

Telefonica

TDP-2782-AR-GER-18

Lima, 3 de setiembre de 2018

Sr.

Jose Aguilar Reátegui

Director General de Regulación y Asuntos Internacionales de Comunicaciones

MTC

Presente.

Asunto: Remisión de comentarios

Referencia: Resolución Ministerial N° 634-2018-MTC/01.03

De nuestra mayor consideración:

Sirva la presente para saludarlo cordialmente y para hacer mención a la Resolución Ministerial Nro. 634-2018-MTC/01.03, mediante la cual el Ministerio de Transportes y Comunicaciones publica el Proyecto de Decreto Supremo que aprueba el Reglamento para el Reordenamiento de una Banda de Frecuencias, otorgando un plazo de 15 días calendarios para la remisión de comentarios.

Con relación a ello, dentro del plazo otorgado, remitimos los comentarios elaborados por mi representada al referido Proyecto de norma.

Sin otro particular, agradeciendo la atención que brinde a la presente, quedamos de usted.

Atentamente,



Ana Claudia Quintanilla

Gerente de Estrategia Regulatoria Corporativa

Telefónica del Perú S.A.A.

MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES



E-239296-2018

FECHA Y HORA: 2018/09/03 17:39:59

REGISTRADOR: RODOLFO KEVIN PUMARICRA
GARAY

Revisa tus trámites en nuestro
www.mtc.gob.pe/edt

Ana Claudia Quintanilla Paucarcaja
Gerente Estrategia Regulatoria
Telefónica del Perú S.A.A.
Arequipa N° 1155, Piso 8
Lima - Perú

Comentarios proyecto de Decreto Supremo que aprueba el Reglamento para el reordenamiento de una banda de frecuencias

Artículo	Comentarios
<p>Comentarios generales</p>	<p>Saludamos el interés del Ministerio en solucionar la problemática derivada de una falta de política clara de asignación de espectro radioeléctrico en bandas altas que ha derivado en acaparamiento de espectro, transacciones en el mercado secundario de un recurso naturales no alineadas al interés público, ineficiencias en la asignación de un recurso escaso y finalmente decisiones de asignación no competitivas. Como ha sido recogido en distintos informes publicados en la página web del OSIPTEL, este organismo había advertido al Ministerio sobre algunas de estas situaciones y recomendado tomar acciones desde hace varios años, con lo cual, el iniciar un debate sobre la materia ya de por sí es positivo para el mercado. Sin embargo, creemos que, dada la relevancia de la materia en el mercado de las telecomunicaciones, hubiera sido preferible un proceso mucho más amplio de debate, lo que no ha podido implementarse en plazos tan reducidos para comentarios.</p> <p>El espectro, como bien escaso, se debe asignar en procesos abiertos, transparentes y competitivos, que permitan asegurar el uso más eficiente y que genere mayor valor, garantizando en todo momento la competencia en el mercado. Como pasaremos a detallar en nuestros comentarios particulares al proyecto materia de comentarios, aun cuando entendemos que es la intención del MTC poder solucionar la problemática vigente, la propuesta no solucionar la misma, sino que la agrava. En particular nos preocupa lo siguiente:</p> <ul style="list-style-type: none"> • La propuesta podría involucrar la modificación unilateral de compromisos asumidos por el Estado dentro del marco de asignaciones de espectro concursos públicos, que gozan de garantías y protección constitucional. De no corregirse esta divergencia, estaríamos frente a una norma de carácter inconstitucional. • Pretender aprobar esta propuesta sin primero solucionar temas de fondo pendientes en las asignaciones de espectro vigentes, en vez de servir de remedio para el acaparamiento de espectro y asignaciones irregulares, servirá de herramienta para consolidar dichas posiciones. Esto implica: <ol style="list-style-type: none"> a) No puede iniciarse un reordenamiento si primero no se ha solucionado la falta de tope de espectro en la banda 2.3 GHz y 2.6 GHz, lo cual fue solicitado por OSIPTEL hace ya varios años. Este vacío ha permitido que las empresas vean este "reordenamiento" como una oportunidad de convalidar tenencias de espectro sin concurso público y aumentar los niveles de acaparamiento de este recurso escaso. Basta con revisar las últimas noticias de compras de espectro en la banda 2.3 GHz. Por tanto, quedaría claro que esta propuesta, lejos de ser leída por el mercado como un mecanismo para lograr una eficiente asignación del espectro, estaría siendo interpretada como una garantía para situaciones de acaparamiento. Por tanto, planteamos que el MTC con carácter de urgencia fije un tope de

20+20 MHz en banda 2.6 y 30 MHz en banda 2.3.

b) No puede iniciarse un proceso de reordenamiento si primero no se resuelve las irregularidades existentes en la tenencia de espectro. Claro ejemplo de ello es la asignación a solicitud de parte de la banda 2.6 GHz a favor de Bitel. Si se inicia el reordenamiento sin haber tomado una decisión respecto de ello, el Estado corre el riesgo de que las empresas involucradas aleguen que se ha generado un derecho a favor de ellas.

- La propuesta no garantiza la asignación de espectro a través de mecanismos competitivos, dado que sólo permitirá "ver la función" a quienes "tuvieron acceso sin pagar entrada". Si estamos ante un recurso natural, patrimonio de la nación, con alto valor por su escasez, resulta contrario al interés público que no se dé la oportunidad a "todos los actores" en "igualdad de condiciones" a acceder al mismo. Bajo la propuesta:

- (i) Pierde el Estado y los consumidores al no utilizarse herramientas válidas a nivel internacional para una asignación eficiente del espectro;
- (ii) Pierde la competencia, porque se genera distorsiones para la tenencia de un insumo esencial para prestación de servicios públicos de telecomunicaciones;
- (iii) Ganan algunas empresas privadas que a través de un comportamiento oportunista se hicieron gratis de un recurso natural con la finalidad de especular sobre dicho bien, revendiéndolo a un tercero y así apropiarse de rentas que le correspondían al Estado.
- (iv) Ganan otras empresas privadas que aprovecharán una asignación no competitiva para obtener una ventaja indebida para concurrir en el mercado en situación de ventaja frente a sus competidores.

Por ello, creemos fundamental que en el caso particular de reordenamiento y cambio de uso de la banda de 2.5GHz desde MMDS a servicios móviles, se proceda a revertir el espectro asignado directamente sin concurso y se vuelva a asignar para servicios móviles en un proceso abierto y competitivo que permita a todos los operadores participar para conseguir el espectro necesario para la prestación de sus servicios.

- La propuesta, al ser ambigua respecto de compromisos y variables para definirlos, se presta a un uso ampliamente discrecional que puede ampliar las situaciones de discriminación que se generarían entre operadores que ya tienen espectro y los que no.
- La propuesta no considera que determinadas bandas de espectro asignadas por concurso público, involucraban el derecho conferido por el Estado a usarlas para distintos servicios al inicialmente conferido.

Como Telefónica manifestamos expresamente nuestro interés de acceder al espectro necesario para brindar cada vez nuevos y mejores servicios a favor de nuestros clientes y, por tanto, nos oponemos a que se nos excluya de la posibilidad de acceder a bandas de espectro para IMT en igualdad de

	<p>condiciones respecto a nuestros competidores, dado que ello desembocaría en una situación de competencia desleal que estaría siendo generada por el propio Estado, pese a que éste se comprometió con Telefónica – en el marco del contrato-ley aprobado por Decreto Supremo 11-94-TCC- a no otorgar concesiones que resulten en una situación de competencia desleal en contra de nuestra representada (Sección 12.05 de nuestros Contratos Ley).</p> <p>El proceso competitivo que se implemente por otro lado, debe promover la reducción de la brecha digital, dejando de lado fines recaudatorios que no aseguran que los beneficios de una licitación se traduzcan en beneficios al sector de telecomunicaciones.</p> <p>Por tanto, solicitamos expresamente una revaluación integral de la propuesta, no sin antes solucionar la problemática existente en las bandas 2.3 GHz y 2.6 GHz.</p>
<p>1 Objeto del Reglamento</p>	<p>Creemos indispensable incorporar como parte del objeto del Reglamento, el absoluto respeto a las condiciones y compromisos asumidos por el Estado dentro del marco de un otorgamiento de concesión y/o espectro radioeléctrico a través de procesos competitivos de concurso público, a efectos de asegurar la constitucionalidad de la presente norma.</p> <p>El reordenamiento de una banda de frecuencias de manera alguna podría involucrar una inobservancia o incumplimiento de obligaciones asumidas por el Estado en el respectivo contrato de concesión que es producto de un proceso de promoción a la inversión privada, dado que estaríamos frente a una norma de carácter inconstitucional, al vulnerar lo estipulado en el artículo 62° de la Constitución:</p> <p><i>Artículo 62°.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. 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.</i></p> <p>Elo se agrava si se considera que inclusive la asignación de determinadas bandas de espectro se encuentra incorporada como derecho en contratos que tienen naturaleza de Contrato Ley, como son las asignaciones en la banda de 3.5 GHz, existiendo pronunciamientos en la vía arbitral y a nivel del Tribunal Constitucional¹ sobre el nivel de protección de dichos contratos y</p>

¹ Como es de conocimiento del MTC existe un pronunciamiento en la vía arbitral que otorgó a los contratos de concesión suscritos en el marco de la licitación de espectro 3.5 GHz el carácter de contrato-ley. Asimismo, en el caso del espectro otorgado a Telefónica de la banda 3.5 GHz, dicha asignación fue incorporada como adenda a los contratos ley de Telefónica del Perú, respecto de los cuales el Tribunal Constitucional mediante sentencia recaída en el expediente N° 005-2003-AI/TC reconoció su nivel de protección.

que son de amplio conocimiento del Ministerio, como explicaremos más adelante.

La Vulneración de la Constitución Política del Perú:

A modo de ejemplo, nos referiremos puntualmente a la banda 3.5, la misma que fue asignada a mi representada como consecuencia de la adjudicación de la buena pro con fecha 20 de junio de 2000 otorgada por el Comité Especial de Telecomunicaciones, en el marco de la "Licitación Pública Especial para la Asignación del Espectro Radioeléctrico y la Entrega en Concesión al Sector Privado de los Servicios Públicos de Telefonía Fija Local y Portador Local".

En virtud de dicha asignación, es que mi representada el 25 de julio de 2000, celebró una Adenda a sus contratos de concesión suscritos con fecha 16 de mayo de 1994 y aprobados por Decreto Supremo N° 11-94-TCC (en adelante, los "Contratos de Concesión").

Los Contratos de Concesión se celebraron dentro de la vigencia de la Ley N° 26285 – Ley de Desmonopolización Progresiva de los Servicios Públicos de Telefonía Fija Local y Servicios Portadores de Larga Distancia, ley de desarrollo constitucional, publicada el día 14 de enero de 1994.

De conformidad con lo establecido en el artículo 3° de la Ley N° 26285 "*los contratos de concesión que celebre el Estado para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones tienen el carácter de contrato-ley*". En tal sentido, los Contratos de Concesión son contratos-ley y, por lo tanto, gozan del "blindaje" jurídico otorgado por el artículo 62° de la Constitución Política de la República.

El mencionado dispositivo constitucional reconoce y garantiza el derecho a la libertad contractual y la permanencia de lo estipulado por las partes, contemplando en su segundo párrafo el caso especial de los contratos-ley, dotados de estabilidad e inmutabilidad incluso frente a eventuales modificaciones legislativas futuras.

En consecuencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 62° de la Constitución Política del Perú, los Contratos de Concesión (que son contratos ley) no pueden ser modificados legislativamente. Si con posterioridad a la celebración de un contrato-ley y durante su vigencia, se aprobara una norma que pretendiera interpretar, modificar o precisar lo estipulado en dicho contrato-ley, se configuraría un acto inconstitucional violatorio de los derechos constitucionales a la libertad de contratación y a la seguridad jurídica previstos en el artículo 62° de la Constitución.

Lo anterior ya ha sido reconocido anteriormente por: (a) el Tribunal Constitucional que reconoció expresamente la calidad de contratos-ley de los Contratos de Concesión al indicar que "*(...) los alcances de la sentencia que*

ahora se expide tampoco pueden afectar la validez del contrato-ley celebrado entre el estado peruano y TdP². En dicha sentencia, el Tribunal Constitucional además proclamó la inmodificabilidad de todo el texto contractual y de las normas al amparo de las cuales se celebró y reconoció la autonomía de los organismos reguladores; (b) el Poder Ejecutivo al observar la autógrafa de ley que buscaba eliminar el cobro de la "renta básica" contenida en dichos Contratos de Concesión³, y; (c) sendos laudos arbitrales⁴.

Otras consideraciones:

Hay que considerar a su vez que la Ley Marco de Promoción de la Inversión Privada, aprobada por Decreto Legislativo 1224 y todo el marco normativo asociado, que han sido la base para el desarrollo de diversos de procesos de concursos públicos en el sector, establecieron un régimen de protección para el privado.

Dichos procesos de promoción de la inversión privada han tenido como respaldo el desarrollo de estudios previos de factibilidad económica y oportunidad de la inversión privada que demuestran su rentabilidad social; en estos procesos no sólo se ha buscado satisfacer una necesidad pública, sino que la propuesta sea atractiva al interés del sector privado a quien posteriormente se le ofrecerá.

En ese sentido, a diferencia de los contratos de concesión otorgados a solicitud de parte, en este tipo de procesos existe un interés concreto del Estado en desarrollar determinado Proyecto con características particulares (tipo de servicio, tecnología utilizada, zona beneficiada, población beneficiada, etc.) y obtener un beneficio específico por el otorgamiento de la buena pro (sea pago de sumas de dinero, imposición de obligaciones particulares y/o compromisos de inversión).

