



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones

MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES



REGISTRO N°: E-123687-2018

FECHA Y HORA: 2018/05/07 18:43:40

REGISTRADOR: LORENZA ZOILA RIPALDA ARAKAKI

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

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"
"Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional"

Lima, 4 de mayo de 2018

C. 00287-GG/2018

SEÑOR

JOSÉ AGUILAR REATEGUI

DIRECCIÓN GENERAL DE REGULACIÓN Y ASUNTOS INTERNACIONALES DE COMUNICACIONES

MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES

JR. ZORRITOS N° 1203, LIMA

PRESENTE.-

De mi consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a usted en atención a la Resolución Ministerial N° 258-2018-MTC/01.03, publicada el 18 de abril de 2018 en el Diario Oficial El Peruano, mediante la cual se aprobó publicar para comentarios el Proyecto de Decreto Supremo que modifica el artículo 117 del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 020-2017-MTC.

Al respecto, el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones remite adjunto al presente el Informe N° 0123-GAL/2018, en el cual se analiza el referido proyecto de norma. Asimismo, precisamos que la presente carta formaliza el correo remitido dentro del plazo a la dirección electrónica consignada en la Resolución Ministerial N° 258-2018-MTC/01.03.

Hago propicia la oportunidad para expresarle mi especial consideración.

Atentamente,



Firmado digitalmente por: CIFUENTES CASTAÑEDA Sergio Enrique FAU 20216072155 soft

SERGIO ENRIQUE CIFUENTES CASTAÑEDA
GERENTE GENERAL

A	:	SERGIO ENRIQUE CIFUENTES CASTAÑEDA GERENTE GENERAL
CC	:	RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ PRESIDENTE DEL CONSEJO DIRECTIVO
ASUNTO	:	PROYECTO DE DECRETO SUPREMO QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 117 DEL TEXTO UNICO ORDENADO DEL REGLAMENTO GENERAL DE LA LEY DE TELECOMUNICACIONES
FECHA	:	3 de mayo de 2018

	CARGO	NOMBRE
ELABORADO POR	Abogado Especialista en Temas Regulatorios	Katy Paola Torres Peceros
	Abogado Especialista en Procedimientos Administrativos de Segunda Instancia	Pamela Cadillo La Torre
	Sub Gerente de Evaluación y Políticas de Competencia	Claudia Barriga Choy
	Especialista de Competencia	Rosa Castillo Mezarina
REVISADO POR	Gerente de Políticas Regulatorias y Competencia (e)	Lennin Quiso Córdova
APROBADO POR	GERENTE DE ASESORIA LEGAL	LUIS ALBERTO AREQUIPEÑO TAMARA



I. OBJETO

El presente Informe tiene por objeto analizar el contenido del Proyecto de Decreto Supremo que modifica el artículo 117 del Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones aprobado mediante Decreto Supremo N° 020-2007-MTC (en adelante, TUO del Reglamento).

II. ANTECEDENTES

Con Resolución Ministerial N° 258-2018-MTC/01.03 publicada el 18 de abril de 2018, se dispone publicar para comentarios el Proyecto de Decreto Supremo que modifica el artículo 117 del TUO del Reglamento y en que se propone incluir una precisión en el referido artículo, estableciendo que "las solicitudes de transferencia de concesión así como las solicitudes de transferencia de asignación de espectro radioeléctrico están sujetas al Silencio Administrativo Negativo".

III. ANÁLISIS DEL PROYECTO

3.1. Consideraciones generales

El espectro radioeléctrico es un recurso natural limitado que constituye patrimonio de la nación. Asimismo, mediante el espectro radioeléctrico puede brindarse una serie de servicios inalámbricos, con menores costos de despliegue en relación con las redes fijas. El espectro presenta las siguientes características: (i) recurso limitado; (ii) no puede ser creado ni destruido; (iii) es inexhaustible en el tiempo (no se agota ni se consume); (iv) su uso en un momento dado no tiene impacto sobre su uso en otro momento; y, (v) la propagación de ondas no puede ser limitada por fronteras políticas.

