

---

# *El Ejercicio de la Potestad Sancionadora de CONSUCODE y los Límites Formales para la Aplicación del Recurso de Reconsideración*

**Richard Martin Tirado**

*Abogado. Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad de Lima, Católica y Privada de Piura.*

## **I. INTRODUCCIÓN**

El ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la administración pública es uno de los temas más novedosos que contiene la Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General (en adelante LPAG). Sin embargo, su aplicación no debe ser entendida únicamente en el marco de procedimientos administrativos generales, sino también, en aquellos supuestos en los que por defecto u omisión de los procedimientos especiales, se hace necesario acudir en vía supletoria a la Ley 27444.

## **II. ANTECEDENTES. LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN Y ESPECÍFICAMENTE, DEL CONSUCODE COMO ENTIDAD ADMINISTRATIVA**

Las entidades de la Administración Pública tienen reconocida una potestad sancionadora específica, la misma que se funda en un imperativo general de coerción asignado a las entidades que forman parte integrante de la Administración Pública, a fin de cumplir los mandatos establecidos en las normas dirigidas a regular y/o determinar las conductas de los ciudadanos.

Tal como lo afirma SANTAMARIA PASTOR, la obligatoriedad de las disposiciones que integran el ordenamiento jurídico vigente respecto de los administrados, exigen la incorporación de mecanismos de reacción frente a las conductas que se traduzcan en el incumplimiento o contravención de los mismos, toda vez que la eficacia de un sistema jurídico depende de la existencia de suficientes facultades coercitivas en la Administración para garantizar su cumplimiento<sup>1</sup>. Estos mecanismos de reacción, fundamentalmente son los siguientes: a) En caso de una mera lesión a los derechos e intereses de personas concretas, el ordenamiento se

limita a declarar la invalidez de los actos ilegales y, en algunos casos, a crear una obligación de resarcir los daños causados a una persona lesionada; b) en caso la conducta infractora suponga una lesión en intereses colectivos o revistan una especial gravedad, la reacción posee carácter represivo, consistiendo en la imposición de una consecuencia gravosa o negativa, que puede consistir tanto en la privación de una situación jurídica activa (como es el caso de la privación de libertad) o en la creación de una situación jurídica de carácter pasivo (la imposición de una multa o la privación de un bien), con los cuales se persigue tanto un fin represivo (castigo), como un fin de prevención (desaliento de futuras conductas similares).

La definición propuesta con respecto a los medios reaccionales de los que dispone el Estado para hacer frente a las conductas ilícitas, nos conduce al tema de la potestad punitiva del Estado. Como es sabido, y conforme lo señala la doctrina y la jurisprudencia sobre la materia, el Estado tiene reconocido a su favor el *ius puniendi*, o potestad punitiva, la misma que se subdivide en dos grandes ramas o «brazos represivos». De un lado, el Estado dispone de la potestad penal, como un medio más intenso de represión de las conductas ilícitas que afectan a los bienes jurídicos principales o de mayor incidencia en la vida en comunidad. Por el otro, el Estado dispone de la potestad administrativa sancionadora, como instrumento para reprimir aquellos ilícitos menores, o que afectan bienes jurídicos que no tienen una incidencia tan intensa como los tutelados por el derecho penal. La relación entre la potestad penal y la potestad sancionadora de la Administración, es pues de subsidiariedad, puesto que el derecho penal se rige por el principio de *ultima ratio*, según el cual, sólo es posible recurrir al derecho penal en los casos extremos, en las lesiones comprobadas a bienes jurídicos esenciales e importantes para la vida en sociedad<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso: Principios de Derecho Administrativo. Volumen II. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 2000. Páginas 371-372.

<sup>2</sup> En relación al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, pueden revisarse los siguientes textos: SUAY RINCON, José: Sanciones administrativas. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia. Bolonia, 1989; NIETO GARCÍA, Alejandro: Derecho Administrativo Sancionador. Segunda edición. Editorial Tecnos. Madrid, 1994; LOZANO, Blanca: La extinción de sanciones administrativas y tributarias. Marcial Pons. Madrid.



Al margen de las diferencias existentes en el régimen jurídico del derecho penal y del derecho administrativo sancionador, es conveniente ubicar a la regulación de la potestad sancionadora administrativa, como un elemento del ius puniendi estatal, por el cual se encarga a determinadas entidades públicas, la imposición de sanciones ante la comisión de infracciones determinadas como faltas o ilícitos de orden administrativo.

Precisamente, el tema materia del presente artículo, es el relativo al ejercicio de la potestad sancionadora del CONSUCODE, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52° del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (aprobado por el D.S. N° 012-2001-PCM). Dicha norma establece lo siguiente:

**“Artículo 52°.- Sanciones.**

*El Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado impondrá a los contratistas, en los casos que esta Ley o su Reglamento lo señalen, las sanciones siguientes:*

- a) *Suspensión: Consiste en la privación, por un período determinado, del ejercicio de los derechos de participar en procesos de selección.*
- b) *Inhabilitación definitiva: Consiste en la privación permanente del ejercicio de los derechos del contratista de participar en procesos de selección.*
- c) *Económicas: Son aquellas que resultan de la ejecución de las garantías otorgadas a la presentación de recursos de revisión que son declarados infundados o improcedentes por el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.*

*Las sanciones que se imponen no constituyen impedimento para que el contratista cumpla con sus obligaciones; por lo tanto, deberá proseguir con la ejecución de los contratos que tuviera suscritos hasta la liquidación final de los mismos”.*

A partir de dicho precepto legal, se reconoce que el CONSUCODE (Consejo Superior de Adquisiciones

y Contrataciones del Estado), tiene establecida a su favor una reconocida potestad administrativa sancionadora. Dicha potestad, en el caso de sanciones a postores y contratistas, es ejercida por el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, por mandato expreso del artículo 204° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 013-2001-PCM<sup>3</sup>.

En función de dicha potestad sancionadora, el artículo 205° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado establece las causales (en realidad, infracciones) por las cuales el referido Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones, puede imponer sanciones. Tal como puede apreciarse, el Tribunal tiene establecida a su favor, la posibilidad de poder imponer sanciones administrativas a los proveedores, postores y contratistas, situación que consolida a su favor, una potestad sancionadora específica. Sin embargo, la referida norma reglamentaria no cubre todos los supuestos de aplicación de sanciones, tal como se indicará más adelante.

El procedimiento sancionador previsto en el TUO y la norma reglamentaria de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, se inicia siempre de oficio (Art. 210° del Reglamento). En tal sentido, dicho precepto legal establece que «*La entidad está obligada a poner en conocimiento del Tribunal los hechos que puedan dar lugar a la aplicación de las sanciones de suspensión o inhabilitación conforme a los artículos 205 y 206. Los antecedentes serán elevados al Tribunal con un Informe de la Entidad. El Tribunal decidirá sobre la imposición de la sanción, de acuerdo a lo establecido en los artículos precedentes*».