En ese tipo de casos, el Estado emite normas que declaran de necesidad nacional el desarrollo de determinados proyectos. Así, a modo de ejemplo, se tiene que a través del Decreto de Urgencia N° 001-2011 y sus modificatorias, el Estado declaró de necesidad nacional y de ejecución prioritaria por parte de la Agencia de Promoción de la Inversión Privada - PROINVERSION, los procesos de promoción de la inversión privada vinculados con la concesión de un listado de 33 procesos. El proceso N° 32 era el referido al "Desarrollo de la Banda Ancha y masificación de la Fibra Óptica en zonas Rurales y lugares de preferente interés social: Proyectos Cobertura Universal Sur,

² Numeral 18 de los fundamentos de la sentencia de fecha 3 de octubre de 2003 en el expediente N° 005-2003-AI/TC.

³ Oficio N° 143-2006-PR de fecha 5 de octubre de 2006.

⁴ Laudo de fecha 20 de octubre 2010 (expediente N° 1430-062-2008) Tribunal Arbitral compuesto por Aurelio Loret de Mola Bohme, Oswaldo Hundskopf Exebio y José Luis Sardón de Taboada, laudo de fecha 9 de mayo 2003 (expediente N° 562-149-2001) Tribunal Arbitral compuesto por Baldo Kresalja Roselló, Shoschana Zusman Tinman y Enrique Palacios Pareja y laudo de fecha 30 de abril de 2004 (expediente N° 537-124-2001) Tribunal Arbitral compuesto por Javier de Belaúnde López de Romaña, Jaime Zavala Costa y Fernando Cantuarias Salaverry.

Proyectos Cobertura Universal Norte y Cobertura Universal Centro y otros que establezca el Ministerio de Transportes y Comunicaciones", habilitó al MTC a incluir al proceso de promoción de la inversión privada nuevos procesos que juzgue prioritarios.

A consecuencia de ello, mediante Resolución Ministerial N° 324-2011-MTC/03, del 7 de mayo de 2011, el MTC, entre otros, dispuso la realización del Concurso Público de Ofertas para otorgar concesión única para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones y asignar las bandas 899-915 MHz y 944-960 MHz en la provincia de Lima y la Provincia Constitucional del Callao y las bandas 902-915 MHz y 947-960 MHz, en el resto del país.

En esa línea, es posible afirmar que los contratos celebrados entre el Estado Peruano y los particulares como producto de estos procesos de licitación, cuentan con garantía de que sus cláusulas no serán arbitrariamente alteradas en el devenir de la vigencia del mismo. De esta manera, la confianza legítima y la predictibilidad en las actuaciones del Estado se ven revestidas de la formalidad del Contrato cuyas cláusulas son inalterables (salvo casos excepcionales) toda vez que existe una inversión realizada por el privado que tiene expectativa de recuperar a lo largo de la ejecución del contrato. En ese sentido, existe un equilibrio económico financiero y asignación de riesgos que debe preservarse. De otro lado, existe una necesidad pública que se ve satisfecha durante la vigencia del contrato de concesión por lo que la finalidad del proceso de licitación o concurso se ve realizada, de esta manera el Estado cumple su rol de garante de la provisión de servicios públicos.

Por su parte, los contratos de concesión celebrados a solicitud de parte, son producto de actos administrativos que no contemplan contraprestaciones mutuas entre las partes. Tampoco existe un plan de promoción de la inversión en estos casos. Asimismo, no existen, en estos contratos de concesión, parámetros muy rigurosos previamente establecidos sin los cuales no es posible otorgar la concesión como sí lo hay en el caso de aquellos contratos celebrados como producto de una licitación o un concurso público. En éstos, de no cumplir con alguno de los requisitos establecidos en las bases para la licitación, se es descalificado y por tanto no es posible de ser un postor al que se le otorgue la buena pro.

De igual manera, dado que el esquema financiero en el caso de los contratos de concesión otorgados por licitación son a título oneroso, la proyección de recuperación de la inversión realizada por el privado es un punto relevante, a diferencia del otorgamiento de la concesión bajo el régimen general siendo que en su mayoría, la inversión, es por cuenta y riesgo del privado.

En ese contexto, de manera alguna mediante el presente Reglamento el Estado podrá imponer al privado, cuya asignación se deriva del otorgamiento de espectro radioeléctrico producto de un concurso público, una modificación en la asignación del espectro otorgado, salvo que se trate de un supuesto expresamente contemplado en el respectivo contrato y **se cuente con la aceptación de la empresa operadora.**

Por lo expuesto, el presente Reglamento debe tener como alcance única y

	<p>exclusivamente las asignaciones de espectro que no se derivan de procesos competitivos o, en su defecto, establecer expresamente que cualquier reordenamiento que involucre espectro asignado mediante concurso público, deberá realizarse dentro del marco de los términos del respectivo contrato de concesión, sin exigencia de obligaciones adicionales.</p> <p>Adjuntamos como anexo 1 el informe legal elaborado por el Estudio Ehecopar, que desarrolla los conceptos expresados. (</p>
<p>Artículo 2</p>	<p>El MTC indica que el Reglamento se soportará en los principios de eficiencia, competencia, no discriminación, igualdad de acceso, entre otros. Sin embargo, cuando se revisa el texto, se concluye que los mencionados principios no han sido considerados. El método propuesto:</p> <ul style="list-style-type: none"> • No garantiza el respeto a las asignaciones de espectro basadas en métodos competitivos, al existir total discrecionalidad para modificar las condiciones de asignación del espectro respecto del cual el Estado se ha comprometido a entregarlo en uso exclusivo por un tiempo determinado, a través de un proceso de concurso público como contraprestación a una obligación impuesta a la empresa operadora (pago de suma de dinero y/o compromisos de inversión). • Avala que un espectro asignado a través de mecanismos no competitivos sea "legitimado" a través de un proceso no competitivo de asignación como el planteado, al reasignar espectro "post reordenamiento" a las empresas operadoras que ya ocupan dicha banda a través de compromisos que no son fijados en el marco de un concurso público, dejando de lado la posibilidad de que una empresa que no tiene asignado espectro en una banda relevante para el desarrollo de servicios móviles de última generación, pueda ejercer el derecho de acceder al mismo en las mismas condiciones. <p>En efecto, el proyecto otorga un "derecho de preferencia" a actuales tenedores de las bandas de espectro que no han sido asignadas por concurso público, permitiendo que consoliden o regularicen el uso de dichas bandas, en vez de asegurar que a través del reordenamiento, las mencionadas bandas sean reasignadas a través de procesos competitivos en el que todos los operadores interesados tengan el "derecho" de acceso y se genere beneficios al Estado y los consumidores vía una asignación eficiente.</p> <p>Con la propuesta realizada, de aprobarse, el MTC está avalando la política de "<i>primero en llegar, primero en servirse</i>" (en adelante FCFS) en vez de una política de asignación basada en mecanismos competitivos, como un concurso público, lo que generará señales en el mercado que incentivarán comportamientos oportunistas para el acaparamiento de espectro.</p> <p>La política FCFS se utilizó originalmente para poder asignar espectro cuando no había aun debate sobre la escasez del recurso y hoy no es posible concebir la utilización de dicho mecanismo en la asignación de espectro para IMT. Ya en el 2002 estudios realizados para la Comunidad Europea, presentaban las desventajas de este método⁵:</p>

⁵ En:

http://ec.europa.eu/competition/sectors/telecommunications/archive/telecom/scarce_resources.pdf

First-come-first-served (FCFS) is the most traditional method, especially at earlier times when spectrum had not been scarce yet. In mobile communications, first-come-firstserved often meant that the incumbent monopolies got the available spectrum. [...]

	Efficiency	Transaction Cost Time	Non-discriminating, Transparent	Social and fiscal objectives	(Governments influence (from their point of view)
first come first served	--	--	--	--	depends
Lottery	--	--	--	--	--
Auction	++	depends	++	++	--
Discretionary Decision	depends	depends	--	depends	++
Beauty Contest Criteria Contest	depends	--	depends	depends	--

Figure DG4-337 Allocation Methods

Asimismo, estudios realizados revelan el cuestionamiento en el uso de mecanismos que no aseguran una asignación eficiente del espectro radioeléctrico:

Methods of allocation of public assets have been debated highly amongst corporate, government and academic circles. Governments all over the world have found themselves in tricky conditions as far as allocation of spectrum rights; coal blocks; oil leases and other assets are concerned. Traditionally these allocations were mainly accomplished through administrative process where governments decided whom to allocate assets and how much as per their own laid down criteria. This method is criticized for being time consuming along with being more bureaucratic in nature. Other methods like lottery systems and first-come-firstserve also have their limitations of being low on efficient allocation and less profitable for the government.⁶

El propio OSIPTEL⁷ ha solicitado en múltiples oportunidades al MTC el establecer una política que busque la asignación del espectro radioeléctrico bajo vías competitivas:

"39. Finalmente, se señaló que el espectro en la Banda de 2.6 GHz es un recurso escaso y valioso. Como tal, el mecanismo idóneo para su asignación es el de subastas públicas. En particular, se indicó lo siguiente: "Si el Estado no prevé este mecanismo y permite que un recurso que se ha utilizado de manera altamente ineficiente se transe entre agentes privados, no es posible garantizar ni exigir el uso adecuado del recurso, lo que termina afectando la intensidad competitiva".

Del mismo modo, 5G Américas señala lo siguiente sobre los métodos de

⁶ <http://www.joebm.com/papers/278-M10007.pdf>

⁷ Informe N° 00216-GPRC/2017

	<p>asignación de espectro⁸: <i>“Los reguladores de la región deben centrarse en crear subastas justas y transparentes que apoyen la inversión en redes y permitan el despliegue de tecnologías de acceso móvil y su integración en los programas de políticas públicas que promuevan la adopción de las TIC. Por otra parte, la decisión del gobierno de realizar subastas para 2,5 GHz y AWS presenta una oportunidad para que otros mercados de la región mejoren la escala económica de los servicios LTE en estas bandas, en toda América Latina y el Caribe. Como la televisión digital gana terreno en la región y las redes analógicas comienzan a ser eliminadas, más espectro en 700 MHz estará disponible (es decir, espectro del dividendo digital) y se asignarán a los diferentes agentes del mercado”.</i></p> <p>Por último, la GSMA⁹ declara lo siguiente: <i>“Las subastas pueden ofrecer beneficios sociales sólidos, siempre que se diseñen correctamente. Las subastas han comprobado ser el medio más utilizado para adjudicar espectro a aquellos que tienen la mayor posibilidad de utilizarlo de la mejor manera (eficiencia).”</i></p> <p>La única medida que permite garantizar los principios de eficiencia, competencia, no discriminación e igualdad de acceso es una política que considere los siguientes preceptos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Un tratamiento diferenciado en el reordenamiento de concesiones con concurso público respecto a las concesiones otorgadas a solicitud de parte, de acuerdo a las consideraciones expuestas anteriormente. El Estado debe respetar el espectro asignado en la banda materia de asignación, no puede imponer una reversión u obligaciones adicionales a las ya asumidas. 2. Que en el caso de concesiones otorgadas sin concurso público, el espectro retorne al Estado a través de un proceso de migración a otras bandas de espectro que no sean las designadas para IMT. 3. Que las bandas materia del reordenamiento sean asignadas por concurso público. <p>Por lo expuesto, creemos importante que los principios sean claramente estipulados y que exista coherencia entre los mismos y la propuesta normativa. Asimismo, resulta fundamental asegurar que el principio de libre competencia involucre una oportunidad de acceso efectivo y en igualdad de condiciones al espectro IMT para todos los actores.</p>
3.1. y 3.2	Debe excluirse del presente Proyecto los derechos de uso asignados por concurso público por las consideraciones expuestas anteriormente.
3.3	El MTC indica que no aplica al presente reordenamiento aquellas frecuencias materia de proceso de reversión. Nos preguntamos qué ocurre cuando el contrato de concesión previó el proceso de reversión y aún el MTC no lo ha ejecutado.

⁸ http://www.5gamericas.org/files/7614/9798/2069/V2White_Paper_Espectro_Spanish.pdf

⁹ https://www.gsma.com/latinamerica/wp-content/uploads/2016/11/spec_best_practice_SPA.pdf

Es importante alertar que, si no se realiza un proceso ordenado, la presente disposición que claramente busca no avalar situaciones irregulares de tenencia de espectro, podría ser letra muerta. En efecto, el presente Proyecto podría estar regularizando una situación irregular de tenencia de espectro que debe ser corregido. Para poner un ejemplo, la Resolución Directoral No. 690-2017-MTC/27, a través de la cual la Dirección General de Concesiones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones resolvió, entre otros aspectos, **asignar espectro radioeléctrico en la banda 2500-2692 MHz** (en adelante, la "Banda 2.6") a favor de la empresa BITEL estableció expresamente la reversión del espectro en caso de recanalización de la banda:

Artículo 4.- En el caso que la Banda 2500-2692 MHz sea recanalizada, este Ministerio, de ser el caso, procederá a revertir el espectro asignado en la presente Resolución.¹⁰
(Subrayado y énfasis agregados).

Sucede que el 10 de marzo de 2018, se emitió la Resolución Viceministerial N° 242-2018-MTC/03 (en adelante "Resolución de Recanalización"), mediante la cual se resolvió, entre otros aspectos, la recanalización de la Banda 2.6 GHZ, en los términos siguientes;


"Artículo 1.- Modificar de la Resolución Viceministerial N° 268-2005-MTC/03 que aprueba las Disposiciones de Radiocanales (Canalizaciones) para los Servicios de Telecomunicaciones (1ª Parte) a fin de incorporar la canalización de la Banda de 2 500 – 2 692 MHz a nivel nacional [...]"

