EXP. N.º 2293-2010-PA/TC
LIMA
TELEFÓNICA MULTIMEDIA S.A.C.

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 20 de agosto de 2010

VISTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por Telefónica Multimedia S.A.C. contra la resolución expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 604, su fecha 16 de marzo de 2010, que declaró improcedente la demanda de autos; y,

ATENDIENDO A

1. Que con fecha 8 de noviembre de 2005, la recurrente interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Educación, por considerar amenazados sus derechos fundamentales a la propiedad, a la igualdad, a la empresa y el principio de legalidad tributaria, ante la pretendida ejecución por parte del emplazado del artículo 137º del Texto Único Ordenado (TUO) del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 027-2004-MTC (actualmente artículo 131º del nuevo Reglamento), en cuanto dispone que los concesionarios del servicio público de distribución de radiodifusión por cable tienen la obligación de proveer el servicio en forma gratuita a los centros educativos estatales. En tal sentido, solicita que se ordene al emplazado y a todas sus dependencias la inaplicación del aludido artículo.

   Refiere que la norma reglamentaria vulnera su derecho de propiedad, pues genera una afectación patrimonial arbitraria y autoriza a que se le grave con un tributo no previsto en la ley, lo que, a su vez, afecta el principio de legalidad tributaria. Aduce que se trata de una norma discriminatoria, pues, a diferencia de lo que sucede con la recurrente, omite ordenar la prestación de un servicio gratuito a otras empresas que también prestan servicios públicos, como puede ser la telefonía celular, la energía eléctrica o el agua potable.

2. Que el Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Educación deduce la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa y argumenta que la pretensión de la recurrente debe ser dilucidada en un proceso de acción popular. Contesta la demanda, señalando que el Ministerio se ha limitado a ejercer el derecho de petición frente a la recurrente, sin amenazar sus derechos fundamentales.

3. Que mediante resolución de fecha 19 de julio de 2007, a fojas 253, se ordena incorporar al Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) como litisconsorte necesario pasivo, por ser la entidad emisora de la norma cuya inaplicabilidad se solicita.

4. Que el Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del MTC deduce la excepción de prescripción y alega que la pretensión de la recurrente debe ser dilucidada en un proceso de acción popular en el que sea viable la actuación de pruebas. Contesta la demanda, señalando que la demandante no ha acreditado la amenaza o afectación de los derechos fundamentales invocados Refiere que el contrato de concesión celebrado entre la demandante y el Estado debe adaptarse a las obligaciones previstas en el ordenamiento jurídico, y que la norma cuestionada no ha creado forma alguna de tributo.

5. Que el Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima declara infundadas las excepciones deducidas e infundada la demanda, por considerar que la referida norma no prevé acto coercitivo alguno y que no ha creado ningún tributo, por lo que no se ha acreditado la violación de los derechos invocados. A su turno, la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima revoca la apelada y declara improcedente la demanda, por considerar que, al haberse derogado el Decreto Supremo N.° 027-2004-MTC, se ha producido la sustracción de la materia, y que la demandante debió haber recurrido al proceso de acción popular.

6. Que, en primer término, conviene advertir que la recurrida incurre en un error al afirmar que al haberse derogado el Decreto Supremo N.° 027-2004-MTC, en el presente caso se ha producido la sustracción de la materia.

   Si bien es verdad que este Decreto Supremo –que aprobó el TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, cuyo artículo 137° se solicita inaplicar– ha sido derogado por el artículo 2° del Decreto Supremo N.° 020-2007-MTC, también lo es que éste aprobó el nuevo TUO del mismo Reglamento y que el contenido del artículo 137° del TUO del Reglamento anterior ha sido reiterado en sus mismos términos en el artículo 131° del actual TUO (en adelante; artículo 131° del Reglamento), motivo por el cual no cabe aducir una supuesta sustracción de la materia.

7. Que tampoco es de recibo el argumento de que la pretensión de la demandante debe dilucidarse en el ámbito del proceso de acción popular. Y es que la recurrente no solicita la declaración de inconstitucionalidad abstracta del artículo 131° del Reglamento, con el propósito de expulsarlo del ordenamiento jurídico, sino su inaplicación a su caso concreto por considerarlo una amenaza cierta e inminente a los derechos fundamentales invocados.

8. Que, no obstante, el Tribunal Constitucional aprecia que aunque la recurrente ha buscado presentar el asunto como si se tratase de una demanda planteada contra una amenaza, representada por el artículo 131° del Reglamento, y no contra actos específicos de aplicación del referido Reglamento, lo cierto es que del análisis de su demanda, demás escritos y medios probatorios por ella presentados, deriva con claridad que son actos concretos los que se consideran lesivos de los derechos invocados.