Su naturaleza de recurso escaso afecta el número de operadores que compiten en estos mercados de servicios inalámbricos. Considerando esto, el Estado debe fomentar una adecuada política de manejo de espectro radioeléctrico, pues esta política influye directamente sobre el número de operadores en los mercados de servicios inalámbricos y, por ende, sobre la dinámica competitiva de tales servicios.

En el Perú, es el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC en adelante) quien está a cargo de la gestión del espectro, la misma que abarca la canalización, atribución y asignación. Si bien en la actualidad no puede prohibirse una operación de concentración en el sector, es posible denegar una transferencia de concesión de espectro o una reorganización societaria, en caso se determine que podría existir una afectación a la libre competencia en la prestación de los servicios de telecomunicaciones¹, en los términos establecidos en el artículo 6° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones² (en adelante, TUO de la Ley).

¹ Artículo 117.- Transferencia de concesiones y autorizaciones
Artículo 113.- Causas para denegar la concesión o autorización

² Artículo 6.- El Estado fomenta la libre competencia en la prestación de los servicios de telecomunicaciones, regula el mercado de forma que se asegure su normal desenvolvimiento, se controle los efectos de situaciones de monopolio, se evite prácticas y acuerdos restrictivos derivados de la posición dominante de una empresa o empresas en el mercado. Igualmente, el Estado fomenta la participación de los usuarios de servidores de telecomunicaciones, en el establecimiento de tarifas y en la prestación y control de estos servicios.



Ahora bien, cabe indicar que dicha evaluación de la afectación a la libre competencia se encuentra a cargo del OSIPTEL³, quien a la fecha emite las opiniones correspondientes cuando el Ministerio de Transportes y Comunicaciones informa sobre algún trámite de transferencia de concesiones o reorganización societaria.

No obstante, dada la configuración de este tipo de procedimientos que son aprobados por otra entidad (MTC), se les ha venido aplicando el silencio administrativo positivo (SAP)⁴, y teniendo en cuenta que las opiniones del regulador no tienen un carácter vinculante, ha generado que pese a la opinión desfavorable del OSIPTEL, se apruebe una serie de transferencias de concesión y asignación de espectro, que afectan la dinámica competitiva en el sector.

Tal es el caso de una serie de resoluciones que aprobaban transferencias de espectro en la banda de 2.5 GHz⁵. Estas tuvieron lugar a pesar de que el OSIPTEL advirtiera en diferentes informes⁶ de la fuerte concentración y potencial daño a la dinámica competitiva que se generaría del control del espectro por parte de empresas pertenecientes al Grupo Claro pues, entre otros aspectos se generó una barrera estratégica al impedir a otros competidores a acceder a espectro en dicha banda.

Asimismo, cabe precisar que mediante Cartas C.980-GG/2017 y C.993-GG/2017 dirigidas al MTC en el marco de los procedimientos de transferencia tramitados por las empresas del Grupo Claro, el OSIPTEL ha manifestado y sustentado legalmente su posición institucional en cuanto a que dichos procedimientos deben de sujetarse al silencio administrativo negativo (SAN).

Adicionalmente, el OSIPTEL remitió adjunto al Informe N° 216-GPRC/2017, relacionado a las transferencias del espectro a favor del grupo Claro, el informe elaborado por el reconocido jurista en Derecho Administrativo, Dr. Christian Guzmán Napurí, en el cual se ratificó la posición institucional en este extremo.

3.2 Comentarios sobre el Proyecto de Decreto Supremo

El Proyecto de Decreto Supremo propone incluir una precisión en el artículo 117° del TUO del Reglamento, estableciendo que “las solicitudes de transferencia de concesión así como las solicitudes de transferencia de asignación de espectro radioeléctrico están sujetas al Silencio Administrativo Negativo”.

