

MUTABILIDAD DE LOS TITULOS HABILITANTES

Por: **David Elías Melgen**

Introducción.

Los Títulos Habilitantes (En lo adelante TH), en materia de telecomunicaciones, atravesaron en República Dominicana por un importante proceso de transformación a partir del año 1998, con la promulgación de la Ley General de Telecomunicaciones Número 153-98, del 27 de mayo de ese mismo año (LGT), la cual creó el Instituto General de las Telecomunicaciones (Indotel), ente regulador de las telecomunicaciones, con carácter de entidad estatal descentralizada, quien, dentro de sus objetivos, debe velar por el uso eficiente del dominio público del espectro radioeléctrico y a quien la misma ley le otorga la facultad para otorgar, ampliar y revocar los llamados TH, permitiendo además, la incorporación de nuevos prestadores de servicios.

Con anterioridad a esta fecha, esa facultad recaía en la extinta Dirección General de Telecomunicaciones (DGT), institución que era una dependencia de la Secretaría de Estado de Obras Públicas y Comunicaciones (SEOPC), la cual operaba bajo un régimen de dependencia y subordinación del poder político de turno y bajo un esquema legal y marco jurídico muy deficiente y poco confiable. Se podría decir, sin temor a equivocarnos, que muchos de los TH otorgados bajo el amparo de esta institución, adolecían en el cumplimiento de los requisitos mínimos de capacidad técnica o financiera, ya que los mismos se otorgaban “*alegremente*” para satisfacer compromisos o gratificaciones políticas.

Con la entrada en vigencia de la LGT, en el año 1998, se disciplina el sector y se establecen los mecanismos adecuados de acceso a ese mercado, pues como señala José María Chillón, este es uno de los aspectos más relevantes de la actividad administrativa correspondiente a un sistema de regulación de mercados. Por lo cual se plantea en el Derecho de las Telecomunicaciones moderno, la exigencia de un TH a los operadores de redes y prestadores de servicios públicos de telecomunicaciones para acceder a los mercados. Es lo que la doctrina moderna ha denominado *régimen de competencia regulada*, donde el nuevo inversionista podrá entrar a competir en el mercado en condiciones igualitarias al resto de los operadores.

Para Chillón, en su libro “Derecho de las Telecomunicaciones y de las Tecnologías de la Información”, el TH cumple dos funciones, por un lado materializa la función administrativa de verificación de las condiciones y requisitos establecidos en el ordenamiento para el acceso al mercado; y por otro lado, la relación que se establece a partir de dicho título es de carácter permanente, atribuyéndose a la Administración reguladora una función de supervisión y control de cumplimiento de las condiciones establecidas en el mismo. En ese mismo sentido, de acuerdo con la LGT el órgano regulador pueda revisar, cada 5 años, las condiciones en las que se está prestando el servicio, respetando siempre los derechos adquiridos, el equilibrio económico del contrato y las inversiones realizadas por las empresas concesionarias.

Definición de Títulos Habilitantes.

En un trabajo publicado por la Universidad Politécnica de Madrid, de la autoría de J. Pérez, L. Castejón y C. Feijóo, titulado “Entrada al Mercado y Títulos Habilitantes”, encontramos una definición de TH en España que nos pareció bastante interesante: *“todo permiso en el que se definan derechos y obligaciones específicos del sector de las telecomunicaciones y que permita a las empresas suministrar servicios de telecomunicaciones y, en los casos que proceda, el permiso para establecer o explotar redes de telecomunicaciones para la prestación de dichos servicios,”*.

Chillón destaca el hecho de que el TH vendría siendo una garantía de seguridad jurídica en el acceso del mercado, que opera tanto a favor de los accedentes al mercado, como en beneficio del ordenamiento en general, de manera que se cumpla con lo establecido en la ley; y los define como *“aquellos actos o negocios jurídicos de carácter administrativo dictados por los órganos competentes integrados en el poder público y que materializan el derecho de los operadores a entrar y actuar en el mercado”*.

Clases de Títulos Habilitantes.

En República Dominicana, conforme a la LGT, se establecen tres clases de títulos, dependiendo de la naturaleza del servicio que el operador va a prestar; y a los cuales, tanto la ley como la reglamentación, los han diferenciado y tipificado de manera diferentes atendiendo tanto a los requisitos de calificación para su obtención, como con el procedimiento para su expedición. De acuerdo con los Arts. 19 y siguientes de la LGT y el Reglamento de Concesiones, Inscripciones en Registros Especiales y Licencias para Prestar Servicios de Telecomunicaciones en la República Dominicana, Resolución No.07-02, Modificado por la Resolución No.129-04, el Indotel tiene la facultad expresa para expedir Concesiones, Licencias y hacer Inscripciones en Registros Especiales.

