Descripción del servicio y su clasificación según su uso y naturaleza; 2. Propuesta de normas técnicas; 3. Propuesta de normas administrativas...". La legalidad y constitucionalidad de estas normas es discutible desde todo punto de vista. El artículo 23 hace referencia a dos normas que no facultan la complementación utilizando un recurso poco ortodoxo como es el de amplificar el contenido de los artículos 8 y 9 de la LT con su revisión al reglamento; para luego autorizarse la facultad reglamentaria de clasificar servicios; sin considerar que tanto Constitucional como legalmente el derecho a la creación de servicios, como paso esencial del derecho a crearlos, está plenamente reconocido.

24 Esta norma sigue vigente.

25 De otro modo no se entendería la facilidad del cambio a nivel reglamentario. Debe tenerse en cuenta, a este respecto, que los artículos 23 y 24 del Reglamento establecen un límite a la libertad de creación y que ese límite desaparece "...por la necesidad de facilitar la adecuación a nuevas tecnologías...", lo cual no proviene de un cambio normativo sino de un cambio de política sectorial, lo cual, claramente, no se ajusta adecuadamente al contexto normativo y constitucional fijado por la Ley.

26 Vid. Suva.

o no. Pues no es ni siquiera la determinación de su *modus operandi*, aspecto que pueda mantenerse como factor de limitación. Al contrario, la única reserva que se hace el Estado a propósito de esto, es la posibilidad de emitir reglamentos técnicos que normen la calidad mínima de los servicios, así estén clasificados o no. Esto último tiene una enorme racionalidad porque ratifica la coherencia de un modelo: es decir, si se confiere libertad para crear y prestar servicios porque ello redundará en beneficio del abonado, quien elegirá ese nuevo servicio en uso de su libertad de elección del operador que le ofrezca la mejor alternativa tecnológica; es esperable que el estado controle la calidad de la alternativa elegida, como forma *ex post*²⁷ y concentrada en la calidad, servicio y, en general, contenido de la oferta de servicios, pero no su limitación *ex ante*, pues ello no guarda relación con la libertad mencionada.

En segundo lugar, representa el reconocimiento del derecho a acoger en el servicio ofrecida y ya existente todos los cambios tecnológicos y científicos operados desde la creación del servicio. Esto permite re-crear el servicio²⁸. La razón es simple: si se pueden crear nuevos servicios sin clasificaciones ni reglamentos previos, por qué no podrían mejorarse los ya creados si esa mejora favorece al usuario y puede hacer uso de ella mediante el derecho de elección que le confiere el artículo 73 de la Ley²⁹.

En un mercado sujeto a permanentes innovaciones tecnológicas³⁰, la posibilidad de incorporar adelantos tecnológicos por medio de reglamentos es un esfuerzo vano y la defensa de ese régimen un absurdo. El cambio introducido por el numeral 31 de los Lineamientos echa por tierra la estructura y sentido de los artículos 23 y 24 del Reglamento, modificándolas y dejando establecido que todo cambio es susceptible de incorporación al servicio, independientemente de que esté normado o no. Incluso, son los propios lineamientos los que señalan que "...se considera importante precisar que una política de acceso al mercado debe promover la competencia, facilitar el desarrollo de nuevos servicios y tecnología...". De donde se concluye fácilmente que la incorporación de nuevas capacidades, mejoras o cambios en los servicios ofrecidos no están sujetos al rigor de la previa reglamentación.

La segunda de las manifestaciones, la de organización, recibe sí, un tratamiento adecuado en la LT y en el Reglamento pues, ambas disposiciones acogen cualquier forma de organización empresarial para la prestación del servicio³¹.

La tercera de las manifestaciones, la de dirección, no tiene limitación alguna. La LT no introduce condiciones especiales de ejercicio de las facultades de dirección de quien crea servicios de comunicaciones, apreciándose que ellas, más bien, aparecen en los Lineamientos

27. Típica solución de los modelos liberalizados y sujetos a control del órgano regulador.

28. Esto es ya, más bien, parte del derecho de libertad de empresa en su vertiente de libertad de dirección (decisiones estratégicas basadas en el adelanto tecnológico). La innovación del producto puede ser un simple cambio o incorporación de nuevas atributos. Esos cambios permiten sacar al producto antiguo de su fase de madurez, introduciéndolo en una nueva fase de crecimiento.

