



DMR/CE/N° 316 /18

Lima, 28 de febrero de 2018

Señor

**JOSÉ AGUILAR REÁTEGUI**

Director General de Regulación y Asuntos Internacionales de Comunicaciones

**MINISTERIO DE TRANSPORTE Y COMUNICACIONES - MTC**

Presente.-

M. T. C. MESA DE PARTES	
E- 0.57514	
28 FEB. 2018	
HORA 17:16	FIRMA <i>[Firma]</i>

Ref.- Resolución Ministerial N° 065-2018-MTC

De nuestra consideración:

La presente tiene por objeto saludarlo cordialmente y hacer mención a la Resolución Ministerial N° 065-2018-MTC, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 13 de febrero de 2018, a través de la cual se aprobó la publicación para comentarios del Proyecto de Decreto Supremo que modifica diversos numerales del Método para la evaluación del cumplimiento de las obligaciones de las empresas concesionarias de servicios públicos de telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 036-2010-MTC, en adelante, el "Proyecto".

Al respecto, nuestra empresa saluda esta iniciativa y considera adecuados los esfuerzos del Ministerio a efectos de propiciar una Metodología apropiada para la renovación del plazo de las concesiones de servicios públicos de telecomunicaciones. Conforme hemos señalado en múltiples oportunidades, el marco normativo actual y principalmente los criterios errados de aplicación metodológica propuestos por el organismo regulador han generado que el escenario vigente de la renovación de concesiones sea absolutamente contrario a los principios básicos de eficiencia y razonabilidad.

En este escenario, el Proyecto constituye no solo una oportunidad para la mejora y adecuación de la Metodología en relación con el valor de la variable alfa, sino también para la necesaria corrección de un criterio que desde nuestro punto de vista consideramos que se ha estado aplicando erróneamente por el organismo regulador.

Apreciamos que el Ministerio haya emprendido esta posibilidad de mejora y corrección de la Metodología, la cual -si se aplica correctamente- creemos generará la correcta señal de inversión a futuro y el incentivo a un mejor desempeño en las inversiones actuales, y en ese sentido, dentro del plazo oportuno, cumplimos con remitir en documento adjunto a la presente una versión impresa del Anexo I que contiene nuestros comentarios y sugerencias al referido Proyecto, los cuales esperamos contribuyan a mejorar o perfeccionar la metodología propuesta.

Asimismo, muy respetuosamente solicitamos que todos nuestros comentarios sean adecuadamente analizados y evaluados a efectos de que éstos sean tomados en cuenta en la norma que finalmente se apruebe; y en caso no sean tomados en consideración, agradeceremos que se explique en la matriz de comentarios que se elabore para tal fin, los motivos por los cuales estos fueron rechazados.





Finalmente, tenemos a bien manifestarle que la industria requiere de una pronta definición de la metodología final de la renovación de concesiones a efectos de garantizar la seguridad jurídica y los incentivos adecuados para desarrollar la inversión en el sector.

Sin otro particular, agradeciéndole por la atención que se sirva dispensar a la presente, quedamos de Usted.

Muy atentamente,

  
Juan Rivadeneyra S.  
Director de Marco Regulatorio  
América Móvil Perú S.A.C.

Adjunto.- Lo indicado ( 15 págs. impresas excl. ésta)





--ANEXO I--

CARTA DMR/CE/N° 316 /18

Comentarios al Proyecto de Decreto Supremo que modifica diversos numerales del Método para la evaluación del cumplimiento de las obligaciones de las empresas concesionarias de servicios públicos de telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 036-2010-MTC.

**1. COMENTARIOS DE ORDEN GENERAL.-**

Nuestra empresa saluda esta iniciativa y considera adecuados los esfuerzos del Ministerio a efectos de propiciar una Metodología apropiada para la renovación del plazo de las concesiones de servicios públicos de telecomunicaciones. Conforme hemos señalado en múltiples oportunidades, el marco normativo actual y principalmente los criterios errados de aplicación metodológica propuestos por el organismo regulador han generado que el escenario vigente de la renovación de concesiones sea absolutamente contrario a los principios básicos de eficiencia y razonabilidad.

En este escenario, el Proyecto constituye no solo una oportunidad para la mejora y adecuación de la Metodología en relación con el valor de la variable alfa, sino también para la necesaria corrección de un criterio que desde nuestro punto de vista consideramos se ha estado aplicando erróneamente por el organismo regulador.

Apreciamos que el Ministerio haya emprendido esta posibilidad de mejora y corrección de la Metodología, la cual -si se aplica correctamente- creemos que generará la correcta señal de inversión a futuro y el incentivo a un mejor desempeño en las inversiones actuales.

En ese sentido, muy respetuosamente solicitamos que todos los comentarios específicos detallados a continuación sean adecuadamente analizados y evaluados a efectos de que éstos sean tomados en cuenta en la norma que finalmente se apruebe; y en caso no sean tomados en consideración, agradeceremos que se explique y sustente adecuadamente en la matriz de comentarios que se elabore para tal fin, los motivos por los cuales estos fueron rechazados.

Finalmente, tenemos a bien manifestarle que la industria requiere de una pronta definición de la metodología final de la renovación de concesiones a efectos de garantizar la seguridad jurídica y los incentivos adecuados para desarrollar la inversión en el sector.