La Concesión es definida por el Reglamento como el acto jurídico mediante el cual Indotel otorga a una persona jurídica el derecho a prestar servicios públicos de telecomunicaciones, cuyos términos y condiciones deberán estar contenidos en un contrato escrito y formal.

La Licencia en cambio, es el acto jurídico mediante el cual, en forma escrita y formal, Indotel le otorga a una persona jurídica el derecho a usar el espectro radioeléctrico que le ha sido asignado e iniciar la operación de los equipos de radiocomunicación respectivos.

La Inscripción en Registros Especiales es el proceso mediante el cual una persona jurídica o natural recibe un certificado emitido por Indotel que le otorga

el derecho a operar servicios privados o prestar u operar ciertos servicios públicos de telecomunicaciones.

A los fines de garantizar la seguridad jurídica, tanto de las operadoras que están actualmente en el mercado como para las nuevas empresas que tengan interés de entrar al mercado, así como también a lo concerniente a los intereses del Estado, tanto la ley como el reglamento han definido claramente las condiciones y requisitos bajo las cuales se pueden otorgar estos títulos, así como su aprovechamiento y la explotación del espectro radioeléctrico, su utilización y el otorgamiento de derechos de uso; el cual por ser un bien del dominio público, natural, escaso e inalienable su administración, gestión y control debe realizarla el Estado, pues forma parte del patrimonio estatal.

Carácter Administrativo de los Títulos Habilitantes.

Por tratarse la prestación de servicios de telecomunicaciones, de la prestación de un servicio comunitario, su ejecución debe estar bajo fiscalización estatal y en consecuencia se trata de servicios públicos. Roberto Dormí señala que los servicios públicos implican la actividad prestacional del Estado.

De esta manera para la prestación de este tipo servicio público y para el otorgamiento, supervisión y control del cumplimiento de las condiciones establecidas en los TH que facultan la prestación del servicio, se debe crear y organizar un régimen administrativo que responda a esa necesidad y la satisfaga en forma continua.

Toda la doctrina moderna está de acuerdo en que lo que realmente habilita a un prestador de servicio de la calidad jurídica para poder prestar ese servicio de que se trata, es la suscripción de un acto jurídico entre la persona jurídica interesada y el órgano regulador, donde se le otorga a esa persona la facultad de prestar el servicio de telecomunicaciones, el derecho a usar el espectro radioeléctrico que le ha sido asignado y otorgar el derecho a operar servicios privados o prestar u operar ciertos servicios públicos de telecomunicaciones, según sea el caso que corresponda. En consecuencia ese acto jurídico, suscrito con una autoridad que tiene un carácter de entidad estatal descentraliza, como es el caso del Indotel, presenta todas las características de ser un Contrato Administrativo, razón por la cual debemos analizar los principales caracteres esenciales que rigen los Contratos Administrativos.

El Contrato Administrativo es un acto jurídico realizado por la administración pública en ejercicio de su función administrativa para producir efectos jurídicos. El profesor Agustín Gordillo nos comenta sobre dos sentidos del acto administrativo, un sentido amplio, que sería toda declaración administrativa productora de efectos jurídicos y un sentido restringido que sería la declaración unilateral e individual que produce efectos jurídicos. En ambos casos encontramos relación con los TH emitidos en la República Dominicana.

Uno de los principales caracteres de un Contrato Administrativo es sin duda lo concerniente a el predominio del interés público sobre el interés privado, el cual como explica Héctor Jorge Escola es no sólo la suma de una mayoría de

intereses individuales, coincidentes, personales, directos, actuales o eventuales, sino también el resultado de un interés emergente de la existencia de la vida en comunidad, en la cual la mayoría de los individuos reconocen también, el interés propio y directo. Este concepto de interés público es fundamental para poder explicar y justificar algunos aspectos que veremos más adelante y que tienen que ver con los principios fundamentales que gobiernan los TH.

Dentro de estos principios encontramos el de continuidad, que no es más que la facultad que tiene el ente regulador de exigir al concesionario la no suspensión del servicio por ningún motivo, pues su finalidad es la satisfacción del interés público, a efecto de que esta se pueda alcanzar cabal y oportunamente.

Régimen de Mutabilidad de los Títulos Habilitantes.