En función de lo indicado, el procedimiento administrativo sancionador, indica que éste se inicia de oficio, a solicitud de la Entidad, la misma en caso detectara alguna infracción, la comunica al Tribunal del CONSUCODE, órgano que decide respecto de la imposición de la sanción. Finalmente, podemos señalar que el procedimiento sancionador seguido ante el Tribunal de CONSUCODE, es resuelto en única instancia ante este colegiado. Precisamente, uno de los problemas que motiva el presente Informe es analizar jurídicamente la posibilidad de interponer recursos de

1990: GARBERI LLOBREGAT, José: La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad sancionadora y al procedimiento administrativo sancionador. Editorial Trivium. Madrid, 1989; PARADA, Ramón: Derecho Administrativo. Volumen I. Parte General. Sexta edición. Marcial Pons. Madrid, 1994; GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNANDEZ: Curso de Derecho Administrativo. Volumen II. Séptima edición. Editorial Civitas. Madrid, 2001. En sede nacional, puede consultarse: PEDRESCHI, Willy: Análisis sobre la potestad sancionadora de la Administración Pública y el Procedimiento Administrativo Sancionador en el marco de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. En: DANOS, Jorge; Juan Carlos MORON; Richard MARTIN; Eloy ESPINOSA-SALDAÑA; José Antonio TIRADO; Christian GUZMAN; Diego ZEGARRA; Willy PEDRESCHI; Ramón HUAPAYA; Roberto SHIMABUKURO y César OCHOA: Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Ley N° 27444. Segunda Parte. Prólogo de Jorge DANOS ORDÓÑEZ. ARA Editores. Lima, 2003. Páginas 497 y ss.: así como PEREIRA CHUMBE, Roberto: La potestad sancionadora de la Administración y el Procedimiento Administrativo Sancionador en la Ley N° 27444. En: AAVV. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Ley N° 27444. ARA Editores. Lima, 2001.

3 Artículo 204 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.- Potestad Sancionadora del CONSUCODE.

reconsideración contra lo resuelto en materia sancionadora por el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

### III. DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA BAJO ANÁLISIS. POSIBILIDAD DE IMPUGNAR EN SEDE ADMINISTRATIVA LAS SANCIONES IMPUESTAS POR EL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO.

El Art. 206° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, establece que «...frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa, mediante los recursos administrativos...».

El artículo en mención, establece en líneas generales, el derecho al recurso administrativo, el mismo que asiste a todos los administrados que participen en un procedimiento administrativo sancionador. Como tal, el derecho al recurso, constituye una aplicación del derecho de contradicción administrativa, contenido en el artículo 109° de la Ley del Procedimiento Administrativo General<sup>4</sup>

En el marco del sistema de garantías que integran el derecho al debido procedimiento de los administrados, puede afirmarse que existe un derecho al recurso administrativo, o un derecho a impugnar las decisiones administrativas, con carácter previo a la interposición de una demanda contencioso-administrativa. Las garantías de los administrados se desenvuelven formalmente por vía del recurso primero ante la propia Administración y luego ante los órganos

del Poder Judicial, a través del proceso Contencioso-Administrativo<sup>5</sup>.

En la lógica del derecho al recurso administrativo, es necesario analizar si procede la interposición de un recurso de reconsideración, dentro de la estructura del procedimiento especial sancionatorio recogido en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento. La primera impresión que surge de la revisión del marco normativo establecido por el TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, es que no sería posible interponer recursos contra las decisiones sancionatorias del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, al no estar regulado un sistema de recursos administrativos contra dichas decisiones en el marco de la ley especial aplicable. Sin embargo, nosotros consideramos que ello si es posible en el marco de las relaciones de *supletoriedad* existentes entre la ley especial (TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento) y la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Se plantea así, la necesidad de evaluar la posibilidad de interponer un recurso de reconsideración contra lo resuelto por el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Para ello, es importante que en forma previa, se determine el ámbito de las relaciones existentes entre la Ley del Procedimiento Administrativo General y las disposiciones del TUO de la

Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, con el objeto de determinar el contenido concreto de las relaciones de *supletoriedad* que existen entre ambas normas, y así justificar la posibilidad de interponer recursos de reconsideración contra lo resuelto en materia sancionadora por el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, en aplicación de las previsio-

***“(...)la primera impresión que surge es que no sería posible interponer recursos contra las decisiones sancionatorias del tribunal de contrataciones y adquisiciones del estado, (...) sin embargo, nosotros consideramos que ellos si es posible(...)”***

La facultad de sancionar a proveedores, postores y contratistas por infracción de las disposiciones contenidas en la Ley y el presente Reglamento, así como de las estipulaciones contractuales, corresponde al CONSUCODE, a través del Tribunal y de los órganos que señalen sus normas de organización interna.

4 Artículo 109 de la Ley del Procedimiento Administrativo General.- Facultad de contradicción administrativa.-

109.1 Frente a un acto que supone que viola, afecta, desconoce o lesiona un derecho o un interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa en la forma prevista en esta Ley, para que sea revocado, modificado, anulado o sean suspendidos sus efectos.

109.2 Para que el interés pueda justificar la titularidad del administrado, debe ser legítimo, personal, actual y probado. El interés puede ser material o moral.

109.3 La recepción o atención de una contradicción no puede ser condicionada al previo cumplimiento del acto respectivo.

5 AROZAMENA LASO, Angel: Recursos Administrativos. En: PENDAS GARCIA, Benigno (Coordinador): Administraciones Públicas y Ciudadanos (Estudio Sistemático de la Ley 30/1992, de 30 de noviembre). Editorial Praxis. Barcelona, 1993. Página 705. Procedimiento Administrativo General. Ley N° 27444. Segunda Parte. Prólogo de Jorge DANOS ORDÓÑEZ. ARA Editores. Lima, 2003. Página 445.



nes contenidas al respecto en la Ley del Procedimiento Administrativo General.

#### IV. APLICACIÓN SUPLETORIA DE LA LPAG A LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES DE CARGO DEL CONSUCODE

El artículo 4° del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, establece un criterio de «especialidad» de la norma reseñada, con respecto a las normas generales de procedimientos administrativos y a las del derecho común, cuando establece lo siguiente: «*La presente Ley y su Reglamento prevalecen sobre las normas generales de procedimientos administrativos y sobre aquellas de derecho común que fueran aplicables*».

El criterio antes expuesto, denominado en doctrina como *de especialidad*, debe ser correctamente entendido como una prevalencia de las normas específicas de procedimiento establecidas en la norma catalogada como «especial», puesto que aquí se está ante un supuesto en el cual, el propio legislador ha calificado una determinada norma como específica, por lo cual, por vía legal se ha apartado del esquema de una norma catalogada como «general». Esto es lo que sucede en el caso de normas tales como el artículo 4° del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, en la cual se califica como prevaleciente la referida Ley con respecto a la Ley de Procedimiento Administrativo General Ley N° 27444. Sin embargo, el criterio de especialidad tiene límites, y precisamente éstos, se encuentran regulados en una norma especial. Fuera de lo que está regulado en la norma especial, las relaciones entre norma general y norma especial no se rigen por un principio de *especialidad*, sino, por un principio de *supletoriedad*.

