



EXP. N.º 005-2003-AI/TC
LIMA
CONGRESISTAS DE LA REPÚBLICA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 3 días del mes de octubre de 2003, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Rey Terry, Aguirre Roca, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Acción de inconstitucionalidad interpuesta por sesenta y cuatro Congresistas de la República, representados por el Congresista Jonhy Lescano Ancieta, contra los artículos 1º, 2º, 3º, y la Primera y Segunda Disposición Final y Transitoria de la Ley N.º 26285, publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 14 de enero de 1994. Acumulativamente, solicitan que se declare inconstitucional el contrato-ley de concesión celebrado entre la Compañía Peruana de Teléfonos, hoy Telefónica del Perú S.A.A., y el Estado peruano.

FUNDAMENTOS

§1. Petitorio

1. El objeto de la demanda es que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 1º, 2º y 3º, la Primera y Segunda Disposición Final y Transitoria de la Ley N.º. 26285 y, acumulativamente, del “contrato-ley” de concesión celebrado entre el Estado peruano y la Compañía Peruana de Teléfonos, hoy Telefónica del Perú S.A.A.

(...)

§7. Mandato constitucional de prohibición del establecimiento de monopolios y la VIII Disposición Final de la Constitución. El Principio de Unidad en la interpretación constitucional.

7. Resuelto de ese modo el problema en torno al valor normativo de las disposiciones transitorias y finales de la Constitución, ahora el Tribunal Constitucional debe precisar que los problemas que se puedan presentar en el reconocimiento y coexistencia de diversos bienes constitucionales, y los aparentes conflictos que entre ellos se puedan suscitar, no se resuelven en un esquema de validez/invalidéz, sino mediante los diversos criterios de interpretación constitucional o las técnicas con las que se ha autorizado a este Tribunal Constitucional para resolver colisiones entre bienes constitucionalmente protegidos [principio de unidad de la Constitución, concordancia práctica, eficacia integradora, o técnicas como el *balancing*, o ponderación, y el mismo principio de proporcionalidad, según sea el caso].
8. Precisamente, la aparente antinomia denunciada por los demandantes, esto es, la probable contradicción entre el artículo 61º de la Constitución y su Octava Disposición



Transitoria, en su segunda fracción, es un tema que debe resolverse empleando los criterios específicos de interpretación constitucional y, en particular, con aquel que se denomina “principio de unidad de la Constitución”. Como se sabe, según este criterio de interpretación, el operador jurisdiccional debe considerar que la Constitución no es *una* norma (en singular), sino, en realidad, un *ordenamiento* en sí mismo, compuesto por una pluralidad de disposiciones que forman una unidad de conjunto y de sentido.

Desde esta perspectiva, el operador jurisdiccional, al interpretar cada una de sus cláusulas, no ha de entenderlas como si cada una de ellas fuera compartimentos estancos o aislados, sino cuidando de que se preserve la unidad de conjunto y de sentido, cuyo núcleo básico lo constituyen las decisiones políticas fundamentales expresadas por el Poder Constituyente. Por ello, ha de evitarse una interpretación de la Constitución que genere superposición de normas, normas contradictorias o redundantes.

9. Una interpretación de las disposiciones constitucionales involucradas con el tema del monopolio, a partir del principio de unidad, impide a este Tribunal Constitucional considerar que exista, como se ha denunciado, una “antinomia” entre el artículo 61° de la Constitución y la segunda fracción de su Octava Disposición Final.

Mediante la primera de las disposiciones constitucionales, en efecto, se ha previsto, como regla general, y en lo que ahora interesa, que “ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios”, mientras que con la segunda fracción de la VIII Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que existe prioridad en el dictado de leyes “relativas a los mecanismos y al proceso para eliminar progresivamente los monopolios legales otorgados en las concesiones y licencias de servicios públicos”.

De esta manera, si con el artículo 61° de la Constitución se prohíbe, *ex novo*, la creación o el establecimiento de monopolios legales, con la Octava Disposición Final se establece un mandato al legislador para que, respecto a los monopolios preexistentes (segunda fracción), se dicten las leyes necesarias que prevean los mecanismos y el proceso para eliminarlos progresivamente. Lo que significa que lejos de presentarse un problema de incoherencia entre dos disposiciones constitucionales, existe, por el contrario, una relación de complemento entre ellas.

10. En torno a ello, los demandantes sostienen que a partir del día en que entró en vigencia la Constitución de 1993, esto es, a partir del 31 de diciembre de 1993, el legislador se encontraba imposibilitado de crear o establecer monopolios legales. Consideran, por ello, que el artículo 1° de la Ley N.° 26285, promulgado con posterioridad a la entrada en vigencia de la Carta de 1993, viola su artículo 62°, pues, pese a estar prohibido, creó, *ex novo*, un monopolio legal.