Sin embargo, a la fecha no se ha procedido con la reversión de espectro. Creemos que no es adecuado para el mercado definir reglas para un reordenamiento que podrían generar **derechos futuros de saneamiento de situaciones irregulares** cuando están pendientes decisiones **importantes particulares respecto al espectro radioeléctrico**, esta situación podría ser inadecuadamente entendida por el mercado.

Por tanto, creemos que es importante que quede claramente establecido que no puede iniciarse un proceso de reordenamiento hasta que no se haya verificado que no esté presente ninguna circunstancia que amerite la reversión del espectro radioeléctrico en la banda materia de dicho proceso.

3.5	Solicitamos precisar a qué enlaces auxiliares hace referencia.
4.a	Considerando los comentarios expuestos anteriormente, la definición de

¹⁰ Página 6 de la Resolución de Asignación.

	<p>asignación debe limitarse a aquellos procesos de otorgamiento de derechos de uso fuera del marco de un proceso de concurso público o que hayan derivado de ello.</p>
<p>4.b</p>	<p>Creemos importante que se defina expresamente las bandas de frecuencia que van a ser materia de este proceso, a efectos de evitar falta de predictibilidad e inseguridad jurídica. Entenderíamos que mediante modificación al PNAF del 30.8.2018 se ha planteado ello, pero resulta indispensable establecer un nivel de priorización, siendo indispensable empezar con la banda 2.6 GHz y 2.3 GHz.</p> <p>En todo caso, dado que el problema se ha suscitado respecto de la banda 2.6 GHz, el presente proceso de reordenamiento debería referirse a esta banda, debiendo publicarse -más que una norma general que tiene varias situaciones que pueden prestarse a subjetividades- la propuesta concreta del MTC de dicho reordenamiento para conocimiento y debate público.</p> <p>Dependiendo de cómo se desenvuelva este proceso es que el MTC puede decidir replicarlo a otras bandas de frecuencia, considerando las oportunidades de mejora que se presenten en el respectivo proceso.</p> <p>Elo va en línea con recomendaciones realizadas por el OSIPTEL:</p> <div data-bbox="467 886 1084 997" style="border: 1px solid black; padding: 5px; text-align: center;">  <p>INFORME N° 00216-GPRC/2017 Página 12 de 63</p> </div> <p>43. En febrero de 2017, se llevó a cabo el evento organizado por el MTC: "Regulación de banda ancha y TIC: acciones para mejorar la competencia". En dicho evento el Presidente del OSIPTEL indicó que se debe impulsar procesos integrales de reordenamiento (<i>refarming</i>) en determinadas bandas (2.6 GHz) que actualmente no están armonizadas de acuerdo a los estándares internacionales.</p> <p>Otra banda que creemos que resulta necesario reordenar es la banda de 2.3 GHz, más aún cuando es de conocimiento público que -aprovechando esta propuesta de reordenamiento que avalaría el reconocimiento de derechos sobre espectro únicamente a los actuales tenedores- se habría realizado una operación en el mercado secundario de espectro que involucra un mayor acaparamiento, producto de la falta de definición por parte del MTC de un tope de espectro que fue recomendado por OSIPTEL en distintas oportunidades, como desarrollaremos más adelante.</p> <p>Por tanto, creemos que más que un Reglamento para el Reordenamiento de bandas, toda vez que cada banda de frecuencias tienen particularidades distintas (métodos de asignación, servicios asignados, compromisos asumidos por el Estado, etc), es necesario contar con una Propuesta concreta de Reordenamiento para la Banda 2.6 GHz.</p>
<p>4.h</p>	<p>La descripción de las obligaciones resultantes es ambigua e insuficiente. Aunque entendemos que es interés del Estado asegurar un trato equitativo entre privados, este nivel de ambigüedad puede prestarse a discrecionalidades y trato discriminatorio.</p> <p>Efectivamente, si bien el inciso c del Anexo 1 contiene una fórmula para hallar un valor monetario, no se indica al final si las obligaciones resultantes involucran el pago de ese valor monetario u otro tipo de obligaciones.</p>

	<p>Tampoco queda claro si la decisión de las obligaciones dependerá de la empresa operadora o del MTC.</p> <p>Creemos fundamental que se ponga en consideración para comentarios el tipo de obligaciones resultantes, a efectos de poder ejercer nuestro derecho a presentar nuestra opinión sobre las implicancias de dichas obligaciones resultantes en el mercado.</p> <p>Nuevamente reiteramos que, con independencia de las obligaciones planteadas, debe darse la oportunidad a cualquier operadora que no cuenta con dicho espectro que ha sido otorgado a solicitud de parte, a realizar una oferta más competitiva que la que pretenda imponer el MTC para la asignación de dicho espectro. Así, podrá hacerse del espectro quien lo valora más y el principal beneficiado resultará el consumidor.</p>
<p>4.k</p>	<p>Recordamos al MTC que en el Perú para servicios móviles rige el principio de neutralidad tecnológica, por el cual el Estado no regula tecnologías sino servicios, conforme lo establece el Reglamento de los Servicios Móviles aprobado por RM N° 418-2002-MTC-15.03:</p> <p><i>Artículo 8.- Los SERVICIOS PÚBLICOS MÓVILES harán uso de las bandas de frecuencias atribuidas para tal fin en el PNAF. El Estado regula servicios, no tecnologías, siendo el propio operador quien decide qué tecnología satisface mejor sus necesidades. Se facilita la prestación de servicios múltiples e integrados, de manera que los concesionarios puedan adaptarse a las nuevas tecnologías y modalidades de servicio, generándose el concepto de prestador general de servicios integrados. Una misma banda de frecuencia puede ser utilizada para la prestación de diversos servicios, según la normativa vigente.</i></p> <p>Por lo expuesto, el Estado no puede imponer una adecuación tecnológica a las concesiones de servicios públicos móviles o restringir el uso de la banda otorgada para servicios móviles a una tecnología en particular, como pretende hacer al reconocer sólo las asignaciones para PCS. Ello es así porque el Estado otorgó el derecho a las empresas con concesión para servicios móviles a la neutralidad tecnológica y a la prestación general de servicios integrados.</p> <p>En el caso de otro tipo de concesiones, dependerá de cada caso en concreto. Por ejemplo, distinto es el caso para asignaciones particulares de espectro para MMDS otorgadas a solicitud de parte, dado que, en este caso particular, el Estado no otorgó a dichas concesiones el derecho a un uso de dicho espectro para otros servicios.</p> <p>Sin embargo, en diversos contratos de concesión que son producto de concursos públicos, el Estado ha otorgado el derecho al operador de usar la banda asignada para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones en general o para servicios distintos a los que fueron materia de la concesión inicial, sin mayores condicionamientos, no pudiendo a través de una nueva regulación pretender restringir dicho derecho o imponer nuevos condicionamientos.</p>

Por ejemplo, en el 2000, el Estado otorgó como producto de un concurso público, concesiones para el servicio portador local y telefonía fija con espectro en la banda 3.5 GHz¹¹. Sin embargo, el Estado estableció expresamente el derecho de uso de la banda para otros servicios, como se aprecia a continuación:

5.1 Área de la Asignación del Espectro

El Área de Asignación del Espectro para el Servicio(s) Concedido(s) es (son) el (los) departamento(s) de todo el territorio de la República del Perú y la Provincia Constitucional del Callao.

5.2: Exclusividad del Uso de la(s) Banda(s) de PAR B-F: 3.425 - 3.450 GHz
y 3.525 - 3.550 GHz

Sin perjuicio de lo establecido en las Cláusulas 5.3 y 3.2.5, la Sociedad Concesionaria utilizará la(s) referenda(s) banda(s) de PAR B-F: 3.425 - 3.450 GHz
- 3.525 - 3.550 GHz

exclusividad en el Área de Asignación del Espectro, para la prestación de los Servicios Concedidos.

Sin embargo, conforme el artículo 187° del Reglamento General, la Sociedad Concesionaria tiene derecho a utilizar el espectro asignado para prestar otros servicios sujeto a las Leyes Aplicables, y, que la Sociedad Concesionaria cuente además con la



concesión, registro o permiso requiendo por las Leyes Aplicables para del servicio que desee prestar.

La Sociedad Concesionaria tiene la opción de solicitar las concesiones correspondientes para brindar otros servicios públicos de telecomunicaciones. Sujeto al cumplimiento de los requisitos establecidos en las Leyes Aplicables, el Concedente otorgará las concesiones solicitadas dentro de los cincuenta (50) Días de presentada la respectiva solicitud.

Sin perjuicio de lo anterior, el Concedente no otorgará nuevas Concesiones para la prestación del servicio telefónico móvil o para el Servicio Público de Comunicaciones Personales hasta dentro de tres años contados a partir de la fecha de cierre de la licitación de Servicio Público de Comunicaciones Personales llevada a cabo en marzo del 2000.

Cabe recordar que el contrato citado tiene naturaleza de Contrato-Ley, como explicamos en los comentarios al artículo 1.

Lo mismo ocurre con otros contratos que se otorgaron para prestación de servicios públicos de telecomunicaciones en general.

Por lo expuesto, considerando todas las diferencias que pueden surgir dependiendo de los contratos de concesión suscritos, insistimos que más que una norma general es necesario publicar las propuestas de reordenamientos

11

	<p>particulares para cada banda a efectos de que todos los interesados puedan opinar, resguardando que el reordenamiento asegure los principios de eficiencia, libre competencia y no discriminación.</p> <p>De manera alguna puede haber un proceso de reordenamiento uniforme aplicable a todas las bandas porque los procesos de asignación han sido distintos, en algunos casos ha sido asignación en mercado primario por procesos competitivos, en otros en procesos no competitivos y finalmente también hay casos de asignación en el mercado secundario de espectro.</p>
5.1.	<p>El interés público no se puede asegurar en procesos administrativos en que el valor del espectro es dispuesto por el Estado a través de una fórmula, porque eso se presta a discrecionalidad y no asegura transparencia ni la libre competencia.</p> <p>El interés público se asegura a través de procesos competitivos de asignación en el que el valor del espectro viene dispuesto por la propia competencia en el proceso y por el aseguramiento por parte del Estado a través de las bases y el respectivo modelo de contrato de concesión, que es evaluado también por OSIPTEL, que las condiciones generan bienestar a la sociedad en su conjunto. Ese tipo de procesos ha permitido al Estado obtener recursos y compromisos de inversión relevantes que han beneficiado a los consumidores.</p> <p>Un proceso de reordenamiento en que el Estado asume que una fórmula va a permitir definir el valor del espectro y en que se garantiza sólo a los actuales tenedores obtener acceso a dicho recurso, no va alineado al interés público.</p> <p>Asimismo, preocupa que el proyecto proponga que para los actuales tenedores de bandas asignadas de parte (obtenidas sin compromisos de inversión ni pago alguno), el beneficio a la sociedad se limita a calidad y mejores servicios, se pretenda que en asignaciones a título primario mediante concurso sí se exija pagos. Si es que se va a permitir el uso de un espectro valioso sin pago, soportándose en compromisos de inversiones a actuales tenedores de espectro, las mismas reglas deben aplicarse para todos los actores, sino estamos frente a un incumplimiento del principio de no discriminación y el propio Estado estaría generando distorsiones a la competencia. ¿Cómo quedan las asignaciones realizadas por concurso público para 4G LTE en que el Estado recibió más de 900 millones de dólares? ¿Qué señales se da al mercado para nuevas licitaciones de espectro? ¿Qué señales se da a operadores que no apuestan por el mercado respecto a la oportunidad de negocio que implicaría solicitar cualquier banda sin reserva apostando porque más adelante adquiriera valor y revenderla en el mercado secundario?</p> <p>Resulta fundamental un replanteamiento integral a la propuesta realizada por el MTC para asegurar predictibilidad y seguridad jurídica en el sector y resguardar los intereses de los consumidores al estar en juego un recurso natural que es patrimonio de la Nación.</p>
5.4 y 5.5	<p>No entendemos cómo a través del reordenamiento se pretende cumplir con el principio de promoción de la inversión y promoción de la competencia, cuando el texto del proyecto iría en sentido contrario. Creemos respetuosamente, como lo hemos indicado anteriormente, que no basta con</p>

	<p>enumerar los principios para asegurar que éstos se cumplan, se trata de incorporar en el Reglamento un procedimiento que asegure que efectivamente, todos los competidores puedan tener oportunidad de acceso a bandas de espectro que no fueron asignadas a través de procesos competitivos y no sólo aquellos que han "tenido acceso a la función sin pagar entrada", que es lo que ocurriría con el reordenamiento de la banda 2.6 GHz si el MTC no replantea su propuesta de reordenamiento.</p> <p>Por tanto, si bien estamos de acuerdo en que se consideren ambos principios en la política de espectro, el principio de promoción de la competencia requiere involucrar lo siguiente:</p> <p><i>"El reordenamiento de una Banda debe orientarse a promover el desarrollo del mercado sin generar distorsiones que atenten a la competencia de los mercados de servicios que empleen una porción del espectro radioeléctrico, asegurándose para tal efecto que cualquier asignación y/o reasignación de espectro radioeléctrico que no ha sido inicialmente realizada a través de procesos competitivos, sea realizada a través de concurso público, salvo en aquellas bandas de espectro en que exista de manera expresa un pronunciamiento respecto a la inexistencia de restricciones ni problemas de demanda"</i></p> <p>El MTC acaba de modificar el PNAF para asegurar que en asignaciones a título primario se considere el concurso público, pero a su vez se ha otorgado discrecionalidad para "saltarse" el concurso público en los procesos de oficio de reordenamiento de frecuencias. Creemos que ello se encuentra reñido con el interés público y la libre competencia, como explicaremos más adelante.</p>
<p>6.</p>	<p>No basta con hacer referencia del cumplimiento de topes de espectro cuando al final esto no se aterriza en una propuesta concreta de establecimiento de un tope de espectro para aquellas bandas que aún no lo tienen, cuando eso ha venido siendo la recomendación de OSIPTEL al MTC en múltiples oportunidades y se encuentra en línea con experiencias internacionales.</p> <p>En efecto, existen bandas de espectro con topes, como ocurre con 850 MHz, 1900 MHz, 3.5 GHz, AWS y la banda de 700 MHz (en esta última el tope estuvo implícito en el proceso de licitación). Sin embargo, las bandas de 2.6 GHz y 2.3 GHz, no cuentan con topes establecidos, lo que permite el acaparamiento de espectro. La realidad nos muestra lo que ocurre cuando no se adoptan decisiones oportunas. Sumado al acaparamiento de espectro en la banda 2.6 GHz, hoy enfrentamos una nueva intención de acaparamiento, esta vez en la banda 2.3 GHz.</p> <p>Al respecto OSIPTEL recomendó al MTC establecer topes adicionales. El informe 216-GPRC/2017 hace un recuento de las oportunidades en que esto se produjo, como las siguientes:</p>

29. Una tercera recomendación reitera la necesidad de plantear topes de espectro que permita una distribución más equitativa entre operadores. De acuerdo con la experiencia internacional, se recomendó el establecimiento de topes para frecuencias bajas (menos de 1 GHz) y altas (más de 1 GHz).