**2. COMENTARIOS DE ORDEN ESPECÍFICO.-**





Artículo del Proyecto	Comentarios
<p><b>Artículo 1, modificación del numeral 101°. Valor del parámetro alfa</b></p>	<p>El numeral 101° del artículo 1 del Proyecto, establece lo siguiente:</p> <p>“101. En la fórmula (4), el parámetro “<math>\alpha</math>”, <u>que tiene el valor de 1</u>, determina la intensidad del esquema de penalidades. De esta forma, de acuerdo al valor de la variable I se tiene valores enteros entre 0 y mayores a 3:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>* “0” implica un cumplimiento razonable,</li> <li>* “1” moderadamente deficiente,</li> <li>* “2” es comportamiento deficiente y</li> <li>* “3” o más, muy deficiente.”</li> </ul> <p><b>a) <u>Sobre el valor de “alfa” igual a 2.5</u></b></p> <p>El Proyecto precisa que el valor del parámetro alfa es igual a uno (1), sin hacer ninguna distinción entre las renovaciones graduales o las renovaciones totales, es decir, que para ambos tipos solicitudes se aplicará un mismo valor de dicho parámetro. Al respecto, nuestra representada se encuentra totalmente de acuerdo con establecer un mismo valor del parámetro alfa para las evaluaciones de las renovaciones graduales y totales. Consideramos que dicha precisión constituye una mejora importante a la metodología de renovación que permite corregir un criterio que desde nuestro punto de vista se ha estado aplicando erróneamente por el organismo regulador quien diferenciaba arbitrariamente dicho valor según el tipo renovación solicitado.</p> <p>Sin perjuicio de ello, nuestra representa considera que el valor numérico de uno (1) propuesto para dicho parámetro en el Proyecto no se encuentra acorde con las condiciones actuales del sector de telecomunicaciones motivo por el cual es necesario actualizar dicho valor.</p> <p>En primer lugar, se tiene que tomar en consideración que en la matriz de comentarios del Decreto Supremo N° 036-2010-MTC publicado en Julio del 2010, ya se señalaba que el valor del alfa era uno (1). En ese sentido, dicho valor tomaba en cuenta las condiciones del sector de telecomunicaciones en un horizonte de tiempo anterior al 2010.</p> <p>En segundo lugar, es muy importante tomar en consideración que el número de faltas incurridas por las empresas operadoras depende en gran medida del número de unidades atendidas por un servicio de telecomunicaciones, es por ello que es necesario calibrar el valor de alfa en relación al</p>





crecimiento del número de unidades de servicio, dado que dicho parámetro se encuentra asociado a la intensidad del esquema de penalidades.

Por ejemplo, si tomamos como referencia el 2007, según OSIPTEL el número de líneas móviles a finales de ese año fue aproximadamente 15.4 millones, mientras que el número de líneas móviles a finales del 2017 fue aproximadamente 39.1 millones, es decir, que las líneas móviles se multiplicaron por un factor de 2.54 en una década. Es evidente que el crecimiento de la industria de telecomunicaciones se ha dinamizado debido al explosivo crecimiento del negocio móvil en el país.

Lo anterior, también es confirmado con las estadísticas del Producto Bruto Interno del sector telecomunicaciones del INEI, las cuales muestran que en una década (entre el 2007 y 2016) el PBI en soles constantes se ha multiplicado por 2.44<sup>1</sup>.

Por consiguiente, para aislar el efecto de crecimiento del tamaño del mercado con el correspondiente número de faltas, es necesario que el valor del parámetro alfa que recoge las condiciones de la industria de un horizonte de tiempo anterior al 2010 sea actualizado a las condiciones actuales del sector, para ello es necesario que el valor de 1 que se definió en el 2010 sea multiplicado por el factor de 2.5 (que resulta del promedio simple de 2.54 y 2.44), con lo cual se obtiene que el nuevo valor del parámetro alfa que recoge las condiciones actuales de la industria es 2.5.

Por ejemplo, supongamos que un concesionario tiene 10'000,000 de líneas móviles y una propensión a cometer una (1) infracción por cada millón (1'000,000) de líneas móviles. Dicha propensión equivaldría –en valor absoluto– a un total de 10 infracciones cometidas en el 2007, mientras que para el 2017 por simple efecto de crecimiento del mercado dicho comportamiento equivaldría a 25 infracciones cometidas. Obviamente, el concesionario no ha variado su propensión a cometer infracciones en ambos períodos. Sin embargo, el número de amonestaciones se ha elevado más del doble debido al incremento en la base de líneas móviles. Por consiguiente, para aislar el crecimiento de la base de usuarios o clientes deberá aumentarse el parámetro alfa a 2.5.

Por lo tanto, respetuosamente tenemos a bien solicitar que en la norma definitiva el valor del alfa sea establecido en 2.5 para las renovaciones graduales así como también para las renovaciones totales sin distinción alguna, conforme el mismo criterio que se ha propuesto en el Proyecto.

<sup>1</sup> Según el INEI, el PBI de "telecomunicaciones y otros servicios de información", el cual incluye los servicios móviles y demás servicios como telefonía fija, TV por cable, etc., pasó de 8,517 millones de soles en el 2007 a 20,820 millones de soles en el 2016 después de descontar la inflación. Es decir, el PBI del sector se multiplicó 2.44 veces entre el 2007 y 2016. Ver

[http://m.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/indices\\_tematicos/5\\_actecon\\_kte\\_2.xlsx](http://m.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/indices_tematicos/5_actecon_kte_2.xlsx)





b) Sobre la causalidad en el incremento de incumplimientos, reclamos y penalidades

Sobre la causalidad en el incremento de incumplimientos, reclamos y penalidades

En la sección 3.4 del Informe N° 057-2018-MTC/26 que sustenta el Proyecto (en adelante, el "Informe"), se analiza la evolución de las sanciones firmes en el periodo 2006-2015 y el número de reclamos en el periodo 2015-2017 de los principales concesionarios en el país. Al respecto es importante tomar en cuenta los siguientes elementos:

- i. Primero, debido a que son series de tiempo, estas pueden presentar tendencias las cuales pueden ser explicadas por el crecimiento de otras variables tales como el número de usuarios o servicios de telecomunicaciones en el país. Anteriormente se había mencionado como ejemplo que el número de líneas móviles en el país se multiplicó en 2.5 veces entre el 2007 y el 2017, lo cual puede explicar -en gran medida- el incremento en el número absoluto de sanciones o reclamos a lo largo del tiempo en las series analizadas por el MTC. En este sentido, podría resultar peligroso concluir que existió un determinado comportamiento "infractor" por parte de los concesionarios tan solo analizando la evolución en el tiempo de ambas series, sin tomar en cuenta que su evolución es causada también por el número de usuarios de servicios de telecomunicaciones, entre otros.
- ii. Segundo, el análisis realizado por el MTC a partir de la evolución de series de tiempo debe de tomar en cuenta que en determinados momentos pudieron existir causales ajenos al patrón de comportamiento de los concesionarios, que explican el aumento en el número de sanciones, los cuales son atribuibles a la labor de regulación y supervisión del organismo regulador. Esta preocupación ya ha sido señalada por nuestra representada en varias oportunidades, ya que el organismo regulador -según hemos podido verificar y constatar- estableció dentro de sus indicadores de Gestión Institucional, diversos objetivos, metas e indicadores que generan sorprendentemente fuertes incentivos para que sus funcionarios incrementen arbitrariamente el número de sanciones o incumplimientos -faltas, amonestaciones, medidas correctivas o cualquier otro tipo de medida análoga- que se vienen identificando en las acciones de supervisión que realizan a los diversos operadores del sector.

En otros términos, según consta de manera pública, el regulador tuvo incentivos perversos en su labor de supervisión y fiscalización en determinados años cuando se establecieron metas cuantitativas específicas que incentivaban al regulador a aumentar el número de





sanciones a los concesionarios, la meta para el regulador era clara y directa: identificar incumplimientos y obviamente, como consecuencia de ello, sancionar a las empresas ("a más sanciones impuestas, más eficiencia demostrada"). Por ejemplo, para el año 2009, el OSIPTEL estableció dentro de su documento<sup>2</sup> "Avance de las metas de los indicadores de desempeño, al primer trimestre del año", la estrategia: "garantizar la eficacia en la supervisión", en la cual se estableció como meta al 2009:

*"Identificar incumplimientos de la normativa en al menos el 35% de las supervisiones realizadas". (Subrayado agregado)*

**AVANCE DE LAS METAS DE LOS INDICADORES DE DESEMPEÑO, AL PRIMER TRIMESTRE DEL AÑO 2009**

Acción estratégica	Denominación del indicador	Meta 2009	Avance al 1er Trimestre	Responsable del cumplimiento	Comentarios
Analizar la presencia del OSIPTEL en el mercado	Número de resoluciones de ordenación de prestación de servicios emitidas por el OSIPTEL	5	1	Gerencia de Cumplimiento	
	Emisión de resoluciones de ordenación de prestación de servicios emitidas por el OSIPTEL	9	1	Gerencia de Cumplimiento	En el 1er trimestre del 2009, el OSIPTEL emitió 1 resolución de ordenación de prestación de servicios emitidas por el OSIPTEL.
Oficiar y Oficiar a los agentes del mercado	Identificación y sanción de incumplimientos de la normativa de licencias y autorizaciones	2	1	Gerencia de Sanciones Empresariales	Actualmente la Gerencia de Sanciones Empresariales se encuentra realizando la identificación de incumplimientos de la normativa de licencias y autorizaciones.
	OSIPTEL de licencias y autorizaciones emitidas por el OSIPTEL	100%	100%	Gerencia de Sanciones Empresariales	En el primer trimestre del 2009, el OSIPTEL emitió 100% de licencias y autorizaciones emitidas por el OSIPTEL.
Garantizar la eficacia en las supervisiones	Identificación de incumplimientos de la normativa de licencias y autorizaciones emitidas por el OSIPTEL	35%	35%	Gerencia de Sanciones Empresariales	En el primer trimestre del 2009, el OSIPTEL emitió 35% de licencias y autorizaciones emitidas por el OSIPTEL.

Asimismo, durante el año 2010, el OSIPTEL estableció dentro de su documento<sup>3</sup> "Informe de evaluación de las políticas nacionales de obligatorio cumplimiento. Políticas nacionales de obligatorio cumplimiento. Decreto Supremo N° 027-2007-PCM", el objetivo "garantizar la eficacia en la supervisión", en la cual se estableció como indicador priorizado al 2010:

*"Identificación de oportunidades de mejora en el desempeño de los agentes del mercado, acorde al marco normativo vigente, en al menos el 35% de las supervisiones realizadas".*



<sup>2</sup> Disponible en: [https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/Transparencia/Indicadores\\_Desempeno/indicadoresgestion1trim2009.pdf](https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/Transparencia/Indicadores_Desempeno/indicadoresgestion1trim2009.pdf)

<sup>3</sup> Disponible en: [https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/Transparencia/Indicadores\\_Desempeno/IndicadoresDesempeno2sem2010.pdf](https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/Transparencia/Indicadores_Desempeno/IndicadoresDesempeno2sem2010.pdf)