Por ello es que la norma contenida en el artículo 4° del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado no debe ser interpretada aisladamente, en el sentido de que el TUO es la única norma de procedimientos administrativos aplicable para el caso de las contrataciones y adquisiciones del Estado. En rigor, la Ley del Procedimiento Administrativo General podría ser aplicable a los procedimientos por un imperativo de *supletoriedad*.

El artículo 4° del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, entonces, debe ser revisado en forma conjunta con lo establecido por el numeral 2) del artículo II del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el cual precisa lo siguiente: «*Artículo II. Contenido.- (...)*  
*2. Los procedimientos especiales creados y regulados*

*como tales por ley expresa, atendiendo a la singularidad de la materia, se rigen supletoriamente por la presente Ley en aquellos aspectos no previstos y en los que no son tratados expresamente de modo distinto»* (subrayado agregado).

En consecuencia, las relaciones existentes entre las normas previstas en el TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, y las normas de la Ley del Procedimiento Administrativo General, son de especialidad y de *supletoriedad*.

La relación de *especialidad*, debe ser entendida como «*Aquello que se encuentre regulado en el TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, primará sobre lo establecido en las normas generales del procedimiento administrativo, y en las normas del derecho común, de acuerdo a lo establecido en el artículo 4° del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado*». Por ejemplo, en el caso de la regulación del recurso de revisión ante el Tribunal de Consucode, el TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado regula un procedimiento recursivo específico, por lo que no se puede pretender la aplicación de lo establecido en el artículo 210° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, referida a dicho recurso, puesto que se trata de regulaciones enteramente distintas, en la que prevalecerá la Ley especial sobre los alcances de la Ley 27444. Sin embargo, ¿Qué sucede con los aspectos de procedimiento no regulados o en todo caso, parcialmente regulados, por el TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado?. Precisamente, éste es el escenario cobra vigencia, la previsión de *supletoriedad* de las normas generales de procedimientos administrativos, establecida en el numeral 2) del artículo II del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General. En buena cuenta, se establece una relación de *supletoriedad* entre ambas normas, la misma que se puede expresar de esta manera: «*En aquellos aspectos de procedimiento no regulados o parcialmente regulados por el TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, serán de aplicación supletoria las disposiciones previstas por la Ley del Procedimiento Administrativo General, en función a lo establecido en el numeral 2) del artículo II del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General*».

Se advierte pues, que si bien el TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado es una norma especial, ello no implica que las normas de éste último cuerpo normativo, sean exclusivas y excluyentes para el ámbito de regulación de los procedimientos

administrativos a cargo del CONSUCODE. Por el contrario, debe entenderse que los preceptos normativos incorporados en la Ley 27444, son aplicables a los procedimientos administrativos a cargo del CONSUCODE, en aquellos aspectos no previstos y en los que no son tratados de modo distinto en la norma especial (Numeral 2 del artículo II del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General).

En consecuencia, es en el marco de las relaciones de especialidad y supletoriedad que existen entre las normas del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, y las normas de la Ley del Procedimiento Administrativo General, es que debe enmarcarse la posibilidad de interponer un recurso de reconsideración contra las decisiones del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, que imponen una sanción administrativa a un contratista.

A nuestro entender, en aplicación de lo establecido en el numeral 2) del artículo II del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, es perfectamente admisible la interposición de un recurso de reconsideración contra la decisión del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado de imponer una sanción administrativa.

#### **V. SOBRE LA POSIBILIDAD DE INTERPONER RECURSOS DE RECONSIDERACIÓN CONTRA LAS RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO, ESPECÍFICAMENTE EN LOS CASOS DE IMPOSICIÓN DE SANCIONES ADMINISTRATIVAS**

El Tribunal de CONSUCODE, de acuerdo a las reglas del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, conoce dos tipos específicos de procedimientos administrativos.

El primer procedimiento, es el *procedimiento recursivo de revisión* de los distintos procesos de contrataciones y adquisiciones del Estado, en función a lo establecido por el artículo 54° del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. En este procedimiento recursivo, el Tribunal conoce de los recursos de revisión (jerárquico o de grado), en el cual, una decisión previa de tipo denegatorio de un recurso de apelación desarrollado ante la entidad que convoca al proceso de selección. En este procedimiento específico, la temática relativa a los recursos administrativos, se encuentra plenamente regulada por el artículo 54° del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, en el que se ha determinado

las instancias y los recursos correspondientes antes de que el Tribunal de Consucode asuma competencia.

De otro lado, existe otro procedimiento que conoce el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, *cual es el procedimiento sancionador de proveedores, contratistas y postores*, en función a lo establecido por los artículos 52° del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y los artículos 204° y siguientes del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. En este caso, el procedimiento sancionador se inicia de oficio, a solicitud o comunicación de la entidad que convoca al proceso de selección y que ha detectado la comisión de alguna de las infracciones previstas en el artículo 205° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. En este caso, el Tribunal actúa resolviendo en única instancia, e instruyendo y resolviendo respecto a la imposición de una sanción administrativa. Precisamente, en la medida que el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones actúa en única instancia, es que directamente procedería la interposición de la demanda contencioso-administrativa correspondiente de impugnación de lo resuelto por el Tribunal.

Sin embargo, el procedimiento sancionador instruido y resuelto por el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, propiamente no tiene previsto la interposición de recursos administrativos contra la decisión de imponer una sanción administrativa. Estamos aquí entonces frente a un defecto u omisión de regulación por parte del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, puesto que no se regula la posibilidad de interponer un recurso de reconsideración contra lo resuelto por el dicho Tribunal Administrativo.

Una revisión del marco legal aplicable, permite apreciar que en principio, no es posible interponer recurso alguno contra lo resuelto por el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Sin embargo ello no es así, en virtud a lo establecido en el numeral 2) del artículo II del Título Preliminar y el artículo 207° de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Al respecto, es preciso indicar que el defecto o falta de regulación del recurso de reconsideración en el TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, específicamente en el caso de imposición de sanciones administrativas por parte del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, no debería ser pretexto para excluir la aplicación del recurso de reconsideración contenida en el artículo 208° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, en la medida



que estamos frente a un supuesto de hecho no regulado por la norma especial, y en el que, precisamente, rige la relación de *supletoriedad* existente entre el TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Debe tenerse en cuenta, que la doctrina es muy clara al señalar que el recurso de reconsideración (denominado de reposición, oposición o gracioso), es un recurso de tipo *impropio*, que permite que el mismo órgano emisor del acto administrativo impugnado, conozca nuevamente de dicha impugnación y resuelva lo que crea conveniente al respecto, manteniendo o rectificando su anterior decisión<sup>6</sup>. En función de ello, el artículo 207° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, establece que:

*«Artículo 208.- Recurso de reconsideración:*

*El recurso de reconsideración se interpondrá ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación y deberá sustentarse en nueva prueba. En los casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia no se requiere nueva prueba. Este recurso es opcional y su no interposición no impide el ejercicio del recurso de apelación».*

De la regulación contenida en el artículo 208° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, se desprenden las siguientes notas características del recurso de reconsideración:

- Es opcional, a favor del administrado.
- Se interpone ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de impugnación.
- Puede interponerse ante órganos que constituyen primera instancia, o ante órganos que constituyen única instancia.
- En caso se trate de órganos que resuelven en primera instancia, el recurso de reconsideración deberá basarse necesariamente en nueva prueba. En caso que se trate de órganos que resuelven procedimientos administrativos en única instancia, no es exigible el requisito de nueva prueba, con lo que el recurso de reconsideración podrá centrarse en cuestiones de puro derecho.