Sustentando tal posición, se ha argüido que, con anterioridad a la expedición de la Constitución de 1993, no podían existir monopolios, ya que por expreso mandato del artículo 133° de la Constitución de 1979^[1], éstos estaban prohibidos. Y, en la audiencia pública, se ha sostenido que las leyes y normas que regulaban a las otrora

^[1] “Artículo 133°: “Están prohibidos los monopolios, oligopolios, acaparamientos, prácticas y acuerdos respectivos en la actividad industrial y mercantil. La ley asegura la norma actividad del mercado y establece las sanciones correspondientes”.



empresas Compañía Peruana de Teléfonos –CPTSA- y Empresa Nacional de Telecomunicaciones –ENTEL PERÚ- no habían creado en favor de ellas un monopolio legal. A su juicio, con ello se acreditaría que el artículo 1° de la Ley N.° 26285 no desmonopolizaría la prestación de un servicio público, sino, en buena cuenta, crearía un monopolio legal en la prestación de los servicios de telecomunicaciones de telefonía fija local y de servicios de portadores de larga distancia nacional e internacional, al fijar un “periodo de concurrencia limitada durante el cual se adecuarán estos servicios a un régimen de libre competencia”.

11. Al contestar la demanda, el apoderado del Congreso de la República ha sostenido que este extremo de la demanda (e, inclusive, la que se extiende a la impugnación del artículo 2° de la Ley cuestionada), debe declararse improcedente, pues, en concreto, dichos preceptos legales ya agotaron totalmente sus efectos. A su juicio, los artículos 1° y 2° de la Ley N.° 26285 establecieron que el periodo de concurrencia limitada para la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones de telefonía fija local y de servicios de portadores de larga distancia nacional e internacional, de conformidad con la Segunda Disposición Final y Transitoria de la misma Ley, no podían ser mayores a cinco años, contados desde la fecha de otorgamiento de las nuevas concesiones. Alega que dichos contratos fueron suscritos el 16 de mayo de 1994 y, de acuerdo con el Decreto Supremo N.° 021-98-MTC, [que aprueba las modificaciones a los contratos de concesión celebrados entre el Estado y Telefónica del Perú S.A.A, en particular su cláusula segunda de la adenda], se fijó el vencimiento del periodo de concurrencia limitado para la prestación del servicio de telefonía fija local para el 1 de agosto de 1998.

A fin de contradecir este último argumento, los demandantes han sostenido que no existe tal cesación de los efectos del artículo 1° de la Ley N.° 26285, pues, pese a haber vencido el periodo de concurrencia limitada establecido en la prestación de los servicios públicos a los que se refiere dicho artículo, éste aún persiste. Para acreditarlo, han adjuntado una carta dirigida por Telefónica del Perú a TIM, en la que, a la pregunta de si ésta última puede establecer una tarifa que cobre el servicio por segundos, Telefónica del Perú contesta de modo negativo. A su juicio, tal documento constituye una prueba de que dicho periodo de concurrencia limitada aún persiste, por lo que cabe realizar el control de constitucionalidad sobre el mencionado artículo 1° de la Ley N.° 26285.

12. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional comparte parcialmente los criterios sostenidos por los demandantes. En efecto, como se sostiene en la demanda, el artículo 61° de la Constitución prohíbe al legislador crear o establecer nuevos monopolios mediante ley: “Ninguna ley –refiere dicho precepto constitucional- ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios”.

Pero esa prohibición de crear monopolios legales no puede extenderse análogamente, a la regulación de los mecanismos y el proceso de eliminación de los monopolios preexistentes a la Constitución de 1993. Como antes se ha señalado, a través de la segunda fracción de la VIII Disposición Final y Transitoria de la Constitución se ha establecido un mandato de legislar, con carácter prioritario, sobre el proceso y los mecanismos para eliminar los monopolios que existan con anterioridad a su entrada en vigencia.



Cabe, por tanto, preguntarse: ¿existía un monopolio en la prestación de los servicios de telefonía a los que se refiere la Ley N.º 26285? Legalmente, esto es, en virtud de que una ley haya creado un monopolio en la prestación de dichos servicios públicos, la respuesta es negativa. Como se expuso en la demanda, las fuentes que regulaban a la CPT y ENTEL PERÚ no disponían que los servicios públicos que éstos prestaban, lo eran a título de monopolio. Pero la inexistencia de una norma que lo estableciera no significa como es de público conocimiento, que ella no existiera. Es conocido, y sobre ello poco importa incidir más, que sólo dichas empresas estatales prestaban el servicio público de telefonía en el país, de manera que no existiendo propiamente un monopolio legal, sí existía un monopolio “natural”, que además era estatal, en la prestación de dichos servicios públicos.