**INFORME DE EVALUACIÓN DE LAS POLÍTICAS NACIONALES DE OBLIGATORIO CUMPLIMIENTO**  
**POLÍTICAS NACIONALES DE OBLIGATORIO CUMPLIMIENTO**  
 DECRETO SUPLENTO N° 027-2007-PCM

Código Materia	Materia	Código Política Nacional	Política Nacional	Objetivo	Indicador Prioritario	Unidad de Medida	Ejecución (%)			
							Metas Programadas Anual	Ejecución I SEM		
7	Extensión tecnológica, medio ambiente y competitividad	7.10	Proveer la información necesaria para el funcionamiento adecuado de los mercados e implementar y adoptar las medidas necesarias destinadas regular el flujo de la información, con el propósito que las empresas identifiquen las oportunidades de relaciones	Locustar la eficacia de las supervisiones	Identificación de oportunidades de mejora en el desempeño de los agentes del mercado, desde el punto normativo, sujetos, en al menos el 20%, de los supuestos mencionados.	Porcentaje	35%	50%		
							Ampliar la presencia de OCAPIEL a nivel nacional	% de Departamentos del Perú que cuentan con una Oficina Descentralizada del OCAPIEL, implementada y operando	82%	80%
									Perfeccionar el marco normativo que asegura la competencia efectiva	Presentaciones, reuniones y desarrollo del mercado de las telecomunicaciones (ya sean nuevas y existentes) y de identificar posibilidades de regulación, desregulación, comercialización de nuevos servicios o prácticas comerciales, entre otros

iii. Tercero, existen eventos específicos identificados por el MTC que pueden explicar el aumento del número de sanciones en un determinado año, como en el 2013, en el cual cada concesionario aumentó el número de sanciones debido a la implementación de normativa como el Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de telecomunicaciones, reflejadas en el Gráfico N° 2 del Informe.

Por lo anterior, se concluye que el valor de alfa no debe ser fijado arbitrariamente sin seguir un criterio técnico, válido y proporcional con la magnitud de los incumplimientos infringidos, es por ello que la metodología de análisis de la renovación de las concesiones debe ser ajustada a la situación actual de la industria a fin de evitar distorsiones como las comentadas y ponderarlas en su dimensión adecuada; es decir, no sólo concentrarse en la evaluación de la cantidad o intensidad de los castigos o sanciones, sino considerar también otros factores positivos como los importantes y diversos beneficios que las empresas operadora ha trasladado a la sociedad tales como mayor conectividad, incremento de la productividad.

**Artículo 1,  
modificación  
del numeral  
107°.  
Limite máximo  
de la  
penalidad**

El numeral 107° del artículo 1 del Proyecto establece lo siguiente:

*"107. En ese sentido, corresponde fijar un límite máximo de penalidad a efectos de obtener la renovación, atendiendo a criterios de proporcionalidad entre los intereses del concesionario y los del Estado y/o terceros (competidores, usuarios) que podrían haberse afectado o continuar afectándose con las conductas infractoras reiteradas del operador. Para ello, se toma como referencia una situación en la cual una empresa operadora incumple sus obligaciones de forma sistemática, siendo sancionada cada año con 2 infracciones muy graves (o sus equivalentes: 4 graves, 14 leves, o 28 amonestaciones/medidas correctivas) en cada grupo de obligaciones (muy relevantes, relevantes y poco relevantes), es decir, 6 infracciones muy graves (o sus equivalentes) por cada uno de los años del periodo de evaluación. Así, a efectos de que se configure este supuesto, la empresa tendría que acumular 30 infracciones muy graves (o sus equivalentes) en periodos de 5 años, sea si se trata de una renovación gradual o total del plazo de concesión. De esta forma, al aplicar la*







*metodología se obtiene una penalidad del 40% del periodo a renovar o evaluar, según corresponda (2 años de los 5 que se renovarían o evaluarían, según se trate de una renovación gradual o total)."*

Al respecto, creemos conveniente precisar que la existencia de un límite máximo de penalidad a efectos de obtener la renovación genera una grave distorsión en la metodología de renovación, tal como se puede observar a continuación.

En el Cuadro N° 1 se supone que un concesionario ha incurrido un número de faltas en la siguiente secuencia: 0.4 años en el primer quinquenio, 2.5 años el segundo, 2.5 años el tercero y 0.6 años en el último, lo cual suma 6 años penalizados en el plazo de 20 años de la renovación de la concesión. No obstante ello, el resultado para la aplicación de la metodología de evaluación de cumplimiento de obligaciones de las empresas difiere para ambos escenarios de renovación (gradual y total). Bajo una renovación gradual, el concesionario perdería 11 años de renovación debido a que en el segundo y tercer quinquenio habría sobrepasado el límite de 2 años en cada caso; en cambio, si el concesionario hubiera optado por la renovación total, con la metodología vigente hubiera tenido una penalidad de tan solo 6.0 años de renovación de la concesión. Es decir, el umbral de 40% de faltas en las evaluaciones quinquenales plantea una penalización mayor con respecto a la renovación total, debido a que habiendo cometido el mismo número de faltas, bajo una renovación gradual se perderían más años de renovación que en una total.

Cuadro N° 1: Simulación entre evaluación gradual (quinquenal) y evaluación total.