Al respecto, el OSIPTEL considera correcta dicha precisión considerando que los procedimientos administrativos que tengan por objeto el uso o el otorgamiento de un recurso natural tienen un tratamiento especial que tiene su vértice en la Constitución Política del Perú, la cual ha delineado la fuente normativa que debe contener la regulación tanto con relación a su utilización como con relación al otorgamiento a particulares, constituyendo tanto la Ley

³ Cabe señalar que conforme a lo establecido por el inc. 1) del artículo 77° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones (D.S. N° 013-93-TCC) y por el inc. b) del artículo 7° de la Ley N° 26285, el OSIPTEL tiene entre sus funciones y objetivos el mantener y promover una competencia efectiva y eficaz en los mercados de servicios públicos de telecomunicaciones.

⁴ De acuerdo al Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) del MTC, al procedimiento de transferencia de concesión para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones se le aplica SAP. Ello a pesar de que la transferencia podría involucrar a su vez transferencia de espectro.

⁵ Ver las siguientes resoluciones: (i) Resolución Viceministerial N° 1344-2017-MTC/03 (transferencia de espectro otorgada a Velatel Perú a favor de Olo del Perú); (ii) Resolución Viceministerial N° 1345-2017-MTC/03 (transferencia de espectro otorgada a TC Siglo 21 a favor de Olo del Perú); y, (iii) Resolución Viceministerial N° 1346-2017-MTC/03 (transferencia de espectro otorgada a Cablevisión a favor de TVS Wireless).

⁶ Ver las opiniones finales del OSIPTEL respecto a dichas transferencias: Informe 166-GPRC/2017 (opinión sobre solicitud de transferencia de espectro otorgada a Velatel Perú a favor de Olo del Perú y sobre la solicitud de transferencia de Cable Visión a favor de TVS Wireless), Informe 168-GPRC/2017 (opinión sobre solicitud de transferencia de espectro otorgada a TC Siglo 21 a favor de Olo del Perú).



Orgánica de Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, como el TUO de la Ley, normas que conforman el bloque de constitucionalidad, las mismas que establecen que el silencio administrativo aplicable a los procedimientos vinculados al espectro radioeléctrico, son negativos.

3.2.1. Marco general aplicable a los procedimientos administrativos sujetos a silencio administrativo negativo

El Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N.º 006-2017-JUS (en adelante el TUO de la LPAG), establece en su artículo 37 que el SAN es aplicable, entre otros supuestos, cuando la petición pueda afectar significativamente el interés público e incida en los recursos naturales, y cuando se transfiera facultades de la administración pública, tal como se puede apreciar a continuación de su tenor literal:

“Artículo 37.- Procedimientos de evaluación previa con silencio negativo.

37.1 Excepcionalmente, el silencio negativo es aplicable en aquellos casos en los que la petición del administrado puede afectar significativamente el interés público e incida en la salud, el medio ambiente, los recursos naturales, la seguridad ciudadana, el sistema financiero y de seguros, el mercado de valores, la defensa comercial, la defensa nacional y el patrimonio cultural de la nación, así como en aquellos procedimientos de promoción de inversión privada, procedimientos trilaterales y en los que generen obligación de dar o hacer del Estado y autorizaciones para operar casinos de juego y máquinas tragamonedas. Las entidades deben sustentar técnicamente que cumplen con lo señalado en el presente párrafo.

Por Decreto Supremo, refrendado por el Presidente de Consejo de Ministros, se puede ampliar las materias en las que, por afectar significativamente el interés público, corresponde la aplicación de silencio administrativo negativo.

37.2 Asimismo, es de aplicación para aquellos procedimientos por los cuales se transfiera facultades de la administración pública, y en aquellos procedimientos de inscripción registral.

37.3 En materia tributaria y aduanera, el silencio administrativo se rige por sus leyes y normas especiales. Tratándose de procedimientos administrativos que tengan incidencia en la determinación de la obligación tributaria o aduanera, se aplica el Código Tributario.

37.4 Las autoridades quedan facultadas para calificar de modo distinto en su Texto Único de Procedimientos Administrativos los procedimientos administrativos señalados, con excepción de los procedimientos trilaterales y en los que generen obligación de dar o hacer del Estado, cuando aprecien que sus efectos reconozcan el interés del solicitante, sin exponer significativamente el interés general.”