74. El problema de que no existan topes de espectro en ciertas bandas de especial relevancia como la de 2.6 GHz o topes para bandas altas y bajas ya ha sido advertido por el OSIPTEL en su rol de autoridad de competencia¹⁷. Sin embargo, su establecimiento se encuentra dentro de las facultades del MTC, por lo que le correspondía a esta entidad establecer topes para evitar el riesgo de transferencias de espectro como las que son materia de evaluación.

En el informe mencionado OSIPTEL no sólo recuerda al MTC el marco legal que lo faculta para establecer topes de espectro sino que insiste en la necesidad de establecer un tope de 20+20 en la banda 2.6 GHz, en el menor plazo posible, en línea con prácticas internacionales:

5.2 Establecimiento de Topes de Espectro para garantizar competencia en Servicios Móviles

82. En el marco legal vigente está prevista expresamente la facultad del MTC para establecer topes a las asignaciones de espectro, que son de cumplimiento obligatorio para todas las empresas operadoras adicionalmente a las metas de uso, con el fin de garantizar la utilización eficiente del espectro y evitar el acaparamiento de frecuencias que puedan limitar y/o impedir el acceso al mercado de potenciales competidores.

83. Así está dispuesto en los numerales 27 y 85-A de los "Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones del Perú" que fueron aprobados por Decreto Supremo N° 020-98-MTC y modificados por Decreto Supremo N° 009-2006-MTC:

"27. Cuando una concesión involucre el uso del espectro, se requiere que los operadores del servicio cumplan metas de uso del espectro radioeléctrico razonables y justificadas establecidas por el MTC ya que su uso restringe a otro operador potencial de ofrecer servicios usando ese espectro. Por lo tanto, de no cumplir con las metas de uso de espectro radioeléctrico, el operador perderá el espectro radioeléctrico asignado, el cual podrá ser otorgado a otro operador y de ser el caso, la concesión otorgada en los casos expresamente previstos en el contrato. Asimismo, los operadores del servicio deberán cumplir con los topes a la asignación del espectro radioeléctrico u otros mecanismos que apruebe el MTC a fin de evitar el acaparamiento de dicho recurso, en los casos y condiciones que se fijan para tal efecto."

"85-A.- La asignación y utilización eficiente del espectro radioeléctrico como herramienta para garantizar la competencia en la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones, se garantizará, también, mediante el establecimiento de topes a la asignación de este recurso y de otros mecanismos que apruebe el MTC, evitando así el acaparamiento de frecuencias que puedan limitar y/o impedir el acceso al mercado de potenciales competidores".

Establecimiento de Topes de Espectro

100. Consideramos que el componente principal del esquema de salvaguardas, que puede mitigar en cierta medida las distorsiones que se generarían sería la de revertir el exceso de espectro que se observa en la banda de 2.6 GHz, estableciendo un esquema de topes. Al respecto, correspondería al MTC realizar las siguientes acciones:

- Publicación de un Decreto Supremo que establezca los nuevos Topes de Espectro en el breve plazo,



iii) El valor del tope aplicable para la banda de 2.6 GHz debe ser de 40 MHz considerando las canalizaciones asociadas.

112. A continuación se resumen los principales argumentos que sustentan el valor de 40 MHz, algunos de los cuales se han tomado de los Informes N° 0166-GPRC/2017, Informe 0168-GPRC/2017 e Informe N° 001-2017-COMISION MULTISECTORIAL DEL PNAF, siendo que otros constituyen ampliación de los mismos o argumentos complementarios para sustentar dicho valor.

- La evidencia a nivel internacional muestra que en la mayoría de casos la asignación ha sido en cantidades iguales o inferiores a 20+20 MHz FDD.

113. El benchmark a nivel internacional (ver ANEXO D) evidencia que en la mayoría de países la banda de 2.6 GHz ha sido asignada en la modalidad FDD (Banda 7), principalmente en bloques de 20+20 MHz, y en menor medida en bloques de 15+15 MHz y 10+10 MHz. Asimismo, existen importantes asignaciones en el esquema TDD (Banda 38), en cantidades que van desde 5 MHz hasta 40 MHz.

114. En el caso de Europa, se observa que la asignación típica de espectro en esta banda es de 20+20 MHz en el esquema FDD, con algunas excepciones como Telefónica Germany en Alemania, y Eveything Everywhere en el Reino Unido.

115. Para el caso de la región, las asignaciones se muestran en la Figura N° 6, y se evidencia que la mayoría de asignaciones son menores a 40 MHz, con excepción de Claro y Vivo en Brasil, y DIRECTV en Colombia.

De acuerdo a información de Cullen Internacional, distintos países han establecido topes de espectro para la mencionada banda:

Pais	Máximo MHz en la banda
Portugal	2x20MHz
Italia	55MHz
Bélgica	2x20MHz
República Checa	2x20 MHz
Finlandia	50MHz
Francia	6 bloques de 2x5 MHz por operador

*<http://www.cullen-international.com/product/documents/CTTEEU20170173>. Otros países

cuentan con topes agregados.

El Tope de Espectro, es un procedimiento desarrollado para evitar la acumulación excesiva de este recurso en una sola empresa o empresas asociadas. Entre las ventajas de este mecanismo están:

- Evita situaciones de acaparamiento, en el que no se dé oportunidad a otros actores a que entren a la puja.
- El tope de espectro es recomendable en la medida en que coadyuve que puedan acceder al recurso distintos competidores.
- Facilidad de aplicación y control que tendría la administración en asegurar que haya un número mínimo específico de actores en cada mercado.

Quisiéramos traer a colación una de las conclusiones del Informe de la Agencia Nacional de Espectro de Colombia¹²: *“Es necesario que la fijación de topes se analice desde la óptica del recurso disponible en cada caso, y la estructura de mercado actual o la estructura deseable y viable, de modo tal que no se fijen topes que impidan la completa explotación del espectro, al pretender un número de actores superior al que puede lograrse, pero que tampoco genere escenarios donde un solo actor pueda concentrar una porción significativa del recurso.”*

Es fundamental que las operadoras cada vez puedan acceder a más espectro necesario para poner a disposición de los consumidores servicios avanzados, pero ello a su vez implica como responsabilidad del Estado fijar reglas que eviten acaparamiento de dicho recurso. Creemos que si en su oportunidad – cuando el OSIPTEL planteó al MTC solucionar la falta de topes para las bandas 2.3 y 2.6 GHz- hoy no estaríamos enfrentando el desorden existente en dichas bandas y los problemas de acaparamiento. Asimismo, si el MTC hubiera priorizado la fijación de topes antes de plantear las reglas generales de reordenamiento, no se habría presentado el contagio del problema de 2.6 GHz a 2.3 GHz.

En esa línea, creemos que si lo que se pretende es asegurar competencia en la asignación de espectro, antes de cualquier aprobación de una norma de reordenamiento se debe asegurar corregir los temas pendientes. Ya indicamos como tema pendiente asegurar la reversión del espectro que se encuentre asignado irregularmente. El otro aspecto pendiente e indispensable es que el MTC siga las recomendaciones del OSIPTEL y establezca un tope de espectro para determinadas bandas estratégicas, como es la banda de 2.6 GHz, en que como máximo cada operadora –como grupo económico- debería tener un máximo de 40 MHz. Situación similar de topes deberían de plantearse para otras bandas IMT como 2.3 GHz.

Si no se empieza con ello, el presente artículo será letra muerta, dado que -al no existir un tope en la banda que es prioritaria en el reordenamiento- entonces se abre la posibilidad de que persista la situación de acaparamiento de espectro que existe actualmente con reordenamiento y todo. Por tanto,

¹² ESTUDIO DE ANÁLISIS DE TOPES DE ESPECTRO RADIOELÉCTRICO PARA SERVICIOS MÓVILES TERRESTRES – enero 2010.

	<p>esperamos que previa a la aprobación de un marco para el reordenamiento, el MTC establezca topes concretos de espectro radioeléctrico para la banda 2.6 GHz y 2.3 GHz (puede ser individual o agregado), si lo que se busca realmente es solucionar el problema de acaparamiento existente.</p> <p>Respecto al numeral 6.2 , creemos que debe eliminarse al tratarse de un otorgamiento de facultades discrecionales al MTC que pueden prestarse a tratamientos discriminatorios e inobservancias al marco legal vigente.</p>
7.2.	<p>El proyecto pretende modificar derechos de asignación de espectro previos. Resulta a nuestra consideración confiscatorio que el Estado se haya comprometido con una empresa a través de un proceso de promoción a la inversión privada con entregarle espectro radioeléctrico por determinado tiempo a cambio de un pago y compromisos de inversión y, posteriormente, se pretenda desconocer dicho compromiso. Creemos que, de aprobarse esta propuesta, se contravendría el marco legal vigente, por lo que debe descartarse.</p>
7.3	<p>Si bien entendemos que es interés del MTC asegurar un proceso competitivo de asignación del espectro, no se ha considerado que esta propuesta podría favorecer la asignación realizada a Bitel, dado que tiene una reciente asignación –diciembre 2017- y por lo que verificamos de otros artículos del proyecto, al contar con más del 75% de provincias asignadas a solicitud de parte, el proyecto le permitirá no sólo consolidar la asignación que a nuestra consideración es ilegal, sino obtener asignación en más provincias, con vigencia de inicio de asignación diciembre de 2017, es decir, Bitel podrá obtener casi 20 años de asignación de espectro sin pago alguno, sin haber tenido que someterse a procesos competitivos, más la posibilidad de renovarlo por 20 años adicionales.</p> <p>Nuevamente creemos fundamental reevaluar este reglamento porque su amplitud puede prestarse a discrecionalidades no deseadas por parte del MTC ni la industria.</p>
8.2	<p>Creemos que este artículo no debe aplicarse a asignaciones realizadas mediante concurso público, dado que el MTC no puede poner restricciones a los derechos conferidos al privado a través del respectivo contrato de concesión, sin perjuicio del deber del privado de cumplir con los procedimientos establecidos en el propio contrato para poder realizar operaciones de transferencia de concesiones, entre otros.</p>
8.3	<p>Ver comentarios al 8.2, debe exceptuarse a los contratos de concesión otorgados por concurso público, en tanto los mismos pueden contener derechos que no pueden ser restringidos por el MTC mediante la presente propuesta.</p>
8.6	<p>El MTC indica que el reordenamiento no implica compensación económica alguna. Sin embargo, es preciso indicar que si el MTC, pese a los comentarios realizados, insiste en restringir o modificar derechos conferidos a través de un proceso de promoción de la inversión privada y el privado considera que sus derechos se han visto afectados, tiene las vías legales correspondientes para hacer valer sus derechos conforme a los procedimientos establecidos en el respectivo contrato. Recordemos que en este tipo de procesos la asignación del espectro era condición esencial, por lo que cualquier afectación respecto de dicho derecho necesariamente generará un perjuicio importante al privado.</p>