Quinquenio	Total de penalidades (años)	Penalidad para renovación gradual (años)	Penalidad para renovación total (años)
Q1	0.4	0.4	0.4
Q2	2.5	5.0	2.5
Q3	2.5	5.0	2.5
Q4	0.6	0.6	0.6
<b>TOTAL</b>	<b>6.0</b>	<b>11.0</b>	<b>6.0</b>

En el Cuadro N° 2 se asume que un concesionario ha incurrido un número de faltas en la siguiente secuencia: 1.5 años en el primer quinquenio, 2.6 años el segundo, 2.6 años el tercero y 1.4 años en el último, lo cual suma 8.1 años penalizados en el plazo de 20 años de la renovación de la concesión. Como resultado, bajo una renovación gradual, la concesionaria





perdería 12.9 años, mientras que con la metodología vigente bajo una renovación total se hubiese perdido la totalidad de los 20 años por superar el límite de 8 años, es decir que una renovación gradual sería más conveniente –en términos relativos– que optar por una renovación total.

Cuadro N° 2: Simulación entre evaluación gradual (quinquenal) y evaluación total.

Quinquenio	Total de penalidades (años)	Penalidad para renovación gradual (años)	Penalidad para renovación total (años)
Q1	1.5	1.5	1.5
Q2	2.6	5	2.6
Q3	2.6	5	2.6
Q4	1.4	1.4	1.4
<b>TOTAL</b>	<b>8.1</b>	<b>12.9</b>	<b>20.0</b>

En relación a ello, en el Proyecto propone que bajo una evaluación quinquenal para las renovaciones totales se logra la equivalencia para ambos tipos de renovación, logrando que un concesionario sea indiferente entre elegir cualquiera de las dos opciones de renovación. Sin embargo, esta modificación en la evaluación de los cumplimientos perjudica –relativamente– a las empresas que optaron por renovaciones totales y que presentan escenarios semejantes a lo observado en Cuadro N° 1. Es por ello, que a fin de lograr la equivalencia en la evaluación correspondiente, lo más apropiado sería eliminar el límite máximo de penalidades.

Sin perjuicio de ello, en caso no se tome en consideración lo anterior, es muy importante tomar en cuenta que , actualmente existe una tendencia creciente respecto al número de sanciones para las empresas operadoras, de modo que es de vital importancia que el límite máximo de la penalidad establecido en 40% que fue determinado en el 2010 se ajuste a las condiciones actuales de la industria, ya que el mismo constituye un parámetro muy restrictivo y no se encuentra acorde con situación actual del sector. Estimamos que con las condiciones actuales de la industria dicho parámetro debería ascender a un valor superior a 60%.

Finalmente, como atenuante de dicho parámetro se debe tomar en cuenta que el mercado también autodisciplina el comportamiento de la empresas operadoras, ya que la permanencia de las concesionarias es producto de la competencia efectiva entre sus competidoras y el trato a sus usuarios, de modo que son los usuarios y los competidores los principales agentes que “castigan” al concesionario cuando este brinda un servicio de menor calidad,





	<p>mala atención al cliente o tienen un comportamiento que genera incumplimientos a la normativa actual.</p>
<p><b>Artículo 1, modificación del numeral 108°</b></p>	<p>El Proyecto precisa que para que el Concesionario pueda tener la facultad de efectuar la solicitud de renegociación de sus Contratos de Concesión debe, entre otras cosas, haberse desistido de los procesos judiciales y/o arbitrales en trámite, respecto a incumplimientos de la normativa del sector que no hayan sido considerados como parte de la evaluación del periodo cuya renovación se ha solicitado.</p> <p>Sobre el particular, solicitamos al Ministerio retirar dicho requisito de la norma definitiva por los siguientes motivos:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1) El Proyecto, pretende condicionar la posibilidad de renegociar los contratos de concesión –la cual en muchos casos se encontrará directamente ligada a la permanencia de las empresas de telecomunicaciones en el mercado– al hecho de que las empresas del sector se desistan de los procesos judiciales en trámite, es decir, que renuncien a su Derecho de recibir la decisión de un juez respecto de controversias llevadas al Poder Judicial o a la vía Arbitral.</li> </ol> <p>Dicha disposición del Proyecto pretende limitar indebidamente el derecho a la Tutela Judicial Efectiva de las empresas de telecomunicaciones, por lo que es sumamente importante recordar que dicho derecho ha sido reconocido en múltiples pronunciamiento emitidos por el Tribunal Constitucional, máximo intérprete de nuestra constitución.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>2) Asimismo, es evidente que dicho condicionamiento establecido en el Proyecto generaría un desincentivo para el crecimiento y desarrollo de la inversión en el sector de Telecomunicaciones debido a que esta medida restaría seguridad jurídica al ordenamiento del país, toda vez que en ciertos escenarios, será necesario, para asegurar la permanencia en el mercado, renunciar a un derecho constitucionalmente reconocido.</li> </ol> <p>Adicionalmente a ello, consideramos que al momento de elaborar dicha propuesta no se ha considerado cual será el impacto económico que se generaría en las empresas del sector si se ven obligadas a desistirse de todos los procesos judiciales en trámite.</p> <p>Es muy importante tomar en consideración que de implementarse dicha propuesta, esta constituiría un mecanismo perverso de doble penalización económica para el concesionario, puesto que para poder continuar operando en el mercado, en primer lugar la empresa operadora tendrá que asumir nuevas condiciones que involucran un incremento de inversión económica tales como expansión de infraestructura, ampliación de cobertura, actualización tecnológica, entre otros; y en segundo lugar al desistirse de los procesos judiciales en trámite acarrearía que se emitan de manera simultánea una serie de requerimientos de pago de multas --que el concesionario considera se le han impuesto</p>