29. Artículo que sólo condiciona la legitimidad de la elección a la viabilidad técnica de la oferta de servicios.

30. Que son, precisamente, los que hicieron posible el tránsito de un modelo monopolístico a un modelo liberalizado y, además, permitieron y seguirán permitiendo la dinamización de barreras de entrada en el sector. Ver: Casajón Mirón, Luis. *Nomenclatura, términos y conceptos de los mercados de las telecomunicaciones*. En: *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*. Dirigida por Argente Mendivil, Alruedero y Camacho Perea. Argel. 1999. Aranzadi y Gómez Acosta & Pardo Abogados. Madrid. p. 45 y sigs.

31. Vid. Artículo 10 LT, respecto de los servicios portadores: "...estos servicios pueden ser desarrollados tanto por empresas privadas...". sin especificar si el servicio es prestado por personas jurídicas o no. Lo mismo se puede establecer a partir de los artículos 14 y 20 respecto de los servicios fijos y de valor añadido. El artículo 138 ratifica este criterio al fijar los requisitos para la concesión regulando lo relativo a personas jurídicas y naturales. Lo mismo señala el artículo 153 tratándose de autorizaciones y al artículo 174 tratándose de los servicios de valor añadido.

para fijar las metas de expansión de la red pública de telefonía fija (numeral 28) y la expansión del servicio portador (Numeral 28). Ambas limitaciones, al coincidir con los objetivos generales de la política del sector, pueden, desde nuestro punto de vista ser admitidas en la medida que no afectan el contenido esencial del derecho de creación de redes.

b) Implementación de infraestructuras y redes: La libertad de creación de redes e infraestructuras es, como se dijo, manifestación de la libertad de prestación de servicios. Tiene que ver con la libertad de creación, pues es obvio que quien concibe una forma particular de prestación de servicios, puede apoyarse en el artículo 3 de la LT para prestarlos. Pero es más clara su vinculación con la libertad de dirección, derivada de la libertad de empresa, pues la tecnología; configuración; topología; forma y distribución de la red, así como el montaje y construcción de las infraestructuras correspondientes, son el resultado de decisiones estratégicas empresariales que están vinculadas con objetivos tan simples, pero no por ello menos importantes, como llegar a cierto mercado, con determinados costos, aprovechando la infraestructura existente, etc.

El proceso de liberalización del sector telecomunicaciones en el Perú, ha apostado por una liberalización "fervorosa" de las infraestructuras, en lo que toca y se refiere a la construcción de nuevas redes, y a una formal y razonable liberalización basada y derivada de la política de interconexión, en lo que se refiere al acceso y uso de las redes existentes.

La liberalización de infraestructuras en lo que se refiere a la construcción de nueva infraestructura tiene su entrada en la propia LT y su Reglamento, normas que de manera evidente consagran el régimen de pluralidad de redes³², del que se deriva el derecho a crearlos y montarlos³³. Esta liberalización es una consecuencia lógica del régimen general de apertura de los servicios, pues éstos no podrían prestarse sin el apoyo de las redes y aquellas no existirían, de no ser por las infraestructuras. En el caso de nuestra regulación, la apertura a los servicios trajo consigo la expectativa de profusión de redes al punto que la apertura del mercado de servicios de larga distancia al régimen de libre competencia, supuso la virtual creación de redes e infraestructura paralela a la del operador dominante, como consecuencia del cumplimiento de los planes mínimos de expansión³⁴ exigidos en los contratos de concesión. Sin embargo, ello ha ocurrido parcialmente y las redes paralelas, fuera de estar sub-utilizadas y constituirse en costas fijas difíciles de cubrir por ausencia de masa crítica³⁵, no han terminado de ser implementados, por la simple razón de que existen problemas de financiación de la red³⁶ paralela y, evidentemente, plazos muy largos para procurar el retorno de las inversiones. Con todo, lo central en el tema de libertad de creación de redes e infraestructuras es que ésta tiene un reconocimiento bastante amplia y fuera de las limitaciones derivadas de la fijación de

32 Vid. Artículo 15 LT: "... la interconexión de distintos portadores es obligatoria..." (lo que supone pluralidad); artículo 18 "... cuando las redes de conducción de servicios de telecomunicaciones..." entre muchas otras normas.