En el presente caso, el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado viene aplicando sanciones administrativas a contratistas, proveedores o postores participantes en procesos de contrataciones y adquisiciones del Estado en instancia única. La situación descrita, permite constatar que no se ha regulado la interposición de recursos impugnativos en sede administrativa contra lo resuelto en materia sancionadora por el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Precisamente, al tratarse de un aspecto *no regulado por la norma especial* (es decir, el TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado o su Reglamento), sería factible admitir el recurso de reconsideración en el ámbito de la actuación sancionadora del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, en aplicación del numeral 2) del artículo II del Título Preliminar y del artículo 208° de la Ley del Procedimiento Administrativo General. La aplicación de los preceptos contenidos en la Ley 27444 es producto de relación de *supletoriedad* existente entre la Ley del Procedimiento Administrativo General y del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones y su Reglamento.

***“La falta de un recurso de reconsideración (...) no constituye motivo para predicar la improcedencia de recursos administrativos contra las decisiones de imposición de sanciones (...)”***

La falta de un recurso de reconsideración dentro de la propia Ley de Contrataciones y Adquisiciones en materia sancionadora, no constituye motivo para predicar la improcedencia de recursos administrativos contra las decisiones de imposición de sanciones administrativas en el específico ámbito de la competencia del Tribunal de

Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Si bien es cierto, que no son de aplicación recursos de tipo jerárquico (como la apelación o la revisión), no deja de ser cierto tampoco, que precisamente en casos como éste, cabe la interposición de recursos impropios o no jerárquicos, en los que se puede invocar que los órganos que resuelven en única instancia (como es el caso del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado), deban conocer de los recursos de reconsideración que se interpongan contra sus decisiones.

## VI. EL PROBLEMA DE LOS PLAZOS APLICABLES AL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

Siendo de aplicación la regulación del recurso de reconsideración contenida en la Ley del

Procedimiento Administrativo General, el administrado afectado por la decisión sancionatoria del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, debe interponer el recurso, dentro del plazo de 15 días establecido para tal efecto por la Ley del Procedimiento Administrativo General. En función a ello, el plazo de impugnación está sujeto a lo dispuesto por el numeral 207.2 del artículo 207° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, contados a partir de la notificación de la Resolución objeto de impugnación.

## VII. LAS MODIFICACIONES A LA LEY DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES Y EL PROYECTO DE REGLAMENTO

El Art. 54° de la Ley 28267, Ley que modifica la ley 26850 (Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado) publicada en el Diario Oficial El Peruano el pasado 03 de julio, no contiene mayores innovaciones respecto al ejercicio de la potestad sancionadora a cargo del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones de Consucode. Sin embargo, el Proyecto de Reglamento que viene siendo elaborado por dicha entidad, contiene una mención expresa con respecto a la procedencia del recurso de reconsideración.

La modificación introducida al artículo 4° del TUO por parte de la Ley 28267, deja constancia expresa de la especialidad de la Ley con respecto a otros cuerpos normativos. Para tal efecto, se indica lo siguiente:

*« 4.1. Especialidad de la Norma.- La presente Ley y su Reglamento prevalecen sobre las normas generales de procedimientos administrativos y sobre aquellas de derecho común que le sean aplicables.»*

En forma complementaria, la modificatoria al Artículo 52° del TUO, precisa que el Consucode *«...impondrá a los proveedores, participantes, postores, contratistas y entidades, en los casos en que esta Ley o su Reglamento lo señalen, las sanciones siguientes.....»*. Adicionalmente, en el inciso i) del artículo 59° modificado, se plantea que el Consucode, tiene entre otras, las siguientes funciones:

*« i) Imponer sanciones a los proveedores, participantes, postores y contratistas, las disposiciones de esta Ley, su Reglamento, y normas complementarias»*

Si bien, a nivel de las modificaciones con rango de ley (introducidas por la Ley 28267), hay una extensión de los sujetos a los que se les puede extender la potestad sancionadora de Consucode (participantes y entidades), no se menciona en forma expresa la posibilidad de ejercer el derecho de impugnar las

decisiones sancionadoras por parte de los afectados. Por el contrario, en el Proyecto de Reglamento si se aborda en forma expresa el tema.

En efecto, el artículo 280° del proyecto reconoce que en vía reglamentaria se estaría garantizando el derecho de defensa de los proveedores, postores, contratistas o expertos independientes. Sin embargo, es conveniente que se distinga dos criterios a saber: un aspecto es efectivamente otorgar el derecho de defensa a favor de un conjunto de administrados antes de la imposición de una sanción y otro es, que como consecuencia de la imposición de una sanción, los administrados pueden interponer un recurso de reconsideración.

En este orden de ideas, el artículo 287° del Proyecto, establece lo siguiente:

*«Contra lo resuelto por el Tribunal en un procedimiento sancionador podrá interponerse Recurso de Reconsideración dentro de los tres (3) días hábiles de notificada o publicada la respectiva resolución».*

*«El Tribunal resolverá dentro del plazo de quince (15) días hábiles; contra esta decisión procede la acción contencioso administrativa ante el Poder Judicial».*

Tal como se puede advertir, el proyecto corregiría a través del propio procedimiento especial, la posibilidad de interponer el respectivo recurso de reconsideración. Debe quedar claro que, este recurso impugnativo tiene la misma naturaleza que el recurso regulado en la Ley 27444, con la diferencia de los plazos establecidos para la interposición como para la resolución del mismo.

## VIII. CONCLUSIONES

1. CONSUCODE, en su condición de entidad pública, y de acuerdo a lo establecido en el artículo 52° del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y el artículo 204° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, tiene reconocida a su favor una potestad sancionadora específica, la misma que es aplicable contra postores, contratistas y proveedores.
2. La potestad sancionadora del CONSUCODE, establecida en el artículo 205° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, es aplicada por el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, a través de un procedimiento de instancia única,



iniciado de oficio a solicitud de la entidad pública que convocó al proceso de selección de contratista, donde se produjo la infracción.

3. El Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones, constituye un órgano desconcentrado del CONSUCODE, encargado de resolver dos tipos de procedimientos específicos: a) un procedimiento recursivo de revisión, al amparo de lo establecido en el artículo 54° del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado; y, b) un procedimiento administrativo sancionador al amparo del artículo 52° del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.
4. El Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, constituye un órgano no sometido a subordinación jerárquica en el ámbito del CONSUCODE, con lo que los procedimientos instruidos ante dicho Tribunal son de instancia única, y no pueden ser revisados ulteriormente vía un recurso jerárquico en sede administrativa.