	<p>indebidamente y que por ende ha judicializado--, lo cual que afectarían la liquidez y la sostenibilidad económica que las empresas operadoras requieren para continuar operando.</p> <p>3) Sin perjuicio de lo previamente señalado, en el negado supuesto de que nuestros argumentos no sean tomados en cuenta, consideramos que la Norma Definitiva debería establecer claramente que las infracciones derivadas de los procesos judiciales de los cuales un concesionario haya desistido para poder efectuar la solicitud de renegociación, no deberán ser incluidas en el cálculo de la penalidad de ningún periodo de renovación posterior.</p>
<p><b>Artículo 2: Se debe Incorporar una Disposición que precise el tratamiento de las solicitudes en trámite.</b></p>	<p>El Proyecto no ha previsto ni hecho mención a alguna a las reglas aplicables para su entrada en vigencia ni tampoco sobre el impacto que tendrá la variación metodológica sobre las solicitudes de renovación actualmente tramitadas ante el Ministerio de Transportes y Comunicaciones. De hecho, en la aprobación de la Metodología en el año 2010 se señaló de forma expresa que era de aplicación a las solicitudes en trámite.</p> <p>Por ello, teniendo en cuenta que la metodología propuesta en el Proyecto debe contar con la necesaria predictibilidad respecto de su aplicación, solicitamos se incluya en la norma definitiva una disposición con el texto siguiente (o uno alternativo con efectos análogos):</p> <p><i>"Disposición Transitoria</i></p> <p><i>La Metodología, incluidas las modificaciones realizadas por el presente Decreto Supremo, será aplicada a las solicitudes de renovación en trámite, si las empresas concesionarias así lo señalan de forma expresa dentro del plazo de treinta (30) días hábiles. En dicho caso las disposiciones se aplicarán respecto del período completo de evaluación (gradual o total)."</i></p>
<p><b>Artículo 2: Se debe Incorporar una Disposición que precise que la evaluación de la renovación incluirán sólo las obligaciones relacionadas a cada contrato de concesión.</b></p>	<p>El Proyecto no precisa si la penalidad a aplicarse será determinada a partir de la totalidad de incumplimientos del operador, independientemente del contrato de concesión cuya renovación esté siendo solicitada.</p> <p>Este constituye un tema crucial que debe ser abordado en la norma definitiva a ser aprobada por el Ministerio. A la fecha, en los informes de evaluación anual de cumplimiento de obligaciones emitidos por el Osiptel, el regulador ha optado por considerar, en conjunto y de manera integral, el desempeño de cumplimiento de las empresas operadoras sin distinguir los contratos de los cuales se deriven dichos incumplimientos; sin contar con sustento normativo alguno. El regulador ha justificado este sistema de evaluación en el Modelo Financiero Integral por empresa, contenido en los numerales 87 y 89 de la Metodología vigente, aprobada por Decreto Supremo N° 036-2010-MTC<sup>4</sup>.</p> <p>En ese sentido, bajo el criterio -errado- del regulador, las infracciones cometidas en el marco de la prestación de un determinado contrato impactan directamente en la renovación de otros contratos de concesión</p>





cuyo alcance puede no estar relacionado en modo alguno con los servicios respecto de los cuales se han presentado los incumplimientos.

Sobre el particular, ni el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones ni el Reglamento General ni cualquier otro dispositivo normativo, señala que la evaluación de los incumplimientos comprende contratos distintos de aquel cuya renovación es solicitada. De hecho, el artículo 195 del Reglamento General señala que "la solicitud de renovación será evaluada teniendo en cuenta si el concesionario cumplió con las obligaciones derivadas del contrato de concesión, de la Ley, del Reglamento y demás normas que resulten aplicables". El Reglamento no incorpora en dicho enunciado alguna referencia expresa a "otros contratos de concesión", pues se entiende que la evaluación de los mismos es independiente del contrato evaluado.

Por su parte, la Metodología vigente se enfoca en una evaluación integral de las variables económicas y financieras que afectan los flujos de caja de la empresa y en cómo los determinados incumplimientos impactan en dichas variables (Valor de Ponderaciones - Si). El Valor de Ponderaciones se obtiene a través del Valor Actual Neto (VAN), el cual a su vez se calcula a partir de un modelo financiero integral que toma en cuenta diversos factores como ingresos gastos y proyecciones tarifas de cada línea de negocios. El VAN se calcula de forma integral porque las empresas operadoras suelen unificar y determinar de forma integral dichos conceptos, no siendo posible diferenciarlos en función de su origen (esto es, de acuerdo al tipo de servicio público de telecomunicaciones involucrado).

Lo anterior no supone en modo alguno que la evaluación del impacto de las infracciones deba también ser efectuada de forma tal que afecte a la totalidad de contratos de concesión de una sola empresa y que, por consiguiente, los incumplimientos correspondientes a un contrato de concesión no relacionado con aquel cuya renovación se solicita sean imputados para calcular la penalidad correspondiente.

La norma sobre el régimen de evaluación para renovaciones del plazo de concesiones es el artículo 5 de los Lineamientos aprobados por el Decreto Supremo 3-2007-MTC, el cual dispone lo siguiente:

"Artículo 5.- Criterios generales para la renovación

1. Con la finalidad de garantizar la transparencia y predictibilidad respecto de las decisiones a adoptarse por la Administración en los procedimientos de renovación de los contratos de concesión que inicien las empresas concesionarias, se aplicarán los siguientes criterios generales:

a) El MTC aprobará, a propuesta del OSIPTEL, el método que utilizará para la evaluación del cumplimiento de las obligaciones incluidas en los contratos de concesión, en un plazo de noventa (90) días computados a partir de la vigencia del presente Decreto Supremo.

b) La evaluación que realice OSIPTEL y el MTC del cumplimiento de las obligaciones [incluidas en los contratos de concesión] que correspondan se debe realizar teniendo en cuenta el desempeño





general de la empresa concesionaria respecto de cada obligación [incluida en los contratos de concesión] en el período analizado.