13. Los demandantes han sostenido que si ese fuera el hecho, tal práctica era inconstitucional, pues el artículo 133º de la Constitución de 1979, vigente en aquel entonces, establecía que “Están prohibidos los monopolios, oligopolios, acaparamientos, prácticas y acuerdos respectivos en la actividad industrial y mercantil...”, en tanto que su artículo 134º señalaba que “La prensa, radio, televisión y demás medios de expresión y comunicación social, y en general las empresas, los bienes y los servicios relacionados con la libertad de expresión y comunicación no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio o acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares”.

Evidentemente, carece de sentido que, a los efectos de lo que aquí interesa, este Tribunal dilucide si la situación de hecho entonces imperante era incompatible con la Constitución de 1979. Después de todo, en el seno de este proceso no se juzgan hechos, sino disposiciones normativas, y el parámetro con el que el Tribunal efectúa el control de esas disposiciones normativas está integrado siempre por la Constitución vigente. Importa, sí, destacar que, una vez advertida la situación de facto, esto es, la existencia de un monopolio estatal en la prestación de los servicios públicos de telefonía, tal circunstancia era por sí misma suficiente para que este Tribunal considerase que la regulación de la prestación de estos servicios públicos se encontraba dentro de los alcances de la segunda fracción de la Octava Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993; esto es, que sobre tal servicio público existía la obligación constitucional de dictarse leyes, con carácter prioritario, que regulasen los mecanismos y el proceso tendientes a su eliminación progresiva.

14. Ahora bien, probado que la desmonopolización progresiva en la prestación de los servicios públicos de telefonía está dentro de los alcances de la segunda fracción de la Octava Disposición Final de la Constitución, la cuestión a dilucidar ahora es: ¿so pretexto de desmonopolizar progresivamente, se puede crear un monopolio legal, un periodo de concurrencia limitada, como refiere el artículo 1º de la Ley N.º 26285?

Con independencia de que ello esté o no prohibido por el artículo 62º de la Constitución, el Tribunal Constitucional considera que sobre este extremo carece de objeto pronunciarse sobre el fondo de la materia, pues el artículo 1º de la Ley N.º 26285 [y, por extensión, la Segunda Disposición Final y Transitoria de la misma Ley] cesó en su eficacia, al fijar un periodo de concurrencia limitada por el término de cinco años, que ya ha fenecido.



De modo que también debe desestimarse este extremo de la pretensión.

§8. Contratos de concesión y contratos-ley

15. Por otro lado, se alega que el artículo 3° de la Ley N.° 26285 transgrede el artículo 62° de la Constitución. Dicho precepto legal establece que:

“Los contratos de concesión que celebre el Estado para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones tienen el carácter de contrato-ley”.

Por su parte, el segundo párrafo del artículo 62° de la Constitución prevé que:

“(…) Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente”.

16. A juicio de los demandantes, mediante los contratos ley el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. Tales contratos-ley “(…) son denominados también contratos de estabilidad jurídica o de estabilidad tributaria” e implican “la ultraactividad de las normas vigentes al momento de suscribir los contratos”, “de manera que no pueden ser modificados o dejados sin efecto unilateralmente por el Estado”.

En ese sentido, sostienen, los contratos de concesión otorgados por el Estado “son contratos administrativos que tienen por finalidad que el Estado otorgue a personas jurídicas nacionales o extranjeras la ejecución y explotación de determinadas obras públicas de infraestructura o la prestación de servicios públicos”; mientras que los convenios de estabilidad jurídica regulados por el artículo 1357° del Código Civil, tienen naturaleza civil y fuerza de ley. Alegan que la finalidad de estos contratos es establecer y otorgar seguridades por parte del Estado a los inversionistas, “(…) lo que no sucede con los contratos de concesión”, que no son “contratos-ley”, “dado que las referidas concesiones tienen regulación propia y específica”. Por último, sostienen que la disposición legal impugnada “(…) resulta ilegal por atentar contra el artículo 1357° del Código Civil y el artículo 39° del Decreto Legislativo N.° 757”, que disponen que mediante contratos ley sólo se otorgan garantías y seguridades, tales como estabilidad jurídica, tributaria y de no discriminación; no contemplando, por tanto, la posibilidad de que los contratos de concesión puedan constituirse en convenios con fuerza de ley.

En suma, el problema constitucional que se plantea sobre la impugnación del artículo 3° de la Ley N.° 26285, es si una concesión de prestación de un servicio público, como el de telefonía, puede revestirse bajo la modalidad de un contrato-ley.

17. En el segundo párrafo del artículo 62° de la Norma Suprema se ha constitucionalizado el denominado “contrato-ley”. Esta institución no tiene precedentes en nuestro constitucionalismo histórico y tampoco en el constitucionalismo comparado. Como tal, se forjó en el plano legislativo de algunos países latinoamericanos, de donde fue tomada e incorporada a nuestro ordenamiento. Primero, en el plano legislativo (v. gr.



artículo 1357° del Código Civil) y, posteriormente, a nivel constitucional (artículo 62°).