9	<p>Lo que ha incorporado el MTC en este artículo no es nuevo, como hemos indicado anteriormente, existen distintos contratos de concesión resultantes de concurso público que ya contenían dicho derecho, es decir, posibilidad de utilizar el espectro para cualquier otro servicio público y, lo que nos preocupa es que se pretenda desconocer dicho derecho pre-existente. Por tanto, solicitamos que se reconozca expresamente que este Reglamento no modifica derechos ya conferidos de uso del espectro asignado para distintos servicios de telecomunicaciones.</p>
Capítulo II	<p>Creemos que debe existir una etapa previa a la propuesta de reordenamiento. Como hemos indicado anteriormente se requiere:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Establecer tope de espectro en las bandas 2.6 GHz y 2.3 GHz. 2. Asegurar que no existan causales de reversión en la banda materia de reordenamiento. <p>Asimismo, no estamos de acuerdo con el procedimiento planteado porque, como hemos indicado anteriormente, busca que el debate sobre el reordenamiento se centre en las operadoras que tienen espectro asignado, sin considerar que el espectro es un recurso escaso respecto del cual otros operadores tienen intereses legítimos y, por tanto, deben formar parte del proceso.</p>
11	<p>Es importante que se establezca expresamente un trato diferenciado entre espectro asignado por concurso público y a solicitud de parte, asegurándose el cabal cumplimiento de las disposiciones contractuales asumidas por el Estado en los primeros.</p> <p>Tampoco entendemos la lógica del catastro cuando el marco legal vigente no obliga a las empresas operadoras a brindar servicio con infraestructura propia, de hecho la figura del OIMR es un claro ejemplo de prestación del servicio valiéndose de infraestructura y servicios de un tercero.</p>
12	<p>La propuesta debe ser notificada a todas las operadoras móviles y a OSIPTEL, no sólo a las que tienen espectro asignado.</p> <p>Por otro lado, insistimos en que la propuesta de reordenamiento debe implicar la reversión del espectro asignado a solicitud de parte, a efectos de que se asigne de manera competitiva. En particular, respecto del 12.3 no sólo las operadoras tenedoras de dicho espectro deben tener el derecho de hacer propuestas de reordenamiento sino cualquier operadora que brinde servicios móviles y, desde luego, el Regulador.</p> <p>Respecto al 12.5 y 12.6, no estamos de acuerdo con la propuesta de debate privado de las propuestas de reordenamiento, creemos que debe realizarse talleres con participación no sólo de las operadoras tenedoras de espectro en la banda materia de reordenamiento sino también participación de las operadoras móviles que no tienen espectro asignado en la banda particular y OSIPTEL, sólo ello puede garantizar un proceso transparente.</p> <p>Respecto al 12.7 y 12.8 el plazo planteado no resulta suficiente para valorar los resultados de la participación de la audiencia pública, dado que después de la audiencia, a los 5 días, se emite la Resolución final y la oportunidad de participación en el proceso de reordenamiento no puede ser sólo una mera formalidad.</p>

Insistimos, si se busca un proceso transparente, planteamos la instalación de una **mesa de trabajo** con participación del MTC, OSIPTEL, representante del PNAF, actuales tenedores de espectro y operadoras móviles presentes en el mercado móvil peruano. Procesos de este tipo han tenido resultados positivos, ponemos como ejemplo los comités conformados por OSIPTEL con participación de las operadoras, como el Comité de Portabilidad Numérica.

Respecto al **12.9**, no estamos de acuerdo en que sea una opción de una operadora que cuenta con espectro asignado de parte en la banda materia de reordenamiento acogerse o no al mismo. Debe establecerse el deber de dicha operadora de devolver dicho espectro para su asignación mediante procesos competitivos.

Como ejemplo de reordenamiento con devolución de espectro tenemos el **caso de Brasil**. La frecuencia de 2,5GHz fue asignada originalmente para el servicio de MMDS, en Brasil las operadoras Telefonica y Claro tenían esta frecuencia en algunas regiones. El Gobierno dispuso la restitución de ese recurso, su recanalización para móvil en bloques FDD y TDD y su posterior reasignación competitiva (mediante licitación abierta).

Una estrategia semejante fue seguida por el **Gobierno mexicano** en la misma banda. En ese caso, la banda estaba asignada al grupo MVS en la mayor parte de territorio nacional, también para televisión de paga. Lamentablemente, dispuesto el rescate, MVS inició un proceso de amparo ante el Poder Judicial, que fue cerrado mediante negociación entre las partes. Como parte de esa negociación, *"el acuerdo abordado entre la Secretaría de Comunicaciones y Transportes (SCT) y los 11 concesionarios de frecuencias⁴⁷, incluido MVS Comunicaciones, consistió en que las empresas renunciaran a 130 MHz de los 190 MHz que integran la banda de 2,5 GHz. MVS se quedó con 60 MHz y obtuvo una prórroga de 15 años en su concesión. MVS restituyó la mayor parte del espectro al Gobierno y fue autorizada a conservar 60 MHz, con un plazo para solicitar su conversión a espectro móvil (bajo canalización FDD), siempre que solicitado tal cambio asumiera los pagos correspondientes a las bandas móviles."*¹³

Asimismo, otro caso a considerar es el producido en **España** para la utilización de las bandas de frecuencias de 900 MHz y 1.800 MHz. La legislación indicaba que el Gobierno, mediante Real Decreto, tenía que determinar el procedimiento y las condiciones que deberían cumplirse para que dichas bandas de frecuencias pudieran utilizarse por sistemas terrestres capaces de prestar servicios de comunicaciones electrónicas que pudieran coexistir con los sistemas GSM.

El **Real Decreto 458/2011¹⁴**, de 1 de abril, sobre *actuaciones en materia de espectro radioeléctrico para el desarrollo de la sociedad digital*, determinaba que, en aplicación del principio de neutralidad tecnológica, tanto en la banda de frecuencias de 900 MHz como en la de 1800 MHz, se podían utilizar los sistemas de comunicaciones móviles digitales celulares públicos (GSM) y los

¹³ En: http://www.5gamericas.org/files/2315/0843/8575/700_MHz_y_25_GHz_Oct_2017_Final-ES.pdf

¹⁴ <https://www.boe.es/boe/dias/2011/04/02/pdfs/BOE-A-2011-5936.pdf>

23

sistemas universales de telecomunicaciones móviles (UMTS), así como otros sistemas terrestres capaces de prestar servicios de comunicaciones electrónicas que pudieran coexistir con los sistemas GSM, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley de Economía Sostenible.

Los operadores con autorización para explotar estas bandas estaban obligados al cumplimiento de ciertas condiciones que incluyen la reversión al Estado de algunos bloques de frecuencias, así como la inversión obligatoria en infraestructuras de comunicaciones móviles de una cantidad establecida.

Este real decreto es fruto del análisis que se ha llevado a cabo de las aportaciones que se presentaron en respuesta a la «Consulta pública sobre actuaciones en materia de espectro radioeléctrico: *refarming* en las bandas de 900 y 1.800 MHz, dividiendo digital y banda de 2,6 GHz», que inició el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio con fecha de 15 de junio de 2010 y que se extendió por un período de un mes, hasta el 15 de julio, dando así cumplimiento a la exigencia impuesta por la Directiva 2009/114/CE.

Importante también considerar el caso Argentina, a continuación, reproducimos lo descrito por 5G América¹⁵ sobre el proceso de *refarming* en ese país para la banda 2.6 GHz:

“En enero de 2017, el Ministerio de Comunicaciones emitió la Resolución 171, que establece “el Reglamento por el que se establece el Procedimiento de Refarming con Compensación Económica y Uso Compartido de Frecuencias”⁴⁵.

A su vez, en su Artículo 2, indica que debe instruirse al “Ente Nacional de Comunicaciones a analizar la factibilidad técnica e instrumentar las medidas pertinentes con el objeto de atribuir al Servicio Móvil, con categoría primaria, las bandas de frecuencias de 450 a 470 MHz, los segmentos de la banda de 698 a 960 MHz, la banda de 2300 a 2400 MHz, la banda de 2500 a 2690 MHz, así como toda otra que resulte apropiada entre las identificadas por la Unión Internacional de Telecomunicaciones para el despliegue de sistemas IMT, para ser utilizadas en la prestación del Servicio de Comunicaciones Móviles Avanzadas (SCMA) u otros que surjan de la evolución tecnológica.”

La norma, a su vez, amplía el tope de espectro para servicios móviles a 140 MHz. En mayo de 2017, el Enacom publica la Resolución 368746 por la que dispone oportuno abrir una instancia para que los operadores soliciten a demanda la asignación de espectro radioeléctrico en 2,5 GHz. La norma agrupa los canales de frecuencias FDD y TDD en la banda de 2500 a 2690 MHz de la siguiente manera [...]La norma también establece que la demanda de espectro podrá ser solicitada por los actuales prestadores de servicios de comunicaciones móviles y por los prestadores locales o regionales actuales de Servicios de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en sus áreas de servicio. Es decir que la demanda tendrá lugar por localidades, lo que habilita a los operadores más pequeños a contar con espectro.

¹⁵ En: http://www.5gamericas.org/files/2315/0843/8575/700_MHz_y_25_GHz_Oct_2017_Final-ES.pdf

	<p><i>El espectro otorgado tendrá un plazo de licenciamiento de 15 años. La norma, además, establece metas de cobertura y plazos para la entrada en funcionamiento del servicio a quienes obtengan espectro [...]”</i></p> <p>Como se puede apreciar, en el caso de Argentina el reordenamiento de espectro no restringió la participación a los tenedores de espectro en dicho momento sino permitió participar a otros operadores, lo cual garantizaba un proceso abierto para el acceso a un recurso escaso.</p> <p>En el caso peruano, también se han presentado otros ejemplos claros de reversión de espectro para el reordenamiento en las bandas de 700 MHz y 900 MHz en que el Estado dispuso el reordenamiento de espectro para su licitación, habiendo trasladado a los tenedores de espectro en dichas bandas a otras.</p> <p>Creemos que el MTC no debe desaprovechar la oportunidad de realizar un proceso abierto, siguiendo experiencias internacionales, que permitan una asignación más eficiente del espectro, en vez de permitir que el reordenamiento dependa de una operadora que no asumió ningún compromiso ni pagó por espectro para servicios IMT.</p>
<p>13</p>	<p>No puede plantearse un plazo general, dependerá de cada proceso de reordenamiento. Por ello insistimos que más que la aprobación de una norma general, el MTC debió publicar una propuesta específica de reordenamiento de la banda 2.6 GHz cuyas reglas atiendan a las particularidades de la asignación de espectro en dicha banda. Es imposible determinar un plazo general que en la práctica puede ser impracticable.</p> <p>Asimismo, debe excluirse de las reglas fijadas a las asignaciones realizadas por concurso público.</p> <p>Respecto al 13.1 g), en los casos en que haya empresas que actualmente se encuentran en la banda y no desean reordenarse, ¿Quién asumirá los costos de reordenamiento? Entendemos que deben estar claramente acotados y cubiertos por el MTC y no de empresas operadoras a las que se les asigne dicho espectro, caso contrario se puede prestar a comportamientos oportunistas de las empresas que se oponen al reordenamiento para recibir sobre rentas.</p>
<p>13.3</p>	<p>Este artículo para nosotros resulta abiertamente ilegal dado que el MTC está reconociendo que la asignación de un recurso escaso, en el que la demanda es mayor que la oferta, deba ser realizado a empresas operadoras que lo obtuvieron sin tener que competir en un proceso abierto. Este artículo sin duda contraviene el marco legal aplicable al espectro radioeléctrico, el interés público y nuestra Constitución.</p> <p>Entendemos que, reconociendo esta situación, el MTC habría pretendido cubrir ello a través de la publicación de una modificación del PNAF sin proceso de consulta previa, la cual ha sido aprobada mediante Resolución Ministerial N° 687-2018 MTC/01.03:</p> <p><i>“Las modificaciones de oficio de frecuencias asignadas, en aplicación</i></p>

de lo dispuesto en el artículo 217 del Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones u otras disposiciones previstas en la normativa para el reordenamiento de las bandas o frecuencias asignadas, no se encuentran sujetas al mecanismo de concurso público de ofertas.

En caso de bandas de frecuencias fuera de la Provincia de Lima y la Provincia Constitucional del Callao, la asignación del espectro radioeléctrico requerida para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones y atribuidas a título primario, se realiza por concurso público, salvo disposición normativa que establezca lo contrario y para los casos de radioenlaces digitales para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones en las bandas atribuidas como tales en el PNAF.

Sin embargo, como explicaremos a continuación esta disposición normativa, no sólo por su rango sino por el interés público en juego y la protección constitucional existente para recursos naturales como el espectro, no puede ser oponible ni exime a la Administración de su deber de usar mecanismos competitivos para la realización de la reasignación del espectro. Al respecto, el Artículo 66 de la Constitución Política del Perú establece lo siguiente:

“Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares (...)”.

De dicho artículo se desprende la trascendencia sobre el tratamiento que otorga nuestra Constitución a los recursos naturales al disponer que solo por ley orgánica se fijen las condiciones de su utilización y otorgamiento.

En nuestro país, la ley que norma el régimen de aprovechamiento de los recursos naturales es la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales - Ley No. 26821 (en adelante, la “Ley de Aprovechamiento”). Esta norma establece las condiciones y las modalidades de otorgamiento de recursos naturales a particulares, fijando un marco adecuado de fomento a la inversión y conservación de dichos recursos.

De conformidad con lo señalado en el artículo 3 de la Ley de Aprovechamiento, los recursos naturales son considerados como *“todo componente de la naturaleza susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tenga un valor actual o potencial en el mercado”*. Siendo ello así, el espectro radioeléctrico es considerado un recurso natural, el cual según el artículo 199 del Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones (en adelante, el “Reglamento de la Ley”) es definido como *“el medio por el cual pueden propagarse las ondas radioeléctricas sin guía artificial”*.

Resulta importante resaltar en este punto que el espectro radioeléctrico, como todo recurso natural, forma parte del patrimonio de la Nación y en su fuente es propiedad de todo el país, encargándosele al Estado la función de administrarlo con miras a que en los procesos de otorgamiento y control del recurso se persiga el beneficio colectivo de nuestra sociedad.

Por lo tanto, el espectro radioeléctrico, en su carácter de recurso natural protegido por mandato Constitucional, forma parte del patrimonio de la Nación. En ese sentido, cuando se busque asignar dicho recurso, es responsabilidad del Estado velar para que en dichos procesos de asignación se realicen **"en armonía con el interés de la Nación, el bien común y dentro de los límites y principios establecidos en la presente ley, en las leyes especiales y en las normas reglamentarias sobre la materia"**¹⁶. En ese sentido, es el MTC, como representante del Estado, el responsable de conducir el aprovechamiento de dicho recurso y enmarcarlo en dichos lineamientos establecidos normativamente.