c) No se debe calificar como incumplimiento situaciones que se encuentren en litigio en sede administrativa, judicial o arbitral. Dichos incumplimientos serán considerados como parte de la evaluación del período en el cual se emita el pronunciamiento definitivo." (subrayados y textos entre corchetes agregados)

De acuerdo a la Matriz de Comentarios de esta norma, Telefónica propuso que se incluyera lo siguiente: "De igual manera, se debería incluir como infracciones que afecten el desempeño de la empresa operadora dentro del ejercicio bajo análisis sólo a aquellas infracciones que hayan sido calificadas por el Ministerio o por el organismo regulador como violaciones a las obligaciones sustanciales de los Contratos de Concesión." A lo cual el Ministerio respondió señalando:

"Los contratos de concesión ya establecen qué obligaciones forman parte de la evaluación, por lo que no es viable la sugerencia, en el sentido de incluir como infracciones que afecten el desempeño de la empresa operadora sólo a aquellas infracciones que hayan sido calificadas por el Ministerio o por el organismo regulador como violaciones a las obligaciones sustanciales de los Contratos de Concesión."

Claramente cada contrato de concesión genera una relación jurídica independiente entre el concesionario y el Estado peruano. Cada contrato tiene sus plazos, su ámbito geográfico, sus servicios públicos incluidos, etc. De hecho, un eventual incumplimiento que genere la resolución de un contrato de concesión no tiene el efecto de terminar todos los otros contratos de concesión de la misma empresa. Como señaló el Ministerio en dicha oportunidad, son los propios contratos de concesión los que establecen cuáles obligaciones forman parte de la evaluación para su propia renovación. Hasta donde conocemos, ninguno de los contratos de concesión del sector establece que a efectos de la evaluación de su renovación deben evaluarse las obligaciones incluidas en otros contratos de concesión.

La perspectiva -errada- de Osiptel, que aplica un mismo incumplimiento a todos los contratos de un concesionario- pretende que los eventuales incumplimientos impacten de la forma más gravosa a la empresa concesionaria.

Lo señalado se explica con un ejemplo: una concesionaria cuenta con dos contratos de concesión, uno para el servicio de distribución de radiodifusión por cable (también conocido como servicio de televisión de paga) y otra para telefonía fija. Obviamente, la ejecución de obligaciones de ambas concesiones son distintas precisamente por el carácter distinto de sus servicios. No existe duda que el incumplimiento de proveer los canales de televisión a los abonados debe impactar en la concesión del servicio de televisión de paga; pero no existe razón alguna para que dicho incumplimiento impacte en la otra concesión de la empresa, cuyo servicio es totalmente distinto (por ejemplo telefonía fija).





De hecho, la interpretación de Osiptel es directamente contraria a lo ordenado por el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General – LPAG, la cual ordena lo siguiente:

**"Artículo 64.- Derechos de los administrados**

Son derechos de los administrados con respecto al procedimiento administrativo, los siguientes: (...) 10. A que las actuaciones de las entidades que les afecten sean llevadas a cabo en la forma menos gravosa posible." (subrayado agregado)

La aplicación de la LPAG al procedimiento de renovación es clara. Más aún, algunos contratos de concesión lo señalan de manera expresa. Por ejemplo, la cláusula 6.5 del contrato de concesión para la prestación del servicio público móvil (banda B), suscrito el 21 de setiembre de 2007 y aprobada mediante Resolución Ministerial N° 518-2007-MTC/03, señala:

"6.5 Asimismo, el procedimiento de renovación se sujetará a los principios regulados en las Leyes Aplicables, en la Ley N° 27444 Ley del Procedimiento Administrativo General, y en el Decreto Supremo N° 003-2007-MTC y sus normas complementarias."

Además, los hechos generadores de los diferentes incumplimientos no se derivan en muchos casos de situaciones o fallas estructurales de los operadores (que sean comunes a todos sus servicios) sino de deficiencias de infraestructura (no imputables a las empresas) o fallas en el proceso regulatorio que pueden presentarse solo durante la prestación de un determinado servicio y estar ausente en otros. Por lo mismo, imputar incumplimientos no relacionados con los contratos cuya renovación se solicite puede penalizar arbitrariamente el buen desempeño de una operadora en un mercado específico sin que exista una fundamentación lógica para ello.

Lejos de desincentivar comportamientos contrarios a la regulación sectorial esto supone castigar doblemente a las empresas por incumplimientos que pueden haber sido superados o eliminados en otros contratos y servicios.

No sólo ello, el errado criterio de Osiptel crea incentivos perversos que generan ineficiencias. Dado que el criterio de Osiptel se aplica por empresa -a todos los contratos de concesión de titularidad de una misma empresa-, lo que ocurrirá es que los grupos empresariales tengan el incentivo a asignar cada contrato de concesión a una empresa distinta del grupo. Incluso en las nuevas licitaciones de telecomunicaciones, lo más adecuado -dado el criterio de Osiptel- será crear una sociedad nueva -tal como lo permiten la totalidad de bases de las licitaciones- para asumir el nuevo contrato de concesión.