Su aparición y posterior desarrollo, ha estado básicamente vinculado con la promoción de las inversiones privadas. Mediante el contrato-ley, en efecto, los Estados han previsto fórmulas contractuales mediante las cuales se ha otorgado a los co-contratantes ámbitos de seguridad jurídica, a fin de favorecer la inversión privada dentro de sus economías. Esas garantías y seguridades, por cierto, varían de país a país e, incluso, en función de la actividad económica en cuyo sector se busca promover la inversión privada.

Una cosa semejante sucede en nuestro país, a la luz de la revisión de la legislación sobre la materia. Así, por ejemplo, el Decreto Legislativo N.° 662, con carácter general, otorga a los inversionistas estabilidad en el régimen tributario, en el régimen de libre disponibilidad y transferencia de divisas, entre otros. El Decreto Legislativo N.° 757 extiende los alcances sobre estabilidad que contiene el Decreto Legislativo N.° 662 a los inversionistas nacionales, y amplía los regímenes de estabilidad a algunos supuestos adicionales de inversión. Por su parte, la Ley General de Minería (Decreto Legislativo N.° 708, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por Decreto Supremo N.° 014-92-EM) promueve a favor de los titulares de la actividad minera estabilidad tributaria, cambiaria y administrativa. Lo mismo sucede con la Ley de Hidrocarburos (N.° 26221), que garantiza a los contratistas que los regímenes cambiarios y tributarios vigentes a la fecha de suscripción del contrato permanecerán inalterables durante su vigencia. Otro tanto se fijó en la Ley de Concesiones Eléctricas (N.° 25844), que extiende las garantías a los que se refieren los Decretos Legislativos N.°s 662, 668 y 757, entre otros rubros de la economía nacional.

Se han querido destacar estos ámbitos en los que el legislador ha establecido la posibilidad de que el Estado suscriba convenios de seguridad y estabilidad jurídicas, para poner de relieve que tales garantías y seguridades se brindaron en diversos sectores de la economía nacional.

18. Los demandantes, por cierto, no cuestionan esta realidad. Controvierten, por el contrario, que se haya revestido con las características de un contrato-ley al contrato de concesión en la prestación del servicio de telefonía. A su juicio, la única materia sujeta al régimen del contrato-ley sería el de estabilidad jurídica, tributaria y no discriminación; y no, como se ha efectuado, sobre el contenido del contrato de concesión.

La segunda parte del artículo 62° de la Constitución, no precisa qué es lo que debe entenderse por contrato-ley y tampoco, en línea de principio, cuál pueda ser su contenido. Se limita a señalar que “(...) mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades...”.

Pese a ello, puede precisarse que el contrato-ley es un convenio que pueden suscribir los contratantes con el Estado, en los casos y sobre las materias que mediante ley se autorice. Por medio de él, el Estado puede crear garantías y otorgar seguridades, otorgándoles a ambas el carácter de intangibles. Es decir, mediante tales contratos-ley, el Estado, en ejercicio de su *ius imperium*, crea garantías y otorga seguridades y, al



suscribir el contrato-ley, se somete plenamente al régimen jurídico previsto en el contrato y a las disposiciones legales a cuyo amparo se suscribió éste.

19. En la doctrina nacional se discute sobre su naturaleza jurídica. Para unos, se trataría de un contrato civil. Para otros, de un contrato administrativo. Autores hay también que sostienen que el régimen jurídico de los contratos en los que participa el Estado no puede fijarse en abstracto, sino que depende de las reglas específicas que cada uno de ellos contenga. Evidentemente, la naturaleza que se le pueda atribuir al contrato ley – contrato civil o contrato administrativo- depende del contenido que éste pueda tener en cada caso concreto que se suscriba, de manera que, en abstracto, no cabe que se la fije. En cualquier caso, de una interpretación a rima obligada del artículo 62° de la Constitución con el artículo 1357° del Código Civil, se desprende que el contenido de los contratos-ley puede y debe sustentarse en razones de interés social, nacional o público. De manera que el Tribunal considera que nada impide que pueda suscribirse, mediante esta modalidad de contratación, la prestación de servicios públicos, como el de telefonía.

No obstante, los demandantes alegan que el contenido del contrato ley, o dicho de otro modo, las garantías y seguridades que el Estado puede establecer mediante esta modalidad de contratación, no pueden comprender a la concesión del servicio de telefonía, sino sólo al régimen de estabilidad jurídica y tributaria. El Tribunal Constitucional no comparte una interpretación restrictiva sobre el contenido del contrato-ley, como el que exponen los demandantes. Por un lado, porque el segundo párrafo del artículo 62° de la Constitución establece que “mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades”, sin establecer qué tipo de garantías y seguridades son las que se pueden brindar. Y, de otro, porque en la práctica una aseveración como la que expresan los demandantes, lejos de optimizar que se cumpla el *telos* de la institución del contrato-ley, lo termina desnaturalizando.