Sin embargo, es necesario distinguir los procedimientos en que actúa el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado en el marco de los procesos de selección, de aquellos casos en los que el propio Tribunal aplica sus potestades administrativas sancionadoras. Se puede entonces, distinguir hasta dos situaciones claramente identificables: a) Cuando se trate de procedimientos de tipo recursivo o de revisión, no es posible interponer recursos administrativos distintos de los regulados en el TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, puesto que aquí opera un criterio de *especialidad* entre las normas del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones y las normas del procedimiento administrativo general recogidas por la Ley 27444; y, b) Cuando se trate de procedimientos administrativos sancionadores,

seguidos ante el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, la posibilidad de interponer recursos administrativos no se encuentra regulada. En tal sentido, la posibilidad de interposición de recursos en este procedimiento, se rige por lo dispuesto en la Ley del Procedimiento Administrativo General, en la medida en que estamos en un plano de relaciones de *supletoriedad* entre la Ley 27444 y el TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

5. Es claro que contra las decisiones del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado no proceden recursos de tipo jerárquico (como la apelación o la revisión) en la medida que el Tribunal resuelve en única instancia, puesto que no está sometido a subordinación jerárquica alguna en sede administrativa. Sin embargo, en la medida que constituye instancia única, se puede interponer un recurso de tipo impropio, como lo es el recurso de reconsideración, regulado por el artículo 208° de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

En función a lo expuesto y en estricta aplicación de la Ley 27444, es posible interponer recursos de reconsideración contra las decisiones sancionatorias del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. La regulación normativa del recurso de reconsideración, así como de los plazos para su interposición, se encuentran previstas por la Ley del Procedimiento Administrativo General. Si se optara por una solución contraria, estaríamos frente a una ilegal denegatoria de la facultad de contradicción administrativa regulada en el artículo 109° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, así como del derecho al debido proceso en sede administrativa, establecido en el numeral 3) del artículo 139° de la Constitución, y desarrollado por el numeral 1.2 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

---

# *El Principio de Neutralidad en la Legislación Peruana de Telecomunicaciones: Una Breve Reseña*

**Rafael Muenta Schwarz**

*Catedrático de Derecho Administrativo y Derecho de las Telecomunicaciones en la Pontificia Universidad Católica del Perú*

## **INTRODUCCIÓN Y OBJETO**

Es nuestra intención analizar aspectos relacionados a una institución propia del llamado «Derecho de las Telecomunicaciones», que para nosotros no es otra cosa que la normatividad propia del Derecho Administrativo que tiene relación con la actividad reguladora del Estado de las actividades de prestación de los diversos servicios de telecomunicaciones, sean públicos, privados o privados de interés público (tal como en la Ley de Telecomunicaciones se clasifica a las actividades de radiodifusión sonora o televisiva «abierta»). Nuestra perspectiva es por tanto centrada en un análisis jurídico «tradicional» de esta institución<sup>1</sup>.

Los objetivos que aquí nos planteamos son los siguientes:

- Identificar y describir el concepto del Principio de Neutralidad en nuestra legislación de telecomunicaciones.
- Analizar el origen y tratar de determinar si existe una institución que pueda ser adscrita a este Principio, de modo que podamos entender su «naturaleza» o «parentesco» jurídico.
- Hacer una apreciación del tratamiento jurídico y al desarrollo normativo que nuestra legislación le da a la referida institución.

## **EL PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD EN LA LEGISLACIÓN PERUANA DE TELECOMUNICACIONES.**

En lo referido a la legislación de telecomunicaciones, el principio de neutralidad está solamente mencionado – sin ser explicado o definido – en el propio Decreto Legislativo número 702, el cual establece que «El Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones en base a los principios de neutralidad e igualdad de acceso, establecerá las normas a que deben sujetarse los convenios de

interconexión de empresas. Estas normas son obligatorias y su cumplimiento de orden público».<sup>2</sup>

Existe en el propio Decreto Legislativo 702 otra mención expresa al Principio de Neutralidad en el artículo 37:

«Artículo 37.- En virtud del principio de neutralidad las entidades explotadoras de telecomunicaciones que sean titulares de concesiones o autorizaciones para prestar dos o más servicios de telecomunicaciones en forma simultánea, están obligados a llevar contabilidad separada de sus actividades.»

También existe una mención tácita al mismo principio, aunque restringida al ámbito de los perjuicios sufridos por operadores de servicios de valor añadido:

«Artículo 38.- Las empresas explotadoras de servicios portadores y teleservicios o servicios finales, para explotar servicios de valor añadido deben necesariamente garantizar que no utilizarán su condición de operadores de tales servicios para obtener ventajas en relación a empresas competidoras explotadoras de servicios de valor añadido, impidiendo la sana competencia.»

Igualmente existe una mención – esta vez expresa – al principio de neutralidad al referirse la Ley a las relaciones de interconexión:

«Artículo 72.- El Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, en base a los principios de neutralidad e igualdad de acceso establecerá las normas a que deben sujetarse los convenios de interconexión de empresas. Estas normas son obligatorias y su cumplimiento de orden público.»

Por otro lado, en el Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, se plantea la definición concreta del Principio de Neutralidad:

---

<sup>1</sup> No buscamos, por tanto realizar en este caso hacer uso de las herramientas del análisis económico del derecho.

<sup>2</sup> Decreto Legislativo 702, artículo 72.



«Artículo 11°.- Por el principio de neutralidad, el concesionario de un servicio de telecomunicaciones, que es soporte de otros servicios o que tiene una posición dominante en el mercado, está obligado a no utilizar tales situaciones para prestar simultáneamente otros servicios de telecomunicaciones en condiciones de mayor ventaja y en detrimento de sus competidores, mediante prácticas restrictivas de la libre y leal competencia, tales como limitar el acceso a la interconexión o afectar la calidad del servicio.»

Similar definición contiene el artículo 8° del Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión, aprobado mediante Resolución del Consejo Directivo de OSIPTEL N° 043-2003-CD/OSIPTEL. El texto es idéntico y solamente omite la parte final del artículo 11° del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones (desde «...tales como limitar el acceso...»).

El artículo 232° del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, desarrollando el principio contenido en el artículo 37° de la Ley, igualmente establece que «Los concesionarios de servicios portadores y servicios finales de carácter público, que simultáneamente presten otros servicios de telecomunicaciones en libre competencia, deberán llevar contabilidades separadas por las actividades de cada categoría de servicio».

En la práctica, en los contratos de concesión que se han suscrito, el Estado, a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones establece que como el OSIPTEL aún no ha emitido normatividad específica en relación al uso de contabilidades separadas, cada empresa deberá llevarlas cuando operando distintos servicios de telecomunicaciones, los ingresos anuales de la respectiva entidad superan los quince millones de dólares anuales.