La importancia en torno a este recurso ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en expediente No. 003-2006-AI:

"57. Asimismo, en tanto recurso natural y bien de dominio público, el uso del espectro radioeléctrico se atribuye y se ejerce en armonía con el interés público y el bienestar de la sociedad toda."

Resulta, entonces, innegable la gran relevancia que tienen los procesos de asignación del espectro –incluyendo reasignaciones– debido a que éste es un recurso natural de gran valor para la sociedad. En ese sentido, este recurso debe ser obligatoriamente administrado de forma compatible con el interés público y una asignación directa sin proceso competitivo no puede estar de manera alguna alineada con dicho interés, pese a que el MTC cite en la propuesta normativa dicho principio.

Sobre dicho punto, es preciso indicar qué implica que una materia sea denominada de "interés público". Pues bien, el Tribunal Constitucional define que **"El interés público tiene que ver con aquello que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa"**¹⁷.

En ese sentido, en los procesos de asignación de espectro debe subyacer el

¹⁶ Artículo 8 de la Ley de Aprovechamiento.

¹⁷ Sentencia del 05 de julio de 2004, recaída en Expediente No. 0090-2004-AA/TC,

interés público y el bienestar de la sociedad, debiendo asegurarse la eficiencia en los procesos a través de su regulación y control sea aprovechado racionalmente y de la manera más eficiente posible, de acuerdo al marco legal vigente y con cabal respeto a la libre competencia.

Particularmente, refiriéndonos a la banda 2.6 que es la banda que debe ser priorizada para el reordenamiento, de acuerdo a la GSMA¹⁸ la misma "es única dado que podría convertirse en la banda común a nivel mundial para los servicios comerciales de banda ancha móvil. También ofrece una gran cantidad de espectro (190 MHz) para satisfacer la creciente demanda de ancho de banda agregado y altas velocidades de transferencia de dato".

De esta forma, la asignación eficiente del espectro radioeléctrico (Banda 2.6 por ejemplo) se asegura cuando la atribución y canalización de las bandas responden a las necesidades del país, al desarrollo de nuevos servicios y a las recomendaciones de los organismos internacionales competentes, procurándose siempre la máxima eficiencia por cada Hertzio (Hz) de espectro utilizado.¹⁹ Como hemos indicado anteriormente, el OSIPTEL ha recomendado la asignación de dicha banda mediante procesos competitivos.

Sin embargo, el MTC pretendería que su reasignación no se realice mediante procesos competitivos, sino convalidar las asignaciones de parte realizadas. Hay que tomar en consideración que si bien el artículo 122²⁰ del Reglamento de la Ley reconoce que tanto la concesión como la asignación de frecuencia puede ser realizada por solicitud de parte o concurso público, existen casos en los cuales únicamente corresponde llevar a cabo un concurso para otorgar la concesión y/o la asignación de frecuencia. Estos casos son especificados por el artículo 123 del Reglamento de la Ley:

"Artículo 123.- Concurso público

El otorgamiento de la concesión, así como las asignaciones de espectro que correspondan, se efectuarán obligatoriamente por concurso público de ofertas cuando:

- 1. En una determinada localidad o área de servicio, exista restricción en la disponibilidad de frecuencias o banda de frecuencias disponible, para la prestación de un determinado*

¹⁸ Véase: <https://www.gsma.com/spectrum/wp-content/uploads/2012/07/Spectrum-The-2-6GHz-band-Opportunity-for-global-mobile-broadband-Spanish.pdf>

¹⁹ Informe del OSIPTEL No. 255-GPRC/2015, de fecha 23 de junio de 2015.

²⁰ **"Artículo 122.- Mecanismos para el otorgamiento de concesión y asignación de espectro radioeléctrico**
Las concesiones, así como la asignación de espectro que corresponda, se otorgarán a solicitud de parte o mediante concurso público de ofertas". (Subrayado agregado).

servicio público de telecomunicaciones.

2. Se señale en el PNAF.

3. Se restrinja el número de concesionarios de un determinado servicio público al amparo del artículo 70 de la Ley debido a restricciones técnicas basadas en recursos escasos."

El referido artículo 123 establece que el otorgamiento de la concesión, así como las asignaciones de espectro que correspondan, se efectuarán obligatoriamente por concurso público de ofertas cuando en una determinada localidad o área de servicio, exista restricción en la disponibilidad de frecuencias o banda de frecuencias disponible, para la prestación de un determinado servicio público de telecomunicaciones.

En esa línea, el artículo 203 del referido artículo establece lo siguiente:

"Artículo 203.- Concurso público

La asignación del espectro radioeléctrico en las bandas identificadas para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones y atribuidas a título primario, se realizará mediante concurso público en la provincia de Lima y en la Provincia Constitucional del Callao. Para tal efecto, el Ministerio emitirá los dispositivos correspondientes. Esta disposición no aplica a las asignaciones ya efectuadas en las referidas bandas, durante la vigencia de sus contratos ni para los radioenlaces digitales para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones en las bandas atribuidas como tales en el PNAF.

El Plan Nacional de Atribución de Frecuencias (PNAF) se adecuará a lo dispuesto en el presente artículo.

En caso de restricciones en la disponibilidad de frecuencias o banda de frecuencias fuera de la Provincia de Lima y la Provincia Constitucional del Callao, se seguirá lo establecido en el artículo 123."

De esta manera, el MTC se encuentra obligado a llevar a cabo un concurso público para reasignar frecuencias del espectro radioeléctrico que no fueron asignadas inicialmente por concurso público cuando estemos en cualquiera de los siguientes escenarios: (i) se haya restringido el número de concesionarios en una localidad por decreto supremo; (ii) se especifique en el PNAF la necesidad de llevar a cabo el proceso de selección; (iii) la asignación corresponda a una banda para prestar servicios públicos a título primario en Lima o Callao; y (iv) **que exista restricción en la disponibilidad de frecuencias o banda disponible para la prestación de un servicio público.**

Recordemos asimismo la política del sector que se establece en los

Lineamientos de Apertura, cuyos numerales 20 y 26 señalan lo siguiente:

"20. Se considera importante precisar que una política de acceso al mercado debe promover la competencia, facilitar el desarrollo de nuevos servicios y tecnologías promover la inversión y maximizar el uso eficiente del espectro radioeléctrico. De esta manera, la política de acceso debe:

- a) Ser transparente, objetiva y no discriminatoria.*
- b) Aplicar efectivamente los principios de simplificación administrativa y de celeridad en el otorgamiento de concesiones.*
- c) Utilizar mecanismos competitivos (subastas o concursos) para la asignación del espectro, cuando la disponibilidad de frecuencias limita el número de operadores en un servicio y haya más demanda que oferta del espectro.*

(...)

26. Las concesiones se otorgarán a los operadores que deseen brindar servicios públicos de telecomunicaciones a solicitud de parte y constituyen un acto administrativo diferente de la asignación del espectro. El espectro radioeléctrico se asignará a operadores mediante el mecanismo de concurso público de ofertas cuando haya escasez, y mediante solicitud de parte cuando no la haya". (Subrayado y énfasis agregados).

De la lectura de ambos numerales podemos determinar que una política de acceso al mercado debe utilizar mecanismos competitivos para la asignación del espectro cuando haya escasez en la oferta y una alta demanda, a fin de poder promover la competencia y facilitar así el desarrollo de nuevos servicios y tecnologías.

Atendiendo a ello, resulta claro que cuando el artículo 203 del Reglamento de la Ley señala que **se debe realizar concurso público** cuando existe restricción en la disponibilidad de frecuencias, está haciendo alusión al supuesto en el cual existe alta demanda del recurso y poca o limitada oferta del mismo. En otras palabras, la restricción está delimitada en función a la importancia de la frecuencia (de ahí que exista bastante demanda) y la imposibilidad de asignar de manera equitativa una porción a todos los interesados.

Si bien el MTC reconoce en la propuesta la relevancia del espectro para IMT, plantea una reasignación sin concurso, pese a que existiría escasez de dicho recurso y la Comisión del PNAF y OSIPTEL recomendaron concurso público. Incluso vía una Resolución Ministerial con menor rango que las disposiciones que establecen concurso público y que a la fecha no han sido modificados, pretende que la asignación sea a discreción del MTC, disponiéndose éste la función de

determinar los operadores "ganadores", sin que medie para tal efecto criterios de mercado que podrían generar mayores beneficios para el Estado y los consumidores. Además, no se ha considerado que el numeral 86-B de los Lineamientos de Apertura ha determinado la obligación por parte de la administración de llevar a cabo consultas públicas para determinar los casos en donde se requiere asignar frecuencias a través de concursos públicos.

"86-B.- Deberán utilizarse, de manera previa, mecanismos de consulta pública a fin que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones determine aquellos casos en los que el espectro radioeléctrico deba ser asignado por el mecanismo de concurso público". (Subrayado y énfasis agregados).

En efecto, la autoridad está obligada a determinar si dicho espectro presenta o no problemas de disponibilidad. Solo si ello no es así, la autoridad estará legitimada a asignar espectro de manera directa y sin necesidad de un concurso público, lo cual de manera alguna debería producirse en la banda de 2.6 GHz.

En esta línea, debe tenerse presente también que actualmente la política en materia de telecomunicaciones consiste en promover la competencia en la prestación del servicio para lograr una mayor expansión. Por ello el numeral 2 del artículo 11 de los Lineamientos para desarrollar y consolidar la competencia y la expansión de los servicios públicos de Telecomunicaciones en el Perú, aprobados por Decreto Supremo No. 015-2013-MTC (en adelante, "Lineamientos de Consolidación"), señala que es obligación del MTC dar prioridad a los concursos:

"Artículo 11. - Asignación de recursos escasos: numeración y espectro

(...)

2. Dado que el espectro es un recurso escaso y por la importancia que tendría para el desarrollo de la competencia en los servicios de telecomunicaciones, se dará prioridad a los concursos públicos de espectro que permitan promover la competencia y la expansión de los servicios en las bandas identificadas para servicios públicos de telecomunicaciones, de acuerdo con lo dispuesto en el Plan Nacional de Atribución de Frecuencias. (...)" (Subrayado y énfasis agregados).

En atención a lo expuesto, podemos concluir en que en caso el espectro materia de reordenamiento no haya sido asignado por concurso público, debe revertir al Estado para que proceda a su asignación por medios competitivos. **Y, por tanto, no será posible reasignar frecuencias de manera**

	<p><u>directa como pretende el MTC cuando exista una restricción en su disponibilidad.</u></p>
<p>14.1</p>	<p>Insistimos que el MTC no puede imponer nuevas obligaciones distintas a las contenidas en su contrato de concesión a empresas a las que se le otorgó el espectro mediante un proceso de concurso público.</p> <p>Este artículo se prestaría a discrecionalidades, dado que el MTC podría imponer cualquier obligación que considere y las empresas operadoras se encontrarían obligadas a aceptarlas, lo que desnaturaliza el contrato de concesión que finalmente se trata de un acuerdo entre dos partes.</p>
<p>14.2</p>	<p>Las obligaciones resultantes no pueden determinarse en función a un valor impuesto por el MTC. Las obligaciones resultantes deben ser resultado de un proceso de promoción a la inversión privada en que todos los operadores puedan competir y hace una oferta en función al factor de competencia que determine el Estado.</p> <p>Asimismo, resulta inválido que el MTC pretenda solo excluir del cumplimiento de las obligaciones a los supuestos en que el espectro ha sido asignado por concurso público para servicios móviles, en particular para PCS, porque eso involucra un desconocimiento de la garantía contractual existente en nuestra Constitución. El Estado en su oportunidad tomó la decisión de asignar determinado espectro a un privado por concurso público, recibiendo una contraprestación por ello. No puede posteriormente imponer un pago adicional, es como si se vendiese un inmueble y con posterioridad el anterior propietario exija un pago adicional.</p> <p>Además, se debe considerar que los distintos concursos públicos en que se ha asignado espectro, se ha otorgado a la empresa la capacidad de usarlo para otros servicios por lo que no puede pretender el MTC restringir dicho uso posteriormente. A continuación, un ejemplo adicional al relativo a la banda 3.5 GHZ. En este caso, se trata de la asignación general realizada por concurso público de la banda 900 MHz:</p>

32

**CLÁUSULA 2
OBJETO DE LA CONCESIÓN**

2.1 Objeto

El objeto de este Contrato es otorgar a la Sociedad Concesionaria la Concesión para prestar servicios públicos de telecomunicaciones, asignándole para tal efecto las frecuencias de bandas 894-899 MHz y 939-944 MHz en la provincia de Lima y la Provincia Constitucional del Callao y las bandas de 894-902 MHz y 939 - 947 MHz en el resto del territorio nacional, sujeta a los términos y condiciones que se detallan mas adelante y en concordancia con lo establecido en las Leyes Aplicables.

La Sociedad Concesionaria tendrá la exclusividad del uso de las Bandas durante el plazo

Proyecto Contrato de Concesión para la Prestación de servicios públicos de telecomunicaciones y asignación en las bandas 894-899 MHz y 939-944 MHz en la provincia de Lima y la Provincia Constitucional del Callao y las bandas de 894-902 MHz y 939 - 947 MHz en el resto del territorio nacional 9

**CLÁUSULA 5
ÁMBITO DE LA CONCESIÓN**

5.1 Servicios Concedidos

Dentro del Área de Concesión a que se refiere el numeral 5.2, y conforme a los términos y condiciones de este Contrato, la Sociedad Concesionaria está facultada a prestar los servicios públicos de comunicaciones en las Bandas asignadas.