Por su propia naturaleza, a través del contrato-ley, el Estado busca atraer inversiones privadas (de capital) a fin de que promuevan aquellas actividades que el Estado considera que vienen siendo insuficientemente desarrolladas, de acuerdo con los planes y objetivos que se pueda haber trazado en el diseño de la política económica del Estado. Tienen como contenido propiciar un marco de seguridad a los inversionistas no sólo en asuntos privados de la administración, sino, también, en la prestación de actividades de derecho público.

Una interpretación del contenido del contrato-ley, como el que expresan los demandantes, supondría forzosamente admitir que no toda la institución del contrato-ley se encontraría revestida de la garantía de inmodificabilidad de sus cláusulas, sino sólo aquellas partes que se refieran a lo que los demandantes califican como garantías jurídicas y tributarias. Evidentemente, una opción de esa naturaleza no está excluida de la forma constitucionalmente adecuada de comprender el régimen constitucional de los contratos-leyes. Pero tampoco la otra es decir, aquella según la cual, entre las garantías que el Estado establezca y las seguridades que éste otorgue, se encuentren todas las fórmulas del contrato suscrito o por suscribirse.

De manera que, en abstracto, no existe una limitación para que el Estado, mediante el contrato-ley, sólo extienda las garantías que se derivan de su suscripción al ámbito



tributario o jurídico. Puede perfectamente extenderse, dentro de los límites que la Constitución y la ley fijen, a todas las cláusulas contractuales, en aquellos casos en los que el contrato-ley constituya un contrato administrativo, precisamente con el objeto de que, con posterioridad a su suscripción, el Estado no invoque la existencia de una cláusula exorbitante y se desvincule de los términos contractuales pactados.

En el caso del contrato-ley al que se refiere el Fundamento N.º 1. de esta sentencia, no todos los aspectos de los contratos celebrados entre el Estado peruano y Telefónica del Perú pertenecen al ámbito de protección que brinda el contrato-ley. “En efecto –como lo ha indicado la Defensoría del Pueblo, en su Informe sobre la libre competencia en los términos de los contratos-ley suscritos entre el Estado y Telefónica del Perú– el artículo 1º de la referida Ley N.º 26285 circunscribe sus disposiciones normativas a los servicios públicos de telecomunicaciones de telefonía fija local y de servicios de portadores de larga distancia nacional e internacional. Por su parte, el artículo 4º de dicha ley excluye expresamente a los servicios de difusión, telefonía móvil en sus distintas modalidades, de buscapersonas, teléfonos públicos, servicios de valor añadido y servicios portadores locales”.

Por ello, a tenor del segundo párrafo del artículo 62º de la Constitución, así como del mismo artículo 1357º del Código Civil, tanto la autorización para la suscripción u otorgamiento de un contrato-ley, como la inclusión de determinadas relaciones jurídico-patrimoniales en aquél, deben fundarse en un interés público específico, lo que significa que el otorgamiento de un contrato-ley no puede considerarse como un acto de pura libertad contractual ni meramente discrecional, tanto para el legislador como para los órganos de la administración pública.

Una interpretación de la institución en los términos antes indicados se aviene con el *telos* de la inserción del contrato-ley a nivel constitucional. En efecto, si como antes se ha indicado, la aparición y consagración normativa del contrato-ley está vinculada con la promoción de las inversiones privadas en las economías nacionales, dentro de un esquema en el que se ofrezca a los inversionistas seguridades, entonces, no es constitucionalmente adecuado que se realice una interpretación de los alcances de la institución que, antes de optimizarla, le reste operatividad.

20. En ese orden de ideas, este Tribunal precisa que no sólo gozan de inmodificabilidad las cláusulas que compongan el contrato-ley, cuando así se acuerde, sino también el estatuto jurídico particular fijado para su suscripción. Es decir, tanto la legislación a cuyo amparo se suscribe el contrato-ley, como las cláusulas de este último.

Ello es producto de una interpretación sistemática de los dos párrafos del artículo 62º de la Constitución. Por un lado, de conformidad con la primera parte de dicho precepto constitucional, y no sólo respecto a los términos contractuales que contenga el contrato-ley, sino, en general, para todo término contractual, éstos “no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase”.

Por otro lado, y en lo que se refiere únicamente a los contratos-leyes, la legislación a cuyo amparo éste se suscribe, “no puede ser modificada legislativamente” como lo prescribe la última parte del artículo 62º de la Constitución. Dicho de otro modo; aunque el legislador pueda modificar el régimen legal de suscripción de un contrato-



ley, tal modificación no alcanza a quienes, con anterioridad a ella, hubieran suscrito dicho contrato-ley.