Claramente se crean ineficiencias que por supuesto impactan en los costos de los servicios. Las sinergias y reducción de costos de una prestación centralizada en una sola firma se perderán. De hecho, esta situación es también contraria a lo señalado en el Reglamento General del Osiptel (Decreto Supremo 8-2001-PCM), específicamente su artículo 14:

**"Artículo 14.- Principio de Eficiencia y Efectividad**





	<p>La actuación de OSIPTEL se guiará por la búsqueda de eficiencia en la asignación de recursos y el logro de los objetivos al menor costo posible para la sociedad en su conjunto.”</p> <p>Esta disposición recoge el principio de eficiencia, presente no solo como disposición normativa, sino como principio rector de la regulación de servicios públicos e infraestructura.</p> <p>La opción -errada- de Osiptel, desde nuestra perspectiva, no responde en realidad a una derivación de la metodología, sino a una actuación centrada en lograr el mayor número de sanciones que afecten a las empresas. Ya en comunicaciones anteriores, nuestra empresa ha acreditado -sin respuesta del concedente- que Osiptel instituyó mecanismos de incentivo de sus gerencias bajo los cuales se consideraban más eficientes si un mayor porcentaje de inspecciones derivaban en sanciones o procedimientos sancionatorios. Reiteramos: nuestra empresa presentó evidencia.</p> <p>Ninguna metodología de evaluación de cumplimiento para renovación de concesiones podrá ser razonable si a la par se cuenta con un regulador cuyo personal tienen incentivos para sancionar o si aprueba un régimen sancionador prioritariamente punitivo. Lamentablemente, no estamos nada alejados de dicho contexto. Si bien esto último no es materia ni responsabilidad directa del Ministerio, si lo es evitar que estas desviaciones afecten una adecuada evaluación de las obligaciones de cada contrato de concesión a efectos de su renovación.</p> <p>Es cierto que existen algunas obligaciones respecto de las cuales pueden existir dificultades en la identificación respecto a cuál contrato de concesión corresponden. En estos casos se deben establecer criterios de detalle sin afectar por igual a todas las concesiones de una empresa y/o que por lo menos permitan diferenciar los tipos de servicios a los cuales pertenece cada incumplimiento.</p> <p>Por lo descrito, solicitamos al Ministerio que la norma definitiva a ser aprobada contenga el texto siguiente (o uno alternativo con efectos análogos):</p> <p style="text-align: center;">“Disposición Final:</p> <p style="text-align: center;">Las evaluaciones dentro de los procedimientos de renovación del plazo de las concesiones de servicios públicos de telecomunicaciones incluirán sólo las obligaciones relacionadas a cada contrato de concesión.</p> <p style="text-align: center;">El Ministerio establecerá los lineamientos a aplicarse en caso de obligaciones que no puedan ser asociadas a una concesión específica.”</p>
<p>Se debe eliminar las medidas correctivas y amonestaciones de evolución de la</p>	<p>Dentro de la metodología vigente así como la propuesta en el Proyecto, el cálculo de las penalidades aplicables a los plazos de renovación de los contratos de concesión, incluye a las medidas correctivas y amonestaciones impuestas a las empresas de telecomunicaciones.</p>







<p>renovaciones de concesiones</p>	<p>Ante este escenario debemos señalar que, conforme se encuentra establecido en el artículo 23° del RFIS<sup>5</sup>, las medidas correctivas constituyen disposiciones que buscan corregir o adecuar conductas de las empresas operadoras que no se ajustan a las obligaciones contenidas en las normas del sector. Asimismo, el artículo 25<sup>6</sup> del RFIS evidencia que la imposición de una medida correctiva no es equiparable a una sanción, salvo que la misma sea incumplida, para lo cual el OSIPTEL iniciará necesariamente, luego de detectado el incumplimiento de la medida correctiva, un procedimiento administrativo sancionador.</p> <p>Teniendo en cuenta lo previamente mencionado, es evidente que una medida correctiva no posee un carácter sancionador. Por ello, no resultaría razonable que si una medida correctiva no generó la imposición de una sanción para las empresas operadoras en los respectivos procedimientos administrativos sancionador, de forma posterior se pretenda considerar dicha medida como un incumplimiento para establecer penalizaciones que impacten los plazos en las renovaciones de las concesiones.</p> <p>De la misma forma, consideramos pertinente señalar que la imposición de una Amonestación se da ante una incidencia menor que en la práctica no ha generado efectos con relevancia significativa, tanto es así que el propio regulador decidió en su debida oportunidad no sancionar económicamente. Por ello su inclusión dentro de la Norma Definitiva generaría un exceso de punición y un castigo totalmente desproporcionado para las empresas operadoras.</p> <p>Por lo descrito previamente, solicitamos respetuosamente al Ministerio que la norma definitiva a ser aprobada no incluya las medidas correctivas ni las amonestaciones para el cálculo de las penalidades que afectarán los plazos de las renovaciones de concesiones.</p>
------------------------------------	--

<sup>5</sup> **Artículo 23.- Medidas Correctivas** - Las medidas correctivas constituyen disposiciones específicas que tienen como objetivo la corrección del incumplimiento de una obligación contenida en las normas legales o en los Contratos de Concesión respectivos. Mediante la imposición de una medida correctiva, los órganos competentes del OSIPTEL para imponer sanciones, ordenan a las Empresas Operadoras realizar una determinada conducta o abstenerse de ella, con la finalidad de que cumpla con determinadas obligaciones legales o contractuales.

Las medidas correctivas establecerán los mecanismos adecuados que permitan su debido cumplimiento, así como el respectivo plazo para que éste se produzca, cuando corresponda."

<sup>6</sup> **Artículo 25.- Incumplimiento de las medidas correctivas** - El incumplimiento de lo dispuesto en una medida correctiva dictada por el OSIPTEL constituye infracción muy grave, salvo que en la misma se establezca una calificación menor. Ante dicho incumplimiento corresponderá iniciar el respectivo procedimiento administrativo sancionador.