La Sociedad Concesionaria tiene derecho a utilizar el espectro asignado para prestar los Servicios Concedidos en mérito a lo pactado en el presente Contrato o haciendo uso de contratos de concesión suscritos anteriormente, sujeto a la normativa aplicable.

La Sociedad Concesionaria podrá prestar el Servicio Concedido utilizando cualquier tipo de tecnología y/o aplicaciones, así como infraestructura propia o de terceros.

5.2 Área de Concesión

El Área de Concesión es el territorio nacional.

14.3

El MTC ha planteado el supuesto de transferencia de espectro post reordenamiento. Nos preocupa que esto pueda leerse como una carta abierta a realizar transferencias sin seguir el procedimiento aplicable, justamente cuando este reglamento nace de la preocupación por el desorden y acaparamiento existente en la banda 2.6 GHz, en la que pese a diversas recomendaciones del OSIPTEL el MTC aprobó transferencias de espectro entre empresas operadoras en dicha banda. Lo mismo ocurrirá en la banda 2.3 GHz, en que hemos apreciado que el proyecto presentado ha generado incentivos para acaparar espectro, dado que las operadoras han visto en la propuesta una oportunidad para sanear espectro que se ha otorgado a título gratuito sin procesos competitivos.

Debe quedar claro que este supuesto no exime del cumplimiento del procedimiento de aprobación previa de transferencias establecidas normativamente y en los respectivos contratos de concesión, así como de las restricciones a las transferencias contenidas en cada contrato de concesión.

14.4

Debe precisarse que ello se aplica, salvo que el Estado haya otorgado el derecho de uso del espectro para otros servicios distintos al previsto en el contrato de concesión, como hemos indicado anteriormente que se

	<p>encuentra previsto en distintos contratos de concesión. De hecho, diversos contratos de concesión con espectro se han asignado para brindar cualquier servicio público de telecomunicaciones establecido en la Ley de Telecomunicaciones, previendo inicialmente la inscripción –de manera no limitativa de determinado servicio.</p> <p>Asimismo, la presente disposición es contraria a la Ley de Telecomunicaciones que ha previsto que el Estado promueva la convergencia de servicios:</p> <p><i>“Artículo 1.- [...]El Estado promueve la convergencia de redes y servicios, facilitando la interoperabilidad de diferentes plataformas de red, así como la prestación de diversos servicios y aplicaciones sobre una misma plataforma tecnológica, reconociendo a la convergencia como un elemento fundamental para el desarrollo de la Sociedad de la Información y la integración de las diferentes regiones del país.”</i></p> <p>Por otro lado, el Anexo II contiene un grave error porque asume que los servicios móviles se restringen a servicio PCS cuando el Reglamento de Servicios Móviles del MTC y toda la legislación del sector ha establecido que están comprendidos como servicios móviles los siguientes:</p> <p><i>“Están comprendidos: el Servicio Telefónico Móvil, el Servicio de Comunicaciones Personales, el Servicio de Buscapersonas, el Servicio Móvil de Canales Múltiples de Selección Automática (Troncalizado), el Servicio Móvil por Satélite y otros servicios que el Ministerio determine como tales.”</i></p>
14.7	<p>El MTC no podrá imponer a las operadoras las condiciones de reordenamiento cuando éste versa sobre un espectro asignado por concurso público. Creemos indispensable que se precise ello.</p>
15	<p>Respetuosamente consideramos que existe un concepto errado respecto del reordenamiento, al asumir un tipo de reordenamiento total cuando “no existen restricciones” para la asignación. Si es materia de reordenamiento bandas de espectro relevantes para IMT, en ningún caso habrá un reordenamiento total, porque este tipo de reordenamiento presupone la inexistencia de restricciones para la asignación, sin embargo, como hemos indicado anteriormente, en todos los casos en que el espectro haya sido asignado a solicitud de parte y el uso del espectro materia de reordenamiento es para IMT, su reasignación indispensablemente debe hacerse por concurso público, porque legalmente el MTC está prohibido de reasignar espectro en Lima y Callao o en zonas donde existe restricción de frecuencias por métodos no competitivos. Por tanto, de acuerdo al marco legal vigente que ha sido ampliamente descrito anteriormente, es indispensable que, estando frente a un recurso natural que se considera Patrimonio de la Nación, su asignación sea por concurso público.</p> <p>Por tanto, este artículo debe eliminarse porque de aprobarse se soportaría en una ilegalidad: entrega de espectro valioso sin mecanismos competitivos.</p>
16.2	<p>La aprobación del presente artículo claramente involucraría un favorecimiento a la empresa Bitel, lo cual entendemos no es interés del Estado. Ello se produce dado que, lejos de corregirse el problema de asignación a nuestro entender ilegal de espectro realizado por el MTC, y respecto del cual nuestra presentada ha manifestado oficialmente su</p>

	<p>preocupación; bajo la propuesta Bitel estaría facultado a exigir más espectro en provincias del país sin pasar por un concurso público. Por tanto, creemos que esta propuesta debe ser eliminada al ahondar el problema de discriminación que se ha generado por otorgar condiciones más beneficiosas a Bitel para la tenencia de espectro radioeléctrico necesario para brindar servicios 4G y 5G. En efecto, Bitel tiene asignado más del 75% de las provincias del país, por tanto, podrá completar su asignación gracias al presente Reglamento.</p>
<p>16.4</p>	<p>Consideramos que esta propuesta involucra una abierta vulneración al principio de libre competencia porque significa aceptar que algunas operadoras –que obtuvieron el espectro sin concurso público y sin realizar pago alguno al Estado- continuarán gozando de dicho espectro, como es el caso de Bitel, mientras se aplica una regla diferenciada al resto de operadoras. Esto involucra generar una distorsión competitiva respecto al recurso más importante para la prestación de servicios móviles. Nos ratificamos en nuestros comentarios legales realizados sobre el particular en artículos anteriores. El Estado debe corregir el error derivado de asignar espectro escaso y valioso de parte y sin ninguna retribución al Estado, pese a que OSIPTEL y la Comisión del PNAF habían advertido en múltiples oportunidades de que debía ser materia de concurso.</p> <p>Y esto consideramos que no se corrige con la presente propuesta, por el contrario, de aprobarse, se intensificará el tratamiento discriminatorio entre operadores, lo que genera distorsiones a la competencia. Por tanto, creemos que debe establecerse expresamente que todo espectro que sea materia de reordenamiento y que no haya sido asignado por concurso público, deberá revertir al Estado y procederse a asignar por mecanismos competitivos.</p>
<p>17. Compromisos de las Operadoras</p>	<p>El 17.1 resulta innecesario, toda operadora debe cumplir con sus obligaciones económicas. En todo caso, resulta fundamental precisar a qué se refiere con obligaciones económicas, entendemos que es lo relativo a las contenidas en los contratos de concesión y la normativa aplicable del sector Telecomunicaciones.</p> <p>No se entiende la lógica del 17 b). ¿Es que acaso se está planteando que la operadora se autoimponga las obligaciones de inversión para la reasignación de la banda? ¿O se trata de una obligación adicional? Si es lo primero, consideramos como hemos indicado anteriormente que la reasignación del espectro debe ejecutarse a través de un mecanismo competitivo, no puede el Estado permitir un proceso de autodefinición de obligaciones. Si es lo segundo, creemos que no debería de existir un procedimiento distinto al comúnmente previsto para asignaciones de espectro y concesiones. Es cierto que las operadoras presentan un proyecto técnico, pero no puede pretenderse ampliar el concepto de planes mínimos de cobertura a un concepto tan amplio, como implementación de redes, cobertura planificada y plan de inversiones. Por tanto, debe esclarecerse si este reporte es sólo a título informativo o comprende un compromiso mínimo de inversión y, de ser esto último, si es adicional a los compromisos de asignación de banda – que esperamos sean determinados por procesos competitivos- o son los propios compromisos, situación que debe descartarse.</p> <p>Preocupa a su vez el 17 c) y e), porque el Estado estaría asumiendo indirectamente que las operadoras deben realizar inversiones en el 100% de áreas aun cuando no exista garantía de existencia de demanda. Debe quedar</p>

	<p>expresamente claro que quien está a cargo del acceso universal es Fitel y no las empresas operadoras, para tal efecto todas las operadoras trasladamos al Fitel un 1% de sus ingresos. Si adicionalmente a dicha contribución se nos exigirá realizar inversiones adicionales -más allá de cualquier compromiso de cobertura- como único medio para conservar el espectro, entonces estamos desnaturalizando la figura legal del acceso universal y estamos desnaturalizando también las asignaciones de espectro que pretenden ser nacionales producto de las características de movilidad del servicio. Si se considera que es la operadora la que debe estar obligada a brindar el servicio en el 100% de provincias asumiendo el riesgo de la demanda, entonces, el Estado debería de evaluar si el modelo actual de aporte a Fitel es el adecuado.</p> <p>Sobre el 17 g) debe quedar claro que el MTC no puede imponer unas metas de uso distintas a las previstas en los contratos de concesión derivados de concurso público, salvo que el propio contrato haya contemplado su actualización.</p>
<p>Primera Disposición</p>	<p>Debe considerarse que la infraestructura utilizada por las operadoras ni debe ser propia ni exclusiva a determinada tecnología. Así las operadoras pueden alquilar infraestructura, brindar el servicio bajo infraestructura y servicios de un tercero, como en el caso de los proveedores de infraestructura pasiva y los OIMRs, o pueden tener infraestructura común para múltiples servicios y tecnologías.</p>
<p>Segunda Disposición</p>	<p>No existe en la legislación actual del mercado de Telecomunicaciones ni en las que competen al funcionamiento del organismo regulador (Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios y la Ley de Desarrollo de Funciones y Facultades del OSIPTEL) norma y disposición (o interpretación de las mismas) que obligue a las empresas supervisadas brindar un acceso obligatorio de visualización a sus sistemas de gestión de operaciones (OSS).</p> <p>Ahora bien, de acuerdo a lo establecido en la Ley de Desarrollo y Funciones y Facultades del Osiptel (Ley 27336), la función de Supervisión del mismo se encuentra referida a la entrega por parte de las empresas supervisadas al regulador de informes periódicos, estadísticas y cualquier otra información, así como a inspeccionar, las instalaciones de la Sociedad Concesionaria, sus archivos y expedientes y otros datos que convenga el organismo con lo que la propuesta va más allá de la Ley 27336.</p> <p>Sin embargo, esta propuesta no sólo vulneraría el Principio de Legalidad sino que representaría una flagrante inobservancia del Principio de Razonabilidad²¹ según el cual las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo</p>

²¹Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido."

estrictamente necesario para la satisfacción de su contenido. Incluso este principio es congruente con el Principio Costo-Eficiencia que rige la actuación supervisora del OSIPTEL, en virtud del cual "las acciones de supervisión procurarán desarrollarse evitando generar costos excesivos a las empresas supervisadas".

Resulta evidente que implementar esta propuesta no sólo sería altamente costoso para las sociedades concesionarias, sino que existirían muchos riesgos potenciales referidos a seguridad y fuga de información, siendo esto de vital importancia, al tratarse de plataformas que contienen información comercial y confidencial de la empresa que puede encontrarse protegida por el secreto comercial. En efecto, consideramos que no se ha sopesado ni previsto que nuestros sistemas de gestión y negocio poseen información altamente confidencial que puede estar sujeta a amenazas informáticas que podría producir daños irreparables en nuestra compañía y sus clientes.

Ahora bien, que dicha propuesta podría ser inconstitucional por vulnerar las libertades económicas reconocidas en la Constitución. Particularmente en este caso nos preocupa el derecho de propiedad, pilar indiscutible del modelo económico reflejado en la Constitución.

El derecho a la propiedad establecido en los incisos 8) y 16) del artículo 2° de la Constitución, es concebido como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, el propietario podrá servirse directamente de su bien, percibir sus frutos y productos, y darles destino o condición conveniente a sus intereses, siempre que ejerza tales actividades en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos por la ley.

La norma propuesta estaría vaciando de contenido al derecho de propiedad de las empresas pues estaría limitando el uso confidencial y comercial que le damos a nuestras plataformas por lo que ejercer nuestro derecho de propiedad sobre las mismas prácticamente carecería de relevancia.

No desconocemos la facultad de OSIPTEL de regular el mercado de las telecomunicaciones en el país y requerir información. Sin embargo, para el ejercicio de dicha facultad, se requiere contar un objetivo claro y una motivación valedera, no habiéndose acreditado que es necesario el nivel de intervención que plantea el MTC cuando más bien el mercado está demostrando por el nivel de competencia la necesidad de una mayor desregulación.