33 Incluso el artículo 129 del Reglamento va más allá del simple reconocimiento del derecho y señala como obligación derivada del contrato de concesión, la necesidad de "... instalar la infraestructura que se requiere para la prestación del servicio que se otorga en concesión..." Cosa que se confirma con el derecho que confiere el artículo 18 de la LT a todo operador de servicios públicos de "... ocupar y utilizar los bienes de dominio público..."

34 El numeral 28 de Los Lineamientos señala que: Los planes mínimos de expansión tomarán en cuenta lo siguiente: «El concesionario deberá estar en capacidad de prestar el servicio concedido, dentro de un plazo de 24 meses en cinco ciudades en 5 departamentos del país con **infraestructura propia** y poseer el mismo un centro de construcción».

35 Masa que es compartida por más de 40 operadores de LON, que dentro de sus planes de expansión han incluido a las mismas ciudades, generando una guerra de precios al constatarlos los muchos competidores y el poco volumen.

36 López Lozano, Miguel, *La Liberalización de las Infraestructuras*. En: Cienfuegos, Javier (Director), *Derivado de las Telecomunicaciones*, 1998, Madrid: Civitas, p. 184.

metas de expansión en larga distancia, es bastante amplia.

A partir de lo señalado se puede establecer que del reconocimiento de la mencionada libertad y del derecho de creación de redes e infraestructuras, se desprende la facilidad de los prestadores de servicios de diseñar sus redes en la forma más conveniente y con las configuraciones y topologías más favorables³⁷. Esto último considerando las limitaciones de adecuación de red y a la tecnología en uso, homologación de equipos, etc., que el mantenimiento de un sistema de telecomunicaciones moderno exige³⁸.

La liberalización de infraestructuras en lo referido a uso de infraestructura existente, también es amplia aunque cuenta con las limitaciones de uso de infraestructura propia en el caso de operadores de larga distancia, transcurrido un plazo de 24 meses y respecto de las redes de larga distancia en provincias³⁹ (Numeral 28 de Los Lineamientos).

La amplitud a la que nos referimos tiene su base en la señalación de la obligación de interconexión entre operadores de servicios públicos establecida en el artículo 106 del Reglamento⁴⁰, norma que garantiza el libre acceso de los nuevos operadores a las infraestructuras existentes, la cual supone su aprovechamiento total o parcial.

Pero el uso de infraestructuras mediante la interconexión, cosa que se logra, por defecto, con la obligatoriedad de la misma, no es el único medio de expresión de la liberalización. Está también la profusión de figuras de arrendamiento de infraestructura sin necesidad o con ella, de interconexión. Nos referimos a las figuras de uso compartido de infraestructura y elementos de red, respecto de los cuales no existe limitación alguna, así como de figuras de **colocation**⁴¹, **housing**⁴², etc. Éste es un campo vastísimo en el que muchas empresas inician el desarrollo de nuevos mercados y servicios.

c) Prestación de servicios en régimen de libre competencia.

La prestación de servicios en régimen de libre competencia es un postulado de la regulación sectorial y el signo de su cambio⁴³. Como dijimos (supra), ella hace posible hablar de actividades privadas. Pero lo que realmente hace que esas actividades se presten en régimen de libre competencia no es sólo su reconocimiento como tales sino, la posibilidad de ejercerlas efectivamente. La supervisión del Organismo Regulador Independiente, encomendada al Osiptel, tiene como objetivo evitar el efecto de "...las prácticas empresariales restrictivas de la

37 El numeral 25 de Los Lineamientos señala que para cumplir el objetivo de otorgamiento de concesiones en breve plazo, "...no deben evaluarse los aspectos que son propios de la gestión empresarial, tales como tecnologías específicas que el solicitante utilizará en la prestación de los servicios y estudios de factibilidad técnico-económica".