De esta forma, el artículo 62° de la Constitución, al igual que en la Primera Disposición Final de la Ley Fundamental, establece una nueva excepción a la regla general contenida en el artículo 109° de la Constitución, según la cual “La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial...”. De allí que el Tribunal considere superfluo, desde el punto de vista constitucional, que pese a no existir una ley o norma con rango de ley que establezca la posibilidad de aplicar ultraactivamente la legislación a cuyo amparo se suscribió un contrato-ley, éste contenido se haya formulado en el artículo 24° del Decreto Supremo N°. 162-92-EF.

21. Los demandantes también han considerado que el artículo 3° de la Ley N.° 26825 “resulta ilegal por atentar contra el artículo 1357° del Código Civil y el artículo 39° del Decreto Legislativo N.° 757”. A juicio del Tribunal Constitucional, la eventual incompatibilidad entre una disposición con rango de ley, como el artículo 3° de la Ley N.° 26825, y otra de su mismo rango, como el artículo 1357° del Código Civil, no genera un problema de invalidez constitucional entre ambas (de “ilegalidad” se alude en la demanda). La colisión entre disposiciones del mismo rango no genera la invalidez de una de ellas, sino una antinomia que se soluciona conforme a diversas técnicas, como la “ley posterior deroga ley anterior”; “ley especial deroga ley general”, etc. Tampoco por supuesto, *per se*, la incompatibilidad *constitucional* de algunas de ellas.

§9. La Ley N.° 26285 y las leyes de desarrollo constitucional

22. Por otro lado, se sostiene que “(...) los artículos 1°, 2°, 3° y Primera Disposición Final y Transitoria de la ley impugnada, en la parte referida a que se considera ley de *desarrollo constitucional*, y la Segunda Disposición Final y Transitoria, en la parte referida al plazo de concurrencia limitada, violan el artículo 65° de la Constitución, por permitir monopolios y normas tarifarias en perjuicio de millones de usuarios”. En tanto que en el apartado “e” de la misma demanda, los demandantes señalan que la Primera Disposición Final y Transitoria de la Ley N.° 26825 transgrede la Octava Disposición Transitoria de la Constitución porque “no constituye una ley de desarrollo constitucional”.
23. El Tribunal Constitucional no comparte el argumento de que la Primera Disposición Final de la Ley N.° 26285 es inconstitucional por haberse previsto que ella “será considerada Ley de Desarrollo Constitucional”.

Con la expresión “Ley de desarrollo constitucional”, la Octava Disposición Final y Transitoria de la Constitución no ha creado una categoría normativa especial entre las fuentes que tienen el rango de la ley. Tal expresión no alude a una categoría unitaria de fuentes, sino a una diversidad de ellas, que tienen como elemento común constituir un desarrollo de las materias previstas en diversos preceptos constitucionales, cuya reglamentación la Norma Suprema ha encargado al legislador. Forman parte de su contenido “natural” las denominadas leyes orgánicas, en tanto que mediante ellas se regula la estructura y funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, y de otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución; así como las leyes ordinarias como las que demandan los artículos 7° y



27° de la Constitución, por poner dos ejemplos, a las que se les ha encomendado la tarea de precisar los alcances de determinados derechos o instituciones constitucionalmente previstas.

Ello significa, desde luego, que la condición de “leyes de desarrollo constitucional” no se agotan en aquellas cuyas materias se ha previsto en la Octava Disposición Final y Transitoria de la Constitución, esto es, a lo que allí se alude como leyes en materia de descentralización y las relativas a los mecanismos y al proceso para eliminar progresivamente los monopolios legales otorgados en las concesiones y licencias de servicios públicos; dado que sobre estas últimas, la Constitución sólo ha exigido del legislador cierto grado de diligencia (“prioridad”) en su dictado.

24. Los demandantes han sostenido que la denominación de “ley de desarrollo constitucional” sería incompatible con la Norma Suprema, por cuanto ésta “se debe aplicar a las concesiones y licencias de servicios públicos otorgadas antes de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1993 (...)”; es decir, antes del 01 de enero de 1994, y no con posterioridad a la misma, como es el caso del Contrato de Concesión con la empresa Telefónica del Perú S.A.A. que fue suscrito el 16 de mayo de 1994.

El Tribunal Constitucional no comparte tal criterio. Como se ha dicho, la calificación de ley de desarrollo constitucional se ha reservado para aquellas leyes que tengan el propósito de regular materias sobre las cuales la Constitución ha determinado que sea el legislador –“orgánico”, en algunos casos, y “ordinario”, en otros- quien defina, dentro de los límites que ella señala, su régimen jurídico. Y no en función de supuestos límites temporales como lo dejan entrever los demandantes.