   En efecto, en autos obran una multiplicidad de oficios (a fojas 19 y siguientes) que, con anterioridad a la presentación de la demanda, fueron remitidos a la recurrente por diversos centros educativos estatales, solicitándole cumplir con su obligación de proveerles acceso gratuito al servicio de radiodifusión por cable, en aplicación del artículo 131° del Reglamento (antes artículo 137°). Estos oficios, desde luego, no constituyen meras amenazas de aplicación del artículo 131° del Reglamento, sino específicos actos administrativos de aplicación del mismo. A mayor abundamiento, a fojas 421, obra el Oficio N.° 16193-2008-MTC/27, mediante el cual el MTC, indica a la demandante "que está incumpliendo con la obligación de brindar el servicio gratuito a centros educativos y hospitales", por lo que se le remite una documentación a efectos de facilitarle "el cumplimiento de la obligación de proveer el servicio en forma gratuita conforme a lo dispuesto en el artículo 131° del Texto único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones".

   Este criterio se ve confirmado por el dicho de la propia demandante. En efecto, en su escrito de apelación obrante a fojas 532, ésta sostiene expresamente que "la finalidad de este proceso es *cuestionar los actos efectivos de aplicación del artículo [131° del Reglamento], por parte del Ministerio de Educación y del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a partir que se nos requiere el cumplimiento de lo allí dispuesto*" (énfasis agregado).

9. Que así las cosas, habiéndose determinado que la demanda ha sido interpuesta contra actos y no contra amenazas, corresponde analizar si aquéllos debieron ser objetados en la vía contencioso administrativa, en virtud del artículo 5° 2 del Código Procesal Constitucional (C.P.Cons.), el cual dispone que no proceden los procesos constitucionales, cuando "[e]xistan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus".

   Sobre el particular, son dos los argumentos que plantea la recurrente para sostener que no cabe aplicar en este caso la residualidad del amparo. En primer término, sostiene que los oficios que le remitiera tanto el Ministerio de Educación como los centros educativos, "no constituyen acto administrativo alguno", por lo que no cabe cuestionarlos en el proceso contencioso administrativo.

   El Tribunal Constitucional no comparte este criterio. La existencia o no de un acto administrativo no se determina por el *nomen iuris* del documento a través del cual

se formula, sino por contener la manifestación inequívoca de la voluntad de la Administración Pública, usualmente transmitiendo a los administrados la obligación u orden de hacer o dejar de hacer una concreta actividad. Ello sucede con los aludidos oficios, motivo por el cual es indubitable que se trata de actos administrativos.

En segundo término, alega la demandante que "la residualidad no es aplicable por cuanto se trata de un amparo contra actos de aplicación de normas autoaplicativas" (a fojas 128). Con este argumento, la recurrente parece sostener que los jueces del proceso contencioso administrativo carecen de competencia para declarar la nulidad de actos sustentados en normas autoaplicativas consideradas inconstitucionales, previo ejercicio del control difuso contra ellas.

Desde luego, dicho argumento olvida que el ejercicio del control difuso contra normas autoaplicativas no es un poder-deber privativo de la jurisdicción constitucional, sino que, por imperio de los artículos 51° y 138° de la Constitución, alcanza a todos los jueces y tribunales de la República en toda clase de procesos. En esa medida, como bien establece el artículo 7° 1 de la Ley N.° 27584 –Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo–, "[e]n aplicación de lo dispuesto en los Artículos 51 y 138 de la Constitución Política del Perú, el proceso contencioso administrativo procede aun en caso de que la actuación impugnada se base en la aplicación de una norma que transgreda el ordenamiento jurídico. En este supuesto, la inaplicación de la norma se apreciará en el mismo proceso".

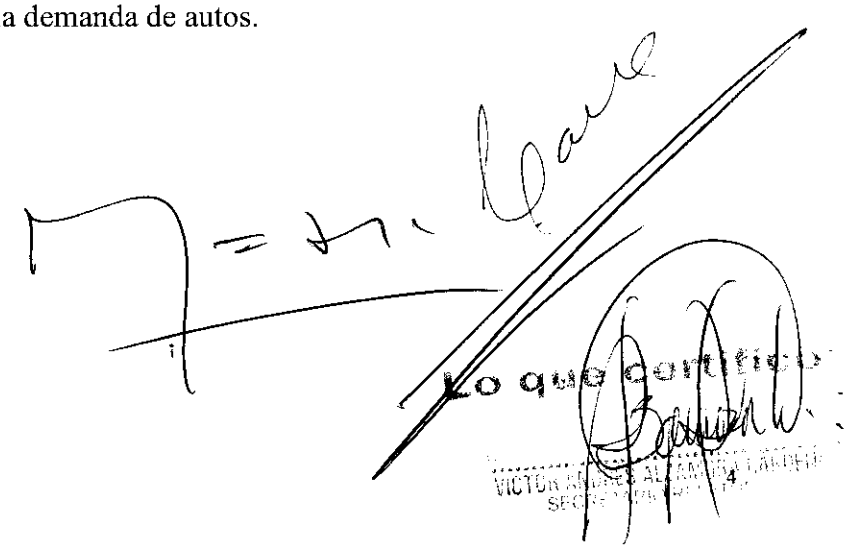
10. Que, en atención a lo expuesto, y dado que la recurrente no ha acreditado en qué medida el tránsito por la vía contencioso administrativa, pudiese ocasionar un daño irreparable a los derechos fundamentales supuestamente afectados, en aplicación artículo 5°, 2 del Código, corresponde declarar la improcedencia de la demanda.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

RESUELVE

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de autos.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
CALLE HAYEN
ETO CRUZ