A continuación procederemos a analizar las razones por las que los procedimientos de transferencia de concesión y del espectro radioeléctrico deben sujetarse al SAN, al encontrarse en el supuesto establecido en el artículo 37 del TUO de la LPAG.

a) Procedimiento administrativo de transferencia de concesiones para brindar el servicio de telecomunicaciones

La concesión es un título habilitante por el cual el Estado decide transferir unilateralmente a los particulares, que cumplan las condiciones legales y reglamentarias determinadas por el Estado, el desarrollo de determinada actividad económica que tiene un carácter predominantemente público. A pesar de ello, la acción estatal no se agota en el acto mismo de concesión, sino que se desenvuelve con especiales formas a lo largo de todo el periodo fijado para el desarrollo de la actividad. En suma, el Estado no cede su *ius imperium*, sino



que a través de la Administración realizará una intervención legítima sobre los derechos de quienes se muestran dispuestos y aptos para la explotación efectiva del recurso, con la finalidad precisamente de asegurarla⁷.

En esa medida, podemos señalar que la concesión implica una transferencia limitada de facultades de administración de un servicio público, respecto de las cuales el Estado mantiene facultades de imperio. Ello en atención al interés público que subyace a la noción misma de la concesión y cuya satisfacción constituye el objeto de la misma. Empero, las facultades que el particular recibe son las estrictamente necesarias para la prestación del servicio, manteniendo la Administración sus poderes de control y supervisión así como una serie de potestades y derechos entre los que se encuentra la posibilidad de modificar el contenido del contrato e inclusive el poder de resolverlo antes de la fecha pactada. No obstante, **tales potestades se encuentran subordinadas a la noción del interés público**⁸.

Entonces, como podemos apreciar, el supuesto de hecho contemplado en el numeral 37.2 del artículo 37 del TUO de la LPAG, referido a un procedimiento mediante el cual se transfieren facultades o funciones de la administración pública, se corrobora claramente en el presente caso, toda vez que con la transferencia de la concesión el Estado estaría cambiando al sujeto con el cual el Estado mantenía una relación jurídica, para iniciar una nueva con otro; razón por la cual, el silencio administrativo aplicable es el negativo.

Cabe indicar además que, a través de la transferencia de las concesiones, el título habilitante para la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones pasa de una persona natural o jurídica a otra, y es por ello que la norma especial, el TUO del Reglamento, prevé los mismos supuestos bajo los cuales debe denegarse y adicionalmente dispone se evalúe la no afectación a la libre competencia en la prestación de los servicios de telecomunicaciones^{9 10}, en los términos establecidos en el artículo 6° del TUO de la Ley.

⁷ Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N.° 0048-2004-AI/TC.

⁸ Así también lo ha establecido el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N.° 0048-2004-AI/TC.

⁹ "Artículo 117.- Transferencia de concesiones y autorizaciones

(...)

La transferencia no podrá ser denegada sin causa justificada. Entiéndase por causa justificada a las señaladas en el artículo 113, a toda situación que pudiera atentar contra lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley y aquellas que señale la Ley, el Reglamento u otra disposición legal.

(...)"

¹⁰ "Artículo 113.- Causas para denegar la concesión o autorización

El Ministerio no otorgará la concesión o autorización cuando:

1. El otorgamiento de la concesión o autorización ponga en peligro real o potencial la seguridad nacional o vaya en contra del interés público.
2. Al solicitante o alguno de los socios o asociados, tratándose de personas jurídicas, o su representante, se le hubiera sancionado con la cancelación y no haya transcurrido un (1) año desde la fecha en que la resolución que sanciona quedó firme administrativamente.
3. Se ponga en peligro real o potencial el cumplimiento de los fines de las telecomunicaciones como mecanismo de integración, pacificación, desarrollo y como vehículo de cultura.
4. El solicitante estuviera incurrido en algunas de las prohibiciones establecidas en la Ley y el Reglamento.
5. El solicitante no hubiera cumplido con los pagos que resulten exigibles respecto de derechos, tasas y canon por alguna concesión o autorización que se le hubiera otorgado, salvo que cuente con fraccionamiento de pago vigente o se haya dejado en suspenso la exigibilidad de dichas obligaciones, conforme a lo establecido en la Ley General del Sistema Concursal.
6. Al solicitante se le hubiera sancionado con multa y no haya cumplido con el pago previo de la misma, siempre que ésta resultara exigible, salvo que cuente con fraccionamiento de pago vigente o se haya dejado en suspenso la exigibilidad de dichas obligaciones, conforme a lo establecido en la Ley General del Sistema Concursal.
7. Cuando en la banda de frecuencia y localidad solicitadas no exista disponibilidad de frecuencias o se configure restricción en la disponibilidad de frecuencias, en los casos en que se requiere utilizar espectro radioeléctrico.

"8. Al solicitante, se le hubiera resuelto su contrato de concesión por incurrir en la causal de resolución prevista en el numeral 10 del artículo 137 y no haya transcurrido dos (2) años desde la notificación de la resolución correspondiente. Esta causal, también es aplicable a los accionistas, socios, asociados, director o representante legal, de la persona jurídica que incurrió en la referida causal, sean éstos solicitantes o formen parte de una persona jurídica solicitante."



Por ello, si el Estado al autorizar las transferencias de concesiones no verifica si existe una afectación al mercado, o una concentración de la competencia u otros afines, entonces habrá una afectación al interés público que es representado por toda la nación usuaria de los servicios de telecomunicaciones. Y, en tanto exista la posibilidad de que se afecte significativa el interés público corresponde que se aplique el silencio administrativo negativo.

En adición a lo expuesto, se debe resaltar que las normas especiales (TUO de la Ley de Telecomunicaciones y el TUO de su reglamento), se establece expresamente que para los procedimientos de otorgamiento y/o modificación de concesiones no es aplicable el SAP.

En efecto, tal como lo dispone el artículo 36 del TUO de la Ley, debemos precisar que no es de aplicación el SAP en los casos de trámites de concesión de servicios de telecomunicaciones¹¹.

En el mismo sentido, el artículo 111° del TUO del Reglamento dispone también la no aplicación del SAP, conforme se aprecia a continuación de su tenor literal:

“Artículo 111.- Aplicación del silencio administrativo

Las solicitudes relativas a la obtención y/o modificación de concesiones, autorizaciones, renovaciones, permisos, licencias y aquellas relativas al canon, tasas y derechos, fijación de tarifas o de mecanismos para su determinación no tienen el beneficio del silencio administrativo positivo. Los interesados una vez vencidos los plazos respectivos, pueden tener por denegadas sus peticiones o esperar el pronunciamiento del Ministerio.”

En tal sentido, el SAP no es aplicable a los procedimientos para obtener concesiones y/o modificación de concesiones, en estricta aplicación del numeral 37.2 del artículo 37 del TUO de la LPAG, en la medida que a través del procedimiento administrativo materia de análisis se busca transferir al sector privado una facultad, atribución o función inherente al Estado, y por tanto, le corresponde el SAN.

b) Procedimiento administrativo de asignación o uso del espectro radioeléctrico

Como ya se señaló el espectro radioeléctrico es un recurso natural limitado que constituye patrimonio de la nación. Por ello, el Estado es soberano en su aprovechamiento económico y, en tal medida, se encuentra obligado a protegerlo¹².

Una de las formas que tiene el Estado para cumplir con su obligación de proteger al espectro radioeléctrico es **a través del otorgamiento de los títulos habilitantes**, es decir, a través de los actos expresos que correspondan, conforme lo establece el artículo 19 de la Ley Orgánica de Aprovechamiento de los Recursos Naturales¹³

⁹ Otras que se contemplen en la Ley u otra norma con rango de ley.”

El presente artículo no será de aplicación a las solicitudes sobre renovación de concesión o autorización que presenten los titulares.