Por otro lado, ni de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Ley N°. 26285, ni de su Segunda Disposición, se colige que hayan regulado “el Contrato de Concesión con la empresa Telefónica del Perú S.A.A que fue suscrito el 16 de mayo de 1994”. Para empezar, es jurídicamente imposible que el 14 de enero de 1994, fecha en la que se publicó la Ley N°. 26285, se haya podido regular un contrato que, como se afirma en la demanda, sólo se suscribió varios meses después (el 16 de mayo de 1994, según indican los demandantes). En segundo lugar, en ninguna de ambas disposiciones se alude a la empresa Telefónica del Perú S.A.A. Y cuando en la Segunda Disposición de la Ley N°. 26285 se hace referencia a la “Compañía Peruana de Teléfonos S.A. – CPTSA-”, es para precisar que “dentro de un plazo de 60 días desde la promulgación de la ley”, ésta deberá de adecuar las concesiones que hayan existido con la Empresa Nacional de Telecomunicaciones.

25. Es cierto que el verbo “adecuar” que aquí la Segunda Disposición Final y Transitoria utiliza no necesariamente puede entenderse respecto a contratos de concesiones ya celebrados y, por lo tanto, celebrados con anterioridad a su vigencia, sino más bien a aquellos que estén en proceso de conclusión, es decir, que a la fecha de publicación de la Ley N.º 26285, aún no se hayan suscrito.

Pero también es cierto, si ese fuera el caso, que: a) en un proceso de inconstitucionalidad de las leyes, tal problema –que es una cuestión sobre hechos- no puede ser evaluado; b) los problemas derivados de su negociación, en la antesala de la instauración de un nuevo orden constitucional y la expedición de la Ley N.º 26285,



debe ser sometido a un test de razonabilidad, en el que el necesario respeto del principio de seguridad jurídica no puede ser obviado; y, c) finalmente, tampoco se puede perder de vista que, de conformidad con el artículo 6° del Decreto Supremo N.° 013-93-TCC, publicado el 6 de mayo de 1993 [esto es, antes de la vigencia de la Constitución actual], se había previsto como deber del Estado fomentar “la libre competencia en la prestación de los servicios de telecomunicaciones, regula(r) 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”. Es decir, de la existencia de una legislación en la que se obligaba al Estado no ha eliminar progresivamente los monopolios, sino ha controlar los efectos que de esa situación se pudiera generar.

El Tribunal Constitucional no ignora que esta última disposición pudiera haber estado en colisión con el artículo 133° de la Constitución de 1979, que precisaba que “Están prohibidos los monopolios, oligopolios, acaparamiento, prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad industrial y mercantil...”. Sin embargo, como lo ha expresado en el Caso de la Legislación Antiterrorista (STC en el Exp. N.° 010-2002-A/TC), en una acción de inconstitucionalidad este Tribunal no es competente para evaluar la constitucionalidad o no de la legislación pre-constitucional de cara a la Constitución derogada, sino siempre en función de la nueva Constitución.

§10. La Supervisión y Fiscalización del Mercado de los Servicios Públicos

26. El servicio público es la prestación que efectúa la administración del Estado en forma directa e indirecta. Esta última se realiza a través de concesiones, y tiene el objeto de satisfacer necesidades de interés general. Mediante la concesión se organiza de la manera más adecuada la prestación de un servicio público por un determinado tiempo, actuando el concesionario por su propia cuenta y riesgo, y su labor o prestación será retribuida con el pago que realizan los usuarios.

La concesión se desarrolla según el régimen legal vigente y el contrato acordado, cuyo objeto fundamental es asegurar la eficiente en la prestación del servicio. La supervisión del cumplimiento de los fines de la concesión está a cargo de órganos autónomos creados por ley, como OSIPTEL o INDECOPI. Estos órganos están obligados a tutelar el derecho de los usuarios, así como el interés público, y para ello deben controlar que la prestación del servicio se realice en óptimas condiciones y a un costo razonable; ello porque si bien la concesión, como a la que se ha hecho referencia en el Fundamento N.° 1, es un contrato que puede tener un blindaje jurídico, el objeto fundamental no es el lucro, sino el servicio, el cual debe otorgarse con calidad, eficiencia y continuidad, y siempre protegiendo la seguridad, la salud pública y el medio ambiente.

Ahora bien, a pesar de que dicho control corresponde por mandato legal a los órganos reguladores, es evidente que hay una percepción de que éstos no están defendiendo apropiadamente los derechos de los usuarios y consumidores. Evidentemente, no está dentro de las competencias del Tribunal Constitucional disponer de las medidas necesarias y adecuadas para revertir una situación como la descrita. Se trata, por el contrario, de una competencia del Poder Ejecutivo –a cuya esfera pertenecen ambos



órganos–, y aun al Poder Legislativo, los que a través de la ley, y dentro de los términos de esta sentencia, pueden y deben dictar la legislación que permita una efectiva actuación de tales órganos administrativos. En este contexto, el Tribunal Constitucional, recomienda la adopción de las medidas legales y administrativas que permitan que entidades como OSIPTEL o INDECOPI, puedan funcionar y actuar adecuadamente en pro de la defensa de derechos de los usuarios y consumidores, consagrados expresamente por nuestro ordenamiento jurídico.