Una referencia normativa importante es el contenido en artículo 4° del Reglamento del OSIPTEL, aprobado mediante Decreto Supremo N° 008-2001-PCM. Dicho artículo está contenido en el Título II, referido a los Principios de Acción del OSIPTEL e incorpora elementos nuevos – o en todo caso planteados desde una perspectiva distinta – a los expresados en las normas anteriormente citadas:

«Artículo 4°.- Principio de Neutralidad

El OSIPTEL velará por la neutralidad de la operación de las empresas bajo su ámbito de

competencia, cuidando que éstas no utilicen su condición de tales, directa o indirectamente, para obtener ventajas frente a otras empresas operadoras de servicios de telecomunicaciones o frente a usuarios, de conformidad con el artículo 38 de la Ley. No obstante ello, el OSIPTEL deberá cuidar que su acción no restrinja innecesariamente los incentivos para competir por inversión, innovación o por precios».

Finalmente, es pertinente resaltar la mención al mencionado principio que se realiza en la Resolución de Consejo Directivo de OSIPTEL N° 004-2004-CD/OSIPTEL, en cuya Exposición de Motivos se afirma:

«El principio de neutralidad constituye la regla básica y general sobre el comportamiento de empresas con poder de mercado, y consecuentemente, resulta principio inspirador y de soporte para desarrollar medidas regulatorias destinadas a garantizar la competencia en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones.»<sup>3</sup>

## CONCEPTO Y PARENTESCO DOCTRINARIO.

El concepto de «neutralidad» ha sido tradicionalmente ligado al Derecho Internacional Público y ha estado referido fundamentalmente a la posición de los estados en casos de conflictos entre terceros estados. La neutralidad, en tal sentido ha estado referida a un comportamiento que suponga (a) la no participación y (b) la imparcialidad.

«Neutral» se define como «Que no participa de ninguna de las opciones en conflicto»<sup>4</sup>. En el campo jurídico la neutralidad está ligada al Derecho Internacional Público y es una institución particularmente aplicada en situaciones de conflictos bélicos entre países. Se trata de «...la situación jurídica de aquel Estado, o de un grupo de Estados, que se mantienen extraños y sin ninguna clase de participación en una guerra producida entre otros Estados»<sup>5</sup>.

Bajo esa óptica, la neutralidad se distingue en base a dos caracteres: (a) La no participación en el conflicto y (b) la imparcialidad. La no participación se refiere a no realizar actos materiales que puedan significar una intervención en el conflicto entre las partes en pugna. La imparcialidad es más un concepto que comprende la actitud que debe tener un Estado ante un conflicto entre terceros, la cual debe ser «objetiva» y no influenciada por las simpatías o intereses comunes con alguna de esas partes.

3 Exposición de Motivos 13er párrafo.

4 Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española, Vigésima Segunda Edición.

5 Augusto Badaracco, en Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XX, pag- 263-267, Driskill S.A., 1982

Es importante rescatar aquí que la neutralidad implica la existencia de por lo menos tres actores en una situación en la que existe un conflicto entre dos de ellos, pudiendo el tercero potencialmente tomar partido o apoyar a alguna de las partes en conflicto. En ese contexto, la neutralidad constituye la abstención por parte de este tercero de todo acto a favor de cualquiera de estas partes.

Del mismo modo, y tomando el concepto jurídico de la neutralidad como base, podemos extender – para fines de comprensión – de modo analógico el mismo a los ámbitos técnico y económico que con el propiamente legal constituyen los componentes fundamentales en las relaciones entre operadores de telecomunicaciones. Aclaremos: En las relaciones entre operadores de telecomunicaciones, y en cualquier otro mercado relevante de servicios o bienes el «conflicto bélico» no es otra cosa sino la competencia en dicho mercado. Y la neutralidad se da en el contexto en que un operador puede influir en esta competencia beneficiando a uno de los competidores y en tal sentido perjudicando al otro (o eventualmente usando un mecanismo inverso con el mismo efecto: Perjudicando a un competidor, y como consecuencia, beneficiando al otro).

La neutralidad aquí no se puede entender en el sentido de imparcialidad, tal como ha sido enunciado más arriba. Es necesario entender la neutralidad como una no intervención objetiva en la situación de competencia en el mercado. En otras palabras, la neutralidad debe quedar definida como actos concretos (no actitudes, creencias u opiniones) que impliquen no afectar el normal desenvolvimiento de esta «guerra» mercantil. Por eso consideramos que, por ejemplo, cuando una empresa (A) sólo se limita a recomendar a su empresa vinculada (B) a un potencial cliente en un distinto mercado relevante en el que esta última compite con una tercera empresa (C), no está vulnerando el concepto de neutralidad. En otras palabras, en la evaluación de un comportamiento neutral, deben tenerse en consideración solamente los actos que materialmente afectan a las partes en conflicto, es decir, en competencia. En otras palabras, debe

tratarse de actos que objetivamente pongan a una de las partes en competencia en una mejor capacidad de competir frente a la otra. En tal sentido, la neutralidad se manifiesta objetivamente como un «dejar de hacer», y efectivamente, cuando en nuestra legislación se hace referencia al principio de neutralidad, el mismo se enuncia como una obligación de no hacer.

Nótese que de la redacción de las normas aplicables fluye casi uniformemente la tipificación del acto prohibido como uno en que la propia empresa que es soporte de otros servicios (ya sea como proveedora de un servicio utilizado por otros operadores o como soporte de un servicio de valor añadido) también compite con las empresas a las que le da soporte para sus actividades.

#### **ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD EN LA LEGISLACIÓN PERUANA DE TELECOMUNICACIONES**

***“(…)La neutralidad aquí no se puede entender en el sentido de imparcialidad(…) Es necesario entender la neutralidad como una no intervención objetiva en la situación de competencia en el mercado(…)”***

En tal sentido, la neutralidad está tipificada en nuestra legislación de telecomunicaciones como un supuesto en el que necesariamente la parte obligada a guardar este comportamiento «neutral» es también un competidor en el mercado relevante en el que sus «clientes». En otras palabras, la neutralidad en nuestra legislación es aplicable ante una situación de conflicto de intereses claramente emergente de las actividades en la que la empresa proveedora o «soportadora» de los servicios se

encuentra involucrada. Esto excluye concretamente de la aplicación del principio de neutralidad a empresas que siendo soporte de otros servicios no compiten con sus «clientes» directa o indirectamente. Esto genera una peligrosa situación en la que el interés ulterior de una empresa proveedora o de soporte de otros servicios tuviera una intención de ya sea beneficiar a uno de sus «clientes» (operadores) o eventualmente de perjudicar a otro de ellos por razones estratégicas no claramente atribuibles a un interés económico inmediato o directo. Sin embargo, entendemos que en esta situación es aplicable otro principio contenido en la legislación peruana de telecomunicaciones, el cual es el «Principio de No Discriminación»<sup>6</sup>.