Existe una profunda diferencia entre los contratos civiles, concertados entre particulares, y los contratos administrativos. Mientras en los civiles, las partes están en igualdad de condiciones y en libertad absoluta para contratar, en los administrativos el principio de la autonomía de la voluntad se ve seriamente afectado y subordinado al interés público, y como nos dice la Dra. Elizabeth Lñiguez de Salinas, en un trabajo interesantísimo sobre Contratos Administrativos, la desigualdad se traduce en las prerrogativas que tiene la Administración Pública para fijar unilateralmente la naturaleza, modo, términos y condiciones de estos contratos; para introducir variaciones en los mismos durante su ejecución, dentro de ciertos límites y para dirigir y controlar su cumplimiento, así como para valerse de otras cláusulas exorbitantes.

El principio de la mutabilidad de los TH se deriva del interés público, es considerado como uno de los más importantes principios rectores del Contrato Administrativo. En virtud del *ius variandi*, puede el ente regulador dentro de ciertos límites, modificar unilateralmente las condiciones y los términos establecidos originalmente en el contrato que lo habilitó, al variar los requerimientos existentes al momento de su celebración, siempre atendiendo al interés público, y sin que el co-contratante pueda oponer el principio del *pacta sunt servanda*.

Tampoco podrá alegarse la *exceptio non adimpleti contractus*, esto es la negación del concesionario o licenciatario al cumplimiento de sus obligaciones cuando la administración no ha cumplido con las suyas.

Gordillo establece que la administración tiene derecho a disponer las modificaciones y agregados necesarios para asegurar, en interés del público, el normal funcionamiento del servicio. Al imponer al concesionario un servicio diferente del previsto por las partes contratantes, la administración no excede sus poderes, este principio es hoy indiscutido en la jurisprudencia.

La mutación de los TH lo que persigue es un cambio o una modificación a las condiciones originalmente pactadas, las cuales deberán ser absolutamente necesarias cuando el interés público así lo requieran y puedan ser

debidamente justificadas. Según lo afirma Juan Carlos Cassagne, el *ius variandi* no se ejerce como una excepción al principio de inalterabilidad del contrato. Sino que juega como un supuesto de articulación entre la finalidad y el contenido de las obligaciones asumidas por ambas partes.

La Dra. Iñiguez de Salinas, actual Presidenta del Tribunal Constitucional de Bolivia, hace el razonamiento de que si el ordenamiento jurídico atribuye a la administración la facultad de introducir modificaciones en forma unilateral a lo pactado, puede razonablemente ejercer ese poder dentro del marco del ordenamiento y a condición de que no se altere la finalidad del contrato, ni las obligaciones esenciales y que se efectúe la pertinente compensación económica necesaria para mantener el equilibrio financiero del contrato.

Algunos autores consideran que esta potestad de introducir todas las modificaciones requeridas por los intereses públicos va incluida en todo TH y que la vigencia de esa potestad no requiere estipulación expresa, pues está sobreentendida. En ese sentido, el Estado no necesita invocar la teoría de la imprevisión, el caso fortuito o la fuerza mayor. Esas son causales para modificar el contrato a petición del concesionario; el concedente tiene en cambio facultades más discrecionales.

Comparto plenamente con las afirmaciones realizadas por Gastón Jezé, citado por la Magistrada Iñiguez, de que si se pudiese admitir por un instante, que por efecto de los contratos de concesión, la voluntad de los concesionarios pudiera poner en jaque las decisiones tomadas por la administración en un fin de utilidad pública, necesario sería condenar irremediabilmente el sistema de la concesión como contraria al interés general.

Que sentido tendría entonces la creación de los entes reguladores. Las autorizaciones concedidas para la prestación de cualquier tipo de servicio público, debe estar siempre subordinada a las necesidades del mejor servicio.

Equilibrio Económico Financiero.

Cuando producto del *ius variandi* se produzca un desequilibrio que afecte la ecuación económica financiera del contrato, el contratista tendría derecho a una compensación que le permita mantener el equilibrio financiero. El contratante tendría la opción además de resolver el contrato por culpa de la administración, cuando esa modificación altere la ecuación económica financiera o excediera el tope cuantitativo. Cuando la administración pretenda introducir modificaciones a un TH en merito a este principio de la Mutabilidad de los Títulos Habilitantes, lo único que sería inmutable y por consiguiente no se podría modificar, es el fin que persigue sobre el alcance y la modalidad de las prestaciones.

Cassagne considera que estas modificaciones podrían provenir de actos propios del Estado, y que esta circunstancia tenía que incidir en la existencia y alcance de la compensación, la cual no debía limitarse a una ayuda o un subsidio para morigerar las pérdidas del contratista, sino en una reparación

integral de la ecuación, una indemnización ya que no es posible que se obligue al contratista a extender y ampliar las prestaciones acordadas, sin mantener la remuneración pactada, toda vez que el respeto a lo pactado constituye un principio aplicable a todo tipo de contratos administrativos o no.