Por tanto, para intervenir en el mercado se debe contar con el sustento necesario que evidencie la existencia de una problemática que no ha podido ser solucionada a través de las amplias herramientas otorgadas a través de la Ley 27334. Es decir, que se requiera una intervención de tal magnitud para resolver un problema que el regulador no haya podido solucionar. Por tanto, **no existe una justificación actual que se haya presentado en el mercado y**

	<p>que determine la necesidad de intervención regulatoria con la magnitud propuesta²².</p> <p>Por las razones expuestas, consideramos que debe eliminarse esta propuesta, a efectos de evitar que se configure una barrera burocrática.</p>
Tercera Disposición	<p>La renovación de derechos de uso de determinada banda depende de lo estipulado en el propio contrato de concesión, el MTC no puede modificar los procedimientos ya establecidos.</p>
Cuarta Disposición	<p>No entendemos cuál es el sentido de hacer referencia a aspectos que son materia de las competencias de OSIPTEL en el presente Reglamento. La calidad del servicio y la normativa de usuarios corresponden a las competencias del Regulador y creemos particularmente que no aporta dicho enunciado a este proceso. Si al MTC le interesa la aplicación del principio de eficiencia, entonces es indispensable que se aseguren que la asignación del espectro post reordenamiento de bandas asignadas a solicitud de parte sea por mecanismos competitivos y no a discrecionalidad de la autoridad.</p>
Anexo 1	<p>Nos reafirmamos en la necesidad de realizar una evaluación integral al método propuesto que no garantiza el cumplimiento del marco legal vigente y atenta contra la libre competencia al establecer un tratamiento diferenciado para quien ya cuenta con espectro sin haber concursado por el mismo respecto al resto de operadoras.</p> <p>Este anexo: (i) involucra criterios discrecionales que pueden implicar la vulneración de derechos adquiridos en concurso público; (ii) no tiene en consideración la necesidad tecnológica de tener espectro asignado a nivel nacional, considerando la característica principal del servicio móvil; (iii) permite consolidar asignaciones de espectro que deberían ser materia de reversión; (iv) recoge criterios no razonables para “premiar” con espectro a determinadas empresas; (v) No soluciona el problema del acaparamiento, es más permitirá que determinados grupos continúen acaparando espectro en 2.3 y 2.6 GHz pese a las recomendaciones de OSIPTEL, entre otros aspectos cuestionables. Sin perjuicio de ello, algunos comentarios a considerar:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Se realiza una evaluación por provincias, cuando las características del servicio a nivel de escalas y facilidad técnica requiere de otorgamiento de licencias nacionales. 2. El criterio de infraestructura, como hemos indicado anteriormente, es cuestionable. Se puede llegar a resultados incongruentes porque basta con 1 antena en una localidad para asegurar el espectro. Así se estaría equiparando a quien solo ha puesto 1 EBC con el que ha puesto o utiliza mucha mayor infraestructura. O podría una empresa que brinda el servicio utilizando infraestructura ajena ser castigada frente a una empresa con mucho menor infraestructura pero que es propia.

²² No debe olvidarse que la libertad de empresa, según el consistente desarrollo efectuado por el Tribunal Constitucional (sentencias emitidas en los Expedientes 001-2005-PI/TC y 0210-2012-PA/TC), involucra, entre otras facultades, la de organizar libremente los procesos empresariales. Esto va desde la capacidad de fijar su política de precios, hasta la capacidad de definir sus plataformas de gestión y de negocio.

3. Sobre el primer criterio, debido a que varias empresas poseen una cantidad importante de espectro asignada a través de solicitud de parte que no ha sido explotado de manera eficiente, se requiere que el valor para "otros escenarios" descienda a 0,0, debido a que se estaría beneficiando a aquellas empresas y/o grupos económicos que han realizado acaparamiento de espectro sin haber participado en un concurso público ni tener compromisos de inversión.
4. Debido a que una infraestructura instalada podría servir para dar servicio utilizando el espectro que tiene asignado a más de 1 provincia, el "criterio 3" debería incluir no sólo la infraestructura de las provincias sino también el número total de provincias en que existe al menos un centro poblado con cobertura, además de la cobertura que la operadora alcanza mediante acuerdos con OIMRs, ya que es a través de la infraestructura de estas empresas la operadora logra ofrecer servicios de Telecomunicaciones.
5. Respecto al literal B, d), esta regla del reordenamiento iría en contra de los principios de competencia mencionados en el artículo 5.5, ya que el resultado de la fórmula del "Q operadora" implicaría ratificar el acaparamiento de espectro que algunas empresas y/o grupos económicos pudiesen tener en distintas bandas, impidiendo así la entrada de nuevas operadoras (que no poseen espectro en ninguna provincia a nivel nacional y que desean presentar un plan de inversiones) en las bandas materia de reordenamiento. Insistimos que esta propuesta resulta ilegal. Además, no está claro qué operadora tendrá la preferencia para proponer una distribución uniforme en las provincias que requiera. La única forma de solucionar ello es a través de un proceso que asegure igualdad de condiciones entre los operadores para que el principal beneficiado sea el consumidor peruano.
6. Respecto al inciso e), éste no es claro, no se precisa a cuantas provincias más como mínimo la empresa Operadora debe cubrir en la banda materia de reordenamiento. Además de que número se considera como pocas operadoras. Insistimos, el MTC no puede asumir la inexistencia de demanda en dichas bandas, para ello es importante someter el proceso a concurso público.
7. El inciso g) "Otros que el MTC determine al momento de evaluar la condición de cada banda" es otro ejemplo de discrecionalidad absoluta. Por seguridad jurídica debe eliminarse. Debe proponerse un orden de criterios de reordenamiento transparente y que fomente la competencia. Importante considerar como criterio de priorización para reordenamiento el plan de inversiones presentado por las operadoras más beneficioso para el sector y que no sólo los actuales tenedores de espectro sino los que no se encuentran en la banda puedan realizar una propuesta.
8. Respecto al punto 6 del literal C, no se precisa si la vigencia a la que hacen referencia para la definición de la variable "vigencia" es la vigencia que tiene la concesión original o si la vigencia cambia con el

	<p>proceso de reordenamiento. En todo caso debería decir: "...Este tiempo se calcula desde la fecha de emitida la Resolución Viceministerial que aprueba el Reordenamiento de la banda hasta la fecha fin de la vigencia de la concesión de la banda materia del reordenamiento"</p> <p>9. Respecto de los valores "PUVBanda y fdescuento", estos son demasiado discrecionales al no establecer un mecanismo claro de cómo el MTC definirá los mismos.</p>
Anexo 2	<p>Este anexo debe eliminarse, considerar que, legalmente los servicios móviles no se limitan al servicio PCS y considerar que el Estado ha decidido otorgar espectro con derecho a uso para otros servicios, de acuerdo a los distintos ejemplos dados en comentarios a artículos anteriores. De aprobarse como se ha planteado estaríamos ante una vulneración al marco legal vigente así como vulneración a compromisos asumidos por el Estado en contratos-ley.</p>

PRIVADO Y CONFIDENCIAL

Fecha: Lima, 31 de agosto de 2018

A: TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.

Asunto: Análisis sobre legalidad del proyecto de Decreto Supremo que aprueba el Reglamento para el Reordenamiento de una Banda de Frecuencias

El presente documento tiene por objeto analizar brevemente la legalidad del Proyecto de Decreto Supremo que aprueba el Reglamento para el Reordenamiento de una Banda de Frecuencias, el cual fuera publicado a través de la Resolución Ministerial No. 634-2018-MTC/01.03 (en adelante, "Proyecto de Reglamento").

Dicho proyecto pretendería regular el procedimiento aplicable para que se disponga la aprobación del reordenamiento (total o parcialmente) de cualquier banda de espectro radioeléctrico que haya sido asignada a particulares. Asimismo, de acuerdo con los artículos 1° y 3° del referido proyecto, el procedimiento establecido aplicaría a cualquier operador de servicios de telecomunicaciones que cuenten con derechos sobre la banda.

En tal sentido, independientemente de que el espectro radioeléctrico haya sido asignado a solicitud de parte o a través de concurso público, el procedimiento regulado por el proyecto de norma para reordenar la banda sería igualmente aplicable.

De esta manera, en el presente documento se evaluará si la inexistencia de dicha diferenciación podría afectar o no los derechos de Telefónica del Perú S.A.A.

A continuación les brindamos nuestra opinión profesional:

1. Según el TUO del Reglamento de Telecomunicaciones (artículos 122°, 123° y 203°) las asignaciones de frecuencias pueden ser efectuadas a solicitud de parte o concurso público. Cada procedimiento resulta totalmente distinto y responde a particularidades y objetivos diferentes en el marco de la política pública de asignación de frecuencias que maneja el MTC.

En la asignación de frecuencias a solicitud de parte, el administrado simplemente presenta una solicitud (previo cumplimiento de los requisitos formales establecidos) y el MTC procede a la evaluación de su viabilidad y posterior asignación sin requerir pago alguno por la banda al operador.

Estudio Echecopar.

Asociado a Baker & McKenzie International

En cambio, en la asignación de frecuencias por concurso público, en principio tenemos que el MTC tiene la obligación de llevar a cabo un proceso de selección cuando: (i) se haya restringido el número de concesionarios en una localidad por decreto supremo; (ii) se especifique en el PNAF la necesidad de llevar a cabo el proceso de selección; (iii) la asignación corresponda a una banda para prestar servicios públicos a título primario en Lima o Callao; o (iv) que exista restricción en la disponibilidad de frecuencias o banda disponible para la prestación de un servicio público.

El hecho que se regule expresamente estos supuestos no es en vano. Responde a la importancia que determinadas bandas tienen en el mercado de telecomunicaciones y, por ende, se entiende que debe existir un proceso de competencia que finalmente determine al operador que obtendrá la frecuencia. En estos procesos, a diferencia de un procedimiento de solicitud de parte, ganará quien presente una mejor oferta técnica y económica.

Así, como parte de dichas propuestas, no solo se determinará al ganador en función a la mayor oferta económica, sino que también se evaluará otros aspectos como la capacidad de asumir compromisos de inversión que sean rentables socialmente para la población. De ahí que se establezcan contractualmente obligaciones adicionales que en las asignaciones a solicitud de parte no se presentan.

2. Como se puede apreciar las diferencias entre ambos procedimientos de asignación de frecuencias son sustanciales. Como consecuencia de ello, es evidente que a ambos casos no se les puede aplicar el mismo procedimiento de reordenamiento de frecuencias.

Ello debido a que se podrían generar situaciones donde aquel operador que obtuvo una frecuencia por concurso público, termine siendo reasignado con frecuencias que fueron adquiridas a través de un procedimiento de solicitud de parte. Esta situación claramente afectaría las inversiones destinadas inicialmente por los operadores que pasaron por un proceso de competencia y que se comprometieron a desarrollar inversiones sobre la base de la obtención de una frecuencia específica.

3. De esta manera, consideramos que el Proyecto de Reglamento debería establecer un procedimiento diferenciado para disponer el reordenamiento de frecuencias que hayan sido asignadas a través de concursos públicos en donde se reconozca todas las particularidades de este proceso.

Caso contrario, se podría vulnerar los siguientes derechos y cláusulas de los contratos de Telefónica:

- (i) Cláusula 5.1 de la Adenda a los Contratos de Telefónica (sobre prestación de servicio portador y servicio telefónico local en Lima y Callao, así como de prestación de servicio portador, servicio telefónico local y servicios de larga distancia nacional e internacional en la República del Perú) referente a la Banda 3.5 GHz incorporadas por Decreto Supremo No. 035-2000-MTC. En

Estudio Echecopar.

Asociado a Baker & McKenzie International

dicha cláusula se reconoce la exclusividad de la empresa para operar en la referida frecuencia.

- (ii) Indemnidad de los Contratos-ley (artículo 62° de la Constitución). Nuestra Constitución reconoce que este tipo de contratos genera una garantía para el inversor, según la cual las condiciones de los acuerdos suscritos se mantienen inalterables durante la vigencia de los contratos por cualquier clase de acto del Estado, lo cual incluye cualquier clase de norma legal.

Incluso el Tribunal Constitucional (STC 005-2003-AI/TC) ha reconocido esta características de los contratos-ley, precisando que es un mecanismo de seguridad jurídica para los contratantes.

- (iii) Principio de igualdad (artículo 2.2 de la Constitución). El principio de igualdad no solo obliga a las entidades públicas tratar de manera igualitaria a todos los administrados, sino que también obliga a reconocer las diferencias en aquellas situaciones que iguales a las demás.

Sobre el particular el Tribunal Constitucional (STC 02437-2004-AA/TC), citando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha establecido que "La igualdad jurídica presupones pues dar un trato igual a lo que es igual y desigual a lo que no lo es. De modo que se afecta a esta no solo cuando frente a situaciones sustancialmente iguales se da un trato desigual (discriminación directa, indirecta o neutral, etc.), sino también cuando frente a situaciones sustancialmente desiguales se brinda un trato igualitario (discriminación por indiferenciación)."

Por tanto, el MTC debería reconocer las diferencias que existen entre los procedimientos de asignación de frecuencias y, en función a ello, regular procedimientos distintos para disponer el reordenamiento de frecuencias.

- (iv) Artículo 217° del TUO del Reglamento de Telecomunicaciones que reconoce la facultad del MTC de modificar las frecuencias asignadas pero, a su vez, también prevé la obligación de no afectar los derechos de operadores.
4. En caso se publique el Proyecto de Reglamento sin efectuar modificación alguna en cuanto al procedimiento de reordenamiento, consideramos que Telefónica podría **aplicar la cláusula arbitral** establecida en sus respectivos contrato de concesión y demandar el incumplimiento de su contrato-ley.

Asimismo, se podría analizar la opción de plantear una **demanda de acción popular** contra el Decreto Supremo por vulnerar los principios de igualdad e indemnidad de los contratos-ley.

43

Estudio Echecopar

Asociado a Baker & McKenzie International

Finalmente, también se podría evaluar la posibilidad de **interponer una demanda de amparo** contra la reglamento mismo por tratarse de una amenaza cierta e inminente contra los mismos derechos constitucionales.

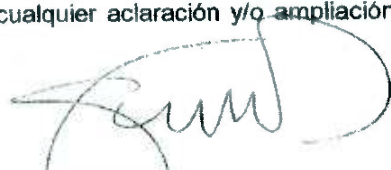
Desde luego, quedamos a la espera de cualquier aclaración y/o ampliación que ustedes estimen pertinente.

Atentamente,

Jorge Danos Ordoñez

+51 (1) 618 8514

jorge.danos@bakermckenzie.com



Guillermo Torrejón Vásquez

+51 (1) 618 8563

guillermo.torrej@bakermckenzie.com