38 Así, los lineamientos exigen usar conmutadores con señalización SSS-7, equipos homologados, y nuevos.

39 Esto no se refiere a los medios de transmisión, que pueden formar parte de la red y no ser propios. Un ejemplo cabría que pretenda incluir a los medios, llegar al extremo de tener que incorporar dentro del concepto de infraestructura propia al medio inalámbrico, con segmento satelital o incluso transponders, lo cual, ciertamente, no pasaría análisis.

40 La interconexión de las redes de servicios públicos de telecomunicaciones entre sí, es de interés público y social y, por tanto, es obligatoria.

41 Colocación de antenas, equipos, terminales, etc., en el área, estructura metálica y cualquier infraestructura que sea capaz de alojar equipos.

42 Arrendamiento de áreas especialmente acondicionadas para ubicar equipos de toreros.

43 El Estado fomenta la libre competencia en la prestación de los servicios de telecomunicaciones, regula el mercado de forma que se asegure su normal desenvolvimiento, se controle los efectos de situaciones de monopolio, se evite prácticas y acuerdos restrictivos derivados de la posición dominante de una empresa o empresas en el mercado. Igualmente, el Estado fomenta la participación de los usuarios de servicios de telecomunicaciones en el establecimiento de tarifas y en la prestación y control de estos servicios. (art. 6 LT)

libre competencia entendiéndose por tales los acuerdos, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia..." (artículo 69 LT). Resulta claro que el efecto supervisor es el marco complementario para el funcionamiento del régimen mismo.

La libertad de empresa y su medio de concreción, el derecho a la prestación de servicios de telecomunicaciones, tiene en la libre competencia su medio de expresión más completo. Sin tal derecho a la libre competencia, el derecho a la prestación de servicios quedaría nulificado. Este reconocimiento y aún la intervención misma del ente regulador no son suficientes para verificar el libre ejercicio del derecho a la prestación de servicios de telecomunicaciones, pues es evidente que en algunos casos, la propia sujeción a la normativa puede estar en apariencia otorgando ventajas a quien tiene una posición de dominio en el mercado. Pero es evidente que la presencia de múltiples competidores puede ir haciendo, como de hecho ocurre, innecesaria la regulación y si más bien, constituir a los mismos competidores en los garantes mismos del derecho; quienes, en todo caso, pasarán como consecuencia de la competencia a ser "supervisados" por los propios usuarios, organizados en asociaciones o actuando en simples e individuales relaciones de consumo.

Con todo, la regulación peruana cautela la libre competencia y eso actúa como complemento indispensable, le da cuerpo, al derecho de prestación de servicios de telecomunicaciones.

4. El derecho de acceso a las redes como requisito para la prestación de servicios.

Dentro de las muchas consecuencias derivadas del proceso de tránsito de un modelo de servicio público en régimen de monopolio a uno de libre competencia, destaca la necesidad de la interconexión de redes y servicios; debido a que el proceso de desintegración vertical de la cadena de valor del operador monopolístico obliga a sustituir algunas eslabones de la misma por operadores que prestarán sus servicios en régimen de pluralidad de redes y operarán las mismas con necesidad de acceso a la red del operador dominante, para hacer efectivo el derecho a la competencia⁴⁴. El proceso de desconcentración aludido y la dependencia de los usuarios de cada una de las redes desintegradas, hace de la interconexión una condición de interoperatividad⁴⁵; pues de no ser por ella, los usuarios de una red no podrían comunicarse con los de otra red, así como tampoco podrían hacerlo los propios operadores, quienes por ese mismo hecho restarían todo valor comercial a su red⁴⁶. Pero no sólo eso; una competencia equilibrada exige que los operadores entrantes no requieran instalar infraestructura paralela a la ya existente, especialmente al nivel de última milla o bucle de abonado, debido a que ello resultaría ser una inversión redundante y antieconómica.