27. En este marco debemos analizar las consideraciones de los demandantes sobre la Ley N.º 26285, que, según afirman, viola el artículo 65º de la Constitución. Al sustentar tal pretensión, los demandantes afirman que, al concederse una serie de beneficios a favor de la empresa prestadora del servicio de telecomunicaciones, “(...) se ha dejado de defender a los millones de usuarios. Tales ventajas notoriamente desproporcionadas son el monopolio concedido a la empresa, el cobro de la renta básica, el cobro por minuto y además el pago que se hace la misma empresa por gerenciar su negocio, todo lo cual resulta sumamente nocivo a los derechos de los consumidores y usuarios”.

Al amparo de los argumentos antes expuestos, y teniendo en consideración, además, que en una acción de inconstitucionalidad este Tribunal no actúa como juez de casos, sino como “Juez de la Ley”, esto es, como garante de que los límites constitucionales impuestos a la legislación no sean sobrepasados, no puede determinar, en abstracto, si la ley impugnada lesiona los derechos de los consumidores, a no ser que se trate de un supuesto en el que surja una manifiesta irracionalidad de los resultados, como producto de la aplicación de las disposiciones impugnadas.

Y, como se deriva del contenido de los dispositivos de la Ley impugnada, y los propios demandantes lo dejan entrever, los diversos problemas respecto a la prestación del servicio de telecomunicaciones no se infieren directamente de la Ley N.º 26285, sino del contrato que, a su amparo, se ha celebrado. Es decir, la eventual inconstitucionalidad no se genera de la ley misma –que es el objeto de control en este proceso–, sino de los negocios jurídicos que bajo su regulación se han realizado.

De manera que, conforme lo ha expuesto nuevamente la Defensoría del Pueblo en el Informe antes citado,

“En el Perú, la actuación de una empresa de telecomunicaciones con posición dominante en el mercado del servicio público de telecomunicaciones es regulada por el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL). Entre los objetivos de esta institución se encuentra el de mantener y promover la competencia eficaz y equitativa (inciso b del artículo 7º de la Ley N.º 26285) en el sector de las telecomunicaciones.

En este contexto, velar por el cumplimiento de la ley contra las prácticas monopólicas, controlistas o restrictivas de la libre competencia, en un contexto de concurrencia limitada o de monopolio u oligopolio subsistentes a dicho periodo de concurrencia limitada, constituye una función estatal que puede tener características distintas según se esté



frente a un contrato-ley o frente a un contrato que no haya ofrecido al inversionista las seguridades de un contrato-ley”.

“(…) En consecuencia, una interpretación de los contratos-ley acorde con la letra y espíritu constitucionales, faculta a la autoridad competente a intervenir en relación a los elementos del mismo que favorezcan prácticas limitativas de la libre competencia, ya que éstos no podrían ser alcanzados por la intangibilidad del contrato que le es característica por su naturaleza de contrato-ley. Por lo tanto, en un contexto de dominio del mercado como el que existe en los términos y en la aplicación del contrato-ley con Telefónica, las prácticas de abuso en desmedro de la libre competencia y, finalmente, de los consumidores, deben ser combatidas por OSIPTEL para revertir sus efectos negativos sobre el mercado”.

28. Aunque las razones expuestas en el ítem precedente sean harto suficientes para desestimar también este extremo de la pretensión, el Tribunal Constitucional considera importante enfatizar que, si como se ha afirmado en la audiencia pública, no existe confianza en el desenvolvimiento de los organismos estatales encargados de controlar y fiscalizar la libre competencia, así como de la defensa efectiva de los usuarios y consumidores, no es este Colegiado la instancia competente para resolver tales problemas, sino, concretamente, las entidades públicas de las que dependen estos organismos que no han resuelto aún los reclamos relativos a la renta básica y a la cobranza del servicio telefónico por segundo.

En esa orientación, no está demás recordar que de la proclamación de los derechos fundamentales, como sistema material de valores del ordenamiento constitucional peruano, se deriva, entre otras muchas consecuencias, un “deber especial de protección” de dichos derechos por parte del Estado [Expedientes N.^{os} 0964-2002-AA/TC y 0976-2001-AA/TC]. No sólo en el ámbito legislativo, dentro de los límites que la Constitución impone y de los que aquí se ha dado cuenta, sino también en el plano de la actuación de los órganos administrativos.

(…)