6 El Principio de No Discriminación está definido en el artículo 10° del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones: «Las empresas prestadoras de dichos servicios, de acuerdo a la oferta disponible, no pueden negar el servicio a ninguna persona natural o jurídica que cumpla con las condiciones establecidas para dicho servicio». En tal sentido, buscando entender la diferencia entre el Principio de Neutralidad y el de No Discriminación, se entiende que el segundo de ellos supone casos en los cuales una empresa trata de manera distinta y perjudicial a uno de sus clientes, en relación al trato que le da a otros. En ese sentido, el Principio de No Discriminación es genérico, pudiendo afirmarse que el Principio de Neutralidad una especie de discriminación, bajo supuestos mucho más restringidos y que son materia de análisis en el presente documento.



Dentro de estos parámetros, para que un operador determinado esté en posibilidad de intervenir materialmente en este «conflicto bélico» a favor de sí mismo o de una empresa vinculada en otro mercado se requiere necesariamente algún «poder» que le permita materialmente beneficiar a una de las partes.

Ese poder constituye una capacidad real y objetiva de influir en un mercado relevante a favor de sí misma respecto de sus competidores. Esta capacidad puede manifestarse desde la perspectiva técnica, económica o jurídica. Desde el punto de vista técnico, la empresa que puede influir en el mercado que a su vez soporta a través de sus servicios debe tener efectivamente la capacidad de afectar concreta y efectivamente a sus competidores en el mercado. Es decir, debe establecerse una relación de causalidad entre la acción del proveedor del soporte y el perjuicio sufrido por el competidor. Típicamente hablamos de servicios que dependen técnicamente de un proveedor de servicios de telecomunicaciones. Ya sea a través de su actividad como (i) proveedor de servicios de telecomunicaciones a otros operadores de servicios finales o portadores, en calidad de su condición de portador de sus señales o (ii) proveedor de servicios a otros operadores de servicios de telecomunicaciones de valor añadido que se soportan en el servicio portador o final que opera.

Desde el punto de vista jurídico, podríamos hacer referencia a la discriminación en el ejercicio de los derechos legales o contractuales que una persona natural o jurídica aplica en sus relaciones jurídicas con operadores de servicios de telecomunicaciones en un mismo mercado relevante.

Desde el punto de vista económico resulta lo más obvio hacer referencia a las condiciones económicas más ventajosas que un operador puede otorgar a uno de los competidores de otro mercado relevante.

Adicionalmente, el artículo 37° del Decreto Legislativo 702 hace referencia puntual a la existencia de subsidios cruzados entre empresa-soporte y empresa-cliente como una forma de vulnerar el principio de neutralidad. En tal sentido se establece la obligación de llevar contabilidad separada por parte de una misma empresa que preste diversos servicios de telecomunicaciones. Esta obligación es en realidad una medida preventiva de situaciones que pudieran dar lugar

a la violación del principio de neutralidad en el ámbito económico, ya que las empresas vinculadas pueden — a través de subsidios cruzados — establecer condiciones más favorables que las que cuentan los competidores de la empresa vinculada a aquella que puede aplicar el subsidio.

Por otro lado, hay que recordar que las normas aplicables también nos llevan al supuesto de una capacidad de influir en la competencia entre terceros en otro mercado relevante a través de «prácticas restrictivas de la libre competencia», lo cual nos lleva directamente a la aplicación de las normas de libre competencia contenidas en el Decreto Legislativo 701, concretamente en las prácticas contenidas el artículo 3° de esta norma.<sup>7</sup> La aplicación de los principios generales sobre libre competencia en materia de telecomunicaciones se encuentra contenida en los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ambito de las Telecomunicaciones, Resolución de Consejo Directivo de Osiptel No. 003-2000-CD/OSIPTTEL.

Resulta importante resaltar la innecesariamente complicada redacción del artículo 11° del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones<sup>8</sup>, que tras definir el concepto de la neutralidad, le agrega a dicha definición la frase «...mediante prácticas restrictivas de la libre y leal competencia» con lo que se da a entender que la infracción de las normas de libre competencia es un requisito «agregado» en el análisis que deba efectuarse para la determinación de la existencia de un acto violatorio del Principio de Neutralidad. Es decir, a nivel conceptual, se requeriría que al interferir un cierto operador de servicios de telecomunicaciones en un determinado mercado relevante en el que beneficia a sí mismo como competidor perjudicando a los otros a través de este «poder» técnico, económico o jurídico, además habría que determinar en una «segunda fase» si el medio por el que ejerce estos actos califica como un acto violatorio de las normas de libre competencia, cuando en realidad, esta capacidad o poder de perjudicar a un operador de telecomunicaciones en un mercado en el que compite con él no necesariamente está o tendría que estar contemplado en la normatividad general de libre competencia, o en todo caso, conceptualmente, no tendría por qué adherirse este criterio que impone una especie de «doble análisis».

7 El artículo 3° del D.L. 701 se refiere a dos categorías: El abuso de posición de dominio y a las prácticas que impiden, limiten restrinjan o distorsionen la competencia. Para un análisis exegético de estos conceptos, ver Flint, Pinkas. Tratado de Defensa de la Libre Competencia. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial 2002, Páginas 1143 y siguientes.

8 Esto también es repetido en el texto del artículo 8° del T.U.O. de las Normas de Interconexión.

En realidad el concepto de Principio de Neutralidad está vinculado en buena parte al concepto del Derecho Norteamericano de «Monopoly Leveraging», relacionado a su vez con la doctrina de las facilidades esenciales (o «Essential Facilities Doctrine»). En efecto, este concepto supone la aplicación del artículo 2 de la norma antimonopolio primigenia (*Sherman Act*), la cual prohíbe la «monopolización», a casos en que una empresa, ejerce solamente una influencia en un mercado distinto al aquél en que compite haciendo uso de un poder o capacidad de influir en este otro mercado<sup>9</sup>.

### **ALGUNOS ALCANCES CONCRETOS QUE PUEDE SIGNIFICAR UNA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD**

Bajo esta óptica, la neutralidad, desde el punto de vista técnico, debe significar el no beneficiar en ese plano a una de las partes en competencia mediante algún tipo de prestación que ponga a una de las empresas en mejor situación de competir frente a la otra u otras. Algunos de los supuestos contemplados podría ser el brindar a una empresa condiciones técnicas más ventajosas, tales como una mayor capacidad a nivel de enlaces o de mayor ancho de banda (para el caso de servicios portadores). El nivel menos sutil de comportamiento violatorio sería el de la negativa de proveer un servicio o una facilidad a un competidor en beneficio de otro.<sup>10</sup>

Se entiende que para que una empresa tenga el poder de beneficiarse con relación a entre otros competidores debe estar en la capacidad fáctica de hacerlo. Por eso es necesario que, por ejemplo, la empresa sujeta a esta obligación de no hacer esté en condiciones técnicas de realizar un acto violatorio. Y esto sucede – desde el punto de vista técnico – cuando esta empresa es soporte para la prestación de servicios de los competidores. Es decir, operadores cuya red o servicios de telecomunicaciones son usadas por

operadores de otros servicios. Esto se da típicamente en concesionarios portadores locales o de larga distancia, cuya red es usada por competidores de otros mercados de servicios finales o de valor añadido, pero también se pueden dar casos en los que operadores de servicios finales que son usadas por otros operadores para servicios suplementarios. Obviamente se da cuando el operador sujeto a las obligaciones derivadas del Principio de Neutralidad tiene el control de una instalación esencial para el competidor de su empresa vinculada en otro mercado. La sola evidencia del control de una instalación esencial da lugar a la existencia de la situación de «ser soporte para otros servicios» y en tal sentido no es necesario acudir al análisis previo de la existencia o no de una posición de dominio en el mercado relevante para determinar el acto restrictivo o discriminatorio en el que podría haber incurrido la empresa que controla la facilidad esencial.