De la necesidad de interconexión surge, nítido, el derecho de los operadores a la red, o, lo que es lo mismo, el "derecho de los operadores a disfrutar de redes preexistentes como requisito para prestar sus servicios"⁴⁷. El derecho aludido apunta a establecer una disminución de las

44. García de Enterría, Eduardo y De la Guardia Salceda, Tomás. *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*. 1996. Madrid, Civitas, p. 151.

45. Carrasco, Ángely Mariela, Ana. *Interconexión y acceso a redes*. En: *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*. Dirigida por Agón de Mendivil, Gómez-Acabo y Pando, Abogados. 1999. Madrid, Editorial Anesaki, p. 461.

46. *Ibid.* L. 51.

47. Caffel García, Pedro. *La garantía de acceso a las redes de telecomunicaciones como requisito esencial para la liberalización del sector*. En: *Revista de Administración Pública*. 1998. Madrid, p. 403.

barreras de entrada propias de un sector en el que las infraestructuras se convierten en activos estratégicos y por tanto en elementos sobre los cuales las empresas plantean sus políticas de actuación en mercados concretos. Lo dicho podría significar una limitación al derecho de propiedad del operador dueño de las infraestructuras, pues el derecho de acceso facultativo a los operadores entrantes a servirse de infraestructuras compartidas por mandato legal; pero es indudable que tal derecho de propiedad, no obstante no discutirse la titularidad del operador de la red respecto de ella, ni es absoluto ni puede ejercitarse al margen del interés social; aspecto que por cierto queda solucionado por la Ley, la que califica a la interconexión y, por extensión y con mayor razón, al acceso como un derecho de interés público y social⁴⁸.

La opción del modelo regulatorio peruano apunta a establecer un régimen de acceso pleno a las redes preexistentes, reforzado por mandatos legales de obligación de interconexión para todos los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones, lo que además es condición esencial de la concesión de servicios portadores o finales⁴⁹.

Evidentemente, se trata de una opción normativa propia de un régimen de liberalización inicial que, de momento, no merece mayores reparos, sin embargo; es indudable que la cuestión puede cambiar una vez que hayan ingresado operadores suficientes y por tanto, se haya generado un régimen de competencia basado en el uso generalizado o, eventualmente, indiscriminado de infraestructuras establecidas, desincentivándose la inversión en ellas⁵⁰.

5. Las formas de prestación de los servicios de telecomunicaciones.

Para concluir, presentamos de manera sucinta, una descripción de los títulos habilitantes para la prestación de servicios. Lo central de la lista es que la concesión actúa como la base del sistema de prestación de servicios públicos y los registros la base del sistema de prestación de servicios de valor añadido. Hay un grupo de servicios complementarios, pero ciertamente importantes, que no están sujetos a regulación específica. Esos servicios son los que se encuentran en el más absoluto régimen de apertura y sujetos a las reglas de la oferta y la demanda.

a) **La concesión.** - La LT condiciona la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones⁵¹ a la obtención de una concesión, la que está definida como "...el acto jurídico mediante el cual el Estado cede a una persona natural o jurídica la facultad de prestar un servicio público, el cual se perfecciona mediante un contrato escrito de concesión, aprobado por Resolución Ministerial..."⁵². La Concesión actúa así como el título habilitante necesario para la prestación del servicio y para la asunción de las demás obligaciones señaladas en la Ley⁵³,

48. Art. 4º Reglamento de Interconexión RCD 01-98-CD/OSIPTEL.

49. Arts. 4º y 5º Reglamento de Interconexión RCD 01-98-CD/OSIPTEL.

50. El asunto preocupa a autores como Calkil, op. cit. qui en sugiere como contrapartida, en situaciones como ésta, la restricción inicial merito al acceso de redes preexistentes y no a las nuevas, las que, en ese caso, podrán no interconectarse obligatoriamente. El tema no parece tan discutible habido cuenta que el paradigma de redes e infraestructuras es un fenómeno que se presenta como consecuencia de la creación de nuevos servicios separados por tecnologías ineficientes y de la necesidad de provisión de mayor ancho de banda, aspecto que resulta estratégico para las empresas que ingresan a los mercados contando con la infraestructura como base de su competencia o sí misma.