El mantenimiento del equilibrio financiero inicialmente fue resistido pero terminó por ser reconocido, más que para propugnar la resolución contractual, para revisar el contrato con el objetivo básico de no alterar la continuidad del servicio prestado. Resultaría justo entonces, reconocerle al contratista, sobre el cual recae la carga de soportar las consecuencias de la modificación de las circunstancias originalmente convenidas, una compensación o indemnización razonable que le permita continuar con la prestación del servicio.

Hecho del Príncipe.

No podemos confundir la alteración del equilibrio financiero de un contrato, con lo que se ha denominado el “Hecho del Príncipe”. Escola lo define como toda decisión o conducta que emane de la misma autoridad pública que celebró el contrato y que ésta realiza en su carácter y condición de tal, que ocasione un perjuicio real, cierto, directo y especial al contratante particular, que éste no haya podido prever al tiempo de celebrar el contrato y que produzca una alteración anormal de su ecuación económica financiera.

Es toda intervención de los poderes públicos que afecten las condiciones jurídicas o de hecho en las cuales el contratante ejecuta su contrato. Son las llamadas intervenciones del Estado que mediante actos de imperio y medidas generales, no como parte del contrato, sino en ejercicio de las atribuciones derivadas de su carácter de autoridad pública, que afecta los derechos patrimoniales reconocidos al contratista en el contrato, haciendo que su cumplimiento sea más oneroso; las cuales eran imprevisibles para el contratante y en su perjuicio.

Teoría de la Imprevisión.

Finalmente nos encontramos con la teoría de la imprevisión, tendente a compensar la *excesiva onerosidad* resultante en la prestación de un servicio puesto a cargo de una de las partes del contrato provocada por un cambio imprevisto, producido en las circunstancias que constituyeron la base del contrato.

Esta teoría se remonta a la época medieval, a la luz de la máxima *rebus sic stantibus*, la cual postula el respeto a la palabra empeñada, esta teoría luego fue recogida por el derecho positivo francés, a través de la Ley Failliot, del 21 de enero del 1918, que dispuso (sic): “Independientemente de las causas de resolución derivadas del Derecho Común o de los contratos, las transacciones y contratos celebrados desde el 1 de agosto de 1914 pueden ser resueltos a petición de cualquiera de las partes, si prueba que, en razón del estado de

guerra, la ejecución de las obligaciones de uno de los contratantes traería consigo un gravamen cuya importancia rebasaría, en gran medida, las previsiones que pudieran hacerse, razonablemente, en la época del contrato”.

Dicha teoría fue ampliamente utilizada como resultado de especiales situaciones de carácter monetario, económico y financiero, generados por la Primera Guerra Mundial (1914-1918).

Cassagne cita una jurisprudencia del siglo XX, de los tribunales franceses, en el caso de la Compañía de Gas de Burdeos, donde se reconoció que cuando el cambio de circunstancia causaba una *excesiva onerosidad* en la prestación del servicio a cargo del concesionario, correspondía indemnizar al contratista mediante una ayuda que le permitiera compensar sus pérdidas y continuar con la ejecución del contrato de concesión manteniendo la continuidad en la prestación del servicio.

Iñiguez de Salinas apuntala que los hechos imprevisibles y sobrevinientes a la celebración del contrato administrativo que distorsionan la ecuación económica financiera prevista en el mismo, dan lugar a la aplicación de la teoría de la imprevisión; pues se ha producido una verdadera alteración de la base del negocio, por razones ajenas a la voluntad de los contratantes, que no pudieron ser previstas en el momento de la manifestación de la voluntad contractual de cada una de las partes. En este caso, continua señalando la Honorable Magistrada, se permite al contratista obtener un reajuste o la resolución del contrato. Es bueno señalar además, que el acontecimiento causante de dicho desequilibrio no debe serle atribuido al Estado, puesto que si así fuera no se trataría de la teoría de imprevisión, sino más bien el hecho del príncipe.

Esta teoría de la imprevisión o del riesgo imprevisible, como también se le llama, ha encontrado eco en países latinoamericanos, especialmente en lo relativo a la concesión de servicios públicos, donde el riesgo y ventura corren por cuenta del concesionario, pues tal como establece Fernández de Velasco en tanto aquella se mantenga, subsistirán las circunstancias y condiciones económicas en que fue convenida, salvo aquellos casos excepcionales en que se imponga cierta variación.

Todo Contrato Administrativo, sea de servicio, de suministro, prestación de servicios públicos, etc., es aplicable la teoría de la imprevisión, bien sean celebrados por el Estado o por sus entidades, sociedades, entidades descentralizadas administrativa y económicamente.