La Resolución de Consejo Directivo N° 004-2004-CD/OSIPTel, la cual regula la obligación de compartir información por parte de los operadores de telefonía fija que a la vez son concesionarios del servicio portador de larga distancia, extiende el alcance del principio de neutralidad al uso de información por parte de empresas verticalmente integradas. En tal sentido, la norma enuncia en su parte considerativa:

«Que, al respecto, y de acuerdo a lo previsto por el principio de neutralidad recogido en el artículo 9<sup>o</sup><sup>11</sup> del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones y en el artículo 5<sup>o</sup> del Reglamento General de OSIPTel, un concesionario que brinda el servicio público de telefonía local y el servicio de portador de larga distancia no puede aprovechar tal situación para prestar este último servicio en condiciones de mayor ventaja y en detrimento de sus competidores. En tal sentido, dicho concesionario debe poner a disposición de sus competidores las mismas condiciones que se brinda a sí mismo en la prestación del servicio portador de larga distancia.»<sup>12</sup>

9 Quizás el caso más emblemático y discutido en el Derecho Norteamericano sobre la teoría del Monopoly Leveraging es el de Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp., US 105 S.Ct. 2847 (1985), en el que el poder o «soporte de otros servicios» que ejerce el demandado es calificado como «facilidad esencial». En otras palabras, en el Derecho Norteamericano, la calificación de facilidad esencial es el concepto clave para determinar la posibilidad de establecer el «Leveraging Monopoly», normalmente expresado como una negativa a contratar. En tal sentido, cuando un agente en el mercado tiene el control de una facilidad esencial y se niega a tratar con un agente de mercado cuya actividad depende del uso de esa facilidad esencial, está infringiendo el artículo 2 de la Sherman Act, un concepto equivalente – para efectos del presente artículo – a un abuso de posición de dominio del mercado. Ciertamente, en lo que se refiere al Principio de Neutralidad en la legislación peruana de telecomunicaciones, estamos realmente frente a otros requisitos tales como el ser el soporte de otro servicio o el sólo hecho de tener una posición de dominio en el mercado, las cuales son condiciones distintas del controlar una facilidad o instalación esencial.

Ver también: Holmes, William C. Antitrust Law Handbook, Clark Boardman Company, LTD. 1988.

10 El caso más emblemático visto por Osipitel sobre esta situación se vio en 1997 cuando Tele 2000 S.A. demandó a Telefónica del Perú S.A.A. por negarse a brindarle el servicio de Roaming Automático Nacional, siendo la propia Telefónica la única empresa que contaba con concesión para brindar el servicio público de telefonía móvil celular en el ámbito geográfico del territorio peruano fuera de las provincias de Lima y Callao (Área 2). El OSIPTel determinó que en este caso se había afectado el principio de neutralidad y ordenó a Telefónica que le brindase a Tele 2000 la prestación solicitada.

11 Hoy artículo 11°.

12 Undécimo Considerando de la norma citada.



Lo interesante de este «desarrollo» del principio de neutralidad es que constituye en sí mismo una extensión normativa del mismo y no una aplicación concreta. Es decir, estrictamente hablando, se está estableciendo una nueva regla general inspirada en el principio de neutralidad. Si analizamos los supuestos de hecho contemplados en el párrafo anterior, la aplicación estricta y literal del principio de neutralidad no es suficiente para determinar que las empresas que son concesionarias de telefonía fija y de larga distancia a la vez podrían, por el sólo hecho de serlas, afectar el principio de neutralidad al no compartir determinada información con empresas competidoras de larga distancia. En este desarrollo habría que presumir, por ejemplo, la existencia de alguna acción u omisión de parte de este operador integrado que signifique una vulneración a las normas de libre competencia. Como se sabe, esto no se puede presumir, sino demostrar. Es en tal sentido que, correctamente, OSIPTEL genera una norma distinta aunque inspirada en el principio de neutralidad, más que una norma directamente aplicativa de este principio.

Es de notar que la norma comentada establece dos peculiaridades adicionales: La primera es que a diferencia del principio de neutralidad que es enunciado como una obligación de no hacer, la norma establece, inspirándose en el principio citado, más bien una obligación de hacer. La segunda es que considera al insumo «información» como una herramienta competitiva de una importancia tal, que considera que su uso puede generar fuertes distorsiones en la competencia. El insumo información no es en sí un «soporte» de otros servicios, tal como se establece en el enunciado del principio comentado, pero sin duda su uso no compartido puede generar grandes beneficios competitivos para las empresas que manejen en exclusividad dicho insumo.

### **CONCLUSIONES**

Sin duda el principio de neutralidad es una institución bastante particular en el derecho de las telecomunicaciones y su aplicación requiere un análisis

detallado para determinar la existencia de las condiciones establecidas en la normatividad existente.

Hay que establecer claramente la distinción entre los supuestos que separan la aplicación del Principio de Neutralidad con el de No Discriminación, ya que la Neutralidad supone no discriminar. En general se puede establecer que genéricamente hablando, la neutralidad es una forma de discriminación, pero por sus características peculiares, es necesario que adopte un desarrollo específico.

Finalmente, resulta claro que por la confusa redacción del artículo 11° del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, se hace complicado aplicar en la práctica el Principio de Neutralidad, dados las dos «fases» que la definición incorpora.

Sin embargo, cabe rescatar que el principio de neutralidad viene cobrando, más allá de una aplicación concreta a casos particulares, un carácter inspirador de medidas regulatorias que superan su enunciación primigenia y abren las puertas a una más dinámica y eficiente regulación del mercado de las telecomunicaciones en búsqueda del fortalecimiento de la competencia.

Queda por determinar el alcance específico a nivel regulatorio de la problemática surgida de la imposición de obligaciones de compartir insumos o recursos por parte de las empresas que tienen posición de dominio en un determinado mercado de servicios de telecomunicaciones. El principal tema a resolver aquí es solucionar en cada caso concreto la contradicción básica de las normas de libre competencia que imponen este tipo de obligaciones de hacer a «los poderosos». Es decir, cuál es el punto en el que el obligar a estas empresas a realizar prestaciones o a compartir recursos puede significar una desmotivación a la inversión o a la innovación. Lo que resulta claro es que el Estado aparentemente tiene muy presente esos límites cuando incorpora esa variable en el artículo 4° del Reglamento de OSIPTEL, arriba transcrito. 