51. Los servicios que no tienen tal consideración no están sujetos a ese requisito.

52. Se requiere para la obtención de una concesión 4 solicitudes de parte. En el caso de personas jurídicas, copia de la documentación societaria correspondiente. Datos del solicitante. Declaraciones juradas de no estar impedido de contratar con el Estado. Perfil del proyecto técnico para la prestación del servicio solicitado. Proyección de la inversión prevista para los primeros 5 años y monto de la inversión inicial a ser ejecutado durante el primer año. Para efectos del pago de los derechos de concesión y obligaciones del solicitante que se estipulan en el contrato respectivo, la inversión inicial no podrá ser menor del 10% de la prevista para los primeros cinco años. Se requiere abonar los derechos de concesión equivalentes al 2.5 por mil de la inversión inicial prevista para el establecimiento del servicio en concesión.

53. Se requiere, así, ser concesionario para poder interconectarse, para poder prestar servicios, para poder aportar otros servicios, para poder recurrir, etc.

Con las salvedades ya hechas a la tipificación de los servicios públicos en la Ley peruana como tales (supra), es claro que el mecanismo de la concesión, va actuar como generador de obligaciones de servicio público para el concesionario de los servicios⁵⁴, de donde se pueden extraer, también, los límites y alcances de lo que puede hacer con su concesión⁵⁵. Pero el condicionar la prestación de servicios a la obtención de una concesión, no otorga, como dijimos, titularidad estatal a la actividad, ni implica la exacta limitación del servicio concedido a las particulares condiciones vigentes al momento de su otorgamiento, ni mucho menos la necesaria regulación adicional de servicios para poder acoger mutaciones en la red, infraestructuras o servicio. Ello no quiere decir, que deban pasarse por alto las regulaciones que tiendan a racionalizar el uso de recursos escasos⁵⁶, o la supervisión de la prestación del servicios⁵⁷. Pero sí la apertura necesaria para acoger los cambios tecnológicos que pueda asimilar un servicio y que eventualmente puedan mejorar sus atributos como producto tecnológico y como producto comercial.

b) **Autorización.**- La autorización es la facultad que otorga el Estado, a través de Ministerio de Transportes, a personas naturales o jurídicas para establecer un servicio de telecomunicaciones, que no requiera de concesión para instalar y operar equipos de comunicaciones, éstos son, los Teleservicios Privados. Dicha autorización se brinda por un período de tiempo que dependerá del servicio que se brinde, tenemos así que, en los servicios de Radiodifusión se establece un plazo máximo de 10 años y en el caso de los Teleservicios Privados y de Difusión Privados, La autorización comprende el establecimiento, instalación, operación, explotación y el uso del espectro radioeléctrico de ser el caso.

c) **Licencia.**- Es la facultad que otorga el Estado a personas naturales o jurídicas para instalar en un lugar determinado, equipos de radiocomunicación autorizados.

d) **Registro.**- La regulación peruana establece un régimen que no requiere el título habilitante otorgado anteriormente por el Estado y que por tanto es de total apertura, tratándose de los servicios de valor añadido. Para estos efectos el artículo 29 de la LT establece para la prestación de servicios de valor añadido; esto es, servicios que se soporten sobre una red de telecomunicaciones, portadora o de servicios finales, la simple inscripción en un registro, lo cual significa la práctica inexistencia de trabas para la prestación del servicio. Lo mismo ocurre con las figuras de comercialización de servicios de telecomunicaciones. Las demás figuras no requieren siquiera del registro; nos referimos a los arrendamientos de espacios e infraestructuras, los que no están sujetos a condicionamiento alguno.

54 Las obligaciones son de diverso orden: plan mínimo de expansión, cobertura, garantía de respeto al secreto de las telecomunicaciones, calidad de servicio, atención de reclamos, reglas de interconexión, etc.

55 El artículo 10 de la LT señala que para la prestación de un servicio público se requiere concesión expresa. Lo mismo dice el artículo 14 respecto de los servicios finales y el 22 respecto de los servicios públicos de difusión.

56 Tal el caso del uso del espectro radioeléctrico.

57 Variación de condiciones técnicas y de configuración de red, que requieren de autorización expresa.