Lo dispuesto en los numerales 5 y 6 se aplicará además a los accionistas, socios, asociados, director o representante legal de la persona jurídica, sea ésta solicitante o forme parte de una persona jurídica solicitante.”

¹¹ “Artículo 36.- En los trámites seguidos para obtener concesiones, autorizaciones, permisos, licencias y tarifas no son de aplicación las normas que otorgan derechos por mérito del silencio administrativo.”

¹² Así lo ha señalado el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N.° 0015-2010-PI/TC, de fecha 11 de setiembre de 2012.

¹³ “Otorgamiento de derechos sobre los recursos naturales

Artículo 19.- Los derechos para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales se otorgan a los particulares mediante las modalidades que establecen las leyes especiales para cada recurso natural. En cualquiera de los casos, el Estado conserva



En la misma línea, el artículo 57 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, reconociendo que el espectro radioeléctrico es un recurso natural de dimensiones limitadas, establece que su utilización y otorgamiento de uso se efectuara bajo determinadas condiciones¹⁴.

En virtud a ello, el artículo 204 del TUO del Reglamento¹⁵, establece con relación al uso del espectro radioeléctrico requiere de una concesión o autorización y que tratándose de servicios públicos de telecomunicaciones, corresponde su asignación mediante resolución directoral.

Al mismo tiempo, la asignación y uso eficiente del espectro constituye una de las herramientas para garantizar la competencia en la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones, tal como lo dispone el numeral 85-A de los Lineamientos de Política del Mercado de Telecomunicaciones del Perú¹⁶.

Por lo tanto, las acciones concretas a desplegar por el Estado en sus diversas instancias, a través del MTC y del OSIPTEL¹⁷, deben estar orientadas a verificar que exista competencia. Esta tiene como correlato que no exista una concentración del mercado, pues la misma no solo afecta gravemente a los potenciales competidores, sino sobre todo afecta significativamente a la colectividad en su conjunto. Ello debido a que la oferta de servicios estaría limitada a unas pocas empresas que brinden dicho servicio.

Por tal razón, la solicitud de asignación como la de transferencia del espectro radioeléctrico no puede estar sujeta a la sola voluntad de la empresa dado el altísimo riesgo de afectación al interés público, sino que debe existir una evaluación sesuda del Estado en la que se analicen todos los aspectos antes mencionados para asegurar no solo el cumplimiento del artículo 6 del TUO de la Ley, sino también el adecuado uso y aprovechamiento del recurso natural, en consonancia con lo establecido en el artículo 66 de la Constitución Política del Perú y la Ley Orgánica de Aprovechamiento de los Recursos Naturales, entre otras.

el dominio sobre estos, así como sobre los frutos y productos en tanto ellos no hayan sido concedidos por algún título a los particulares."

¹⁴ "Artículo 57.- El espectro radioeléctrico es un recurso natural de dimensiones limitadas que forma parte del patrimonio de la Nación. Su utilización y otorgamiento de uso a particulares se efectuará en las condiciones señaladas en la presente Ley y su reglamento.

¹⁵ "Artículo 204.- Condiciones para el uso del espectro radioeléctrico
El uso del espectro radioeléctrico requiere de una concesión o autorización del servicio de telecomunicaciones correspondiente, según sea el caso, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en el Reglamento. Tratándose de servicios públicos de telecomunicaciones la asignación se hará mediante resolución directoral del órgano competente del Ministerio."

¹⁶ "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."

¹⁷ Ley N.º 27336, Ley de desarrollo de funciones de OSIPTEL

Artículo 36.-

(...) OSIPTEL es competente para conocer de toda controversia que se plantee como consecuencia de acciones u omisiones que afecten o puedan afectar el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, aunque sólo una de las partes tenga la condición de empresa operadora de tales servicios.

Decreto Legislativo N.º 1034, que aprueba la ley de represión de conductas anticompetitivas

Artículo 17.- Del OSIPTEL.

La aplicación de la presente Ley al mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones estará a cargo del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL de conformidad con lo dispuesto en la Ley N.º 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL. En tal sentido, las instancias competentes, las facultades de éstas y los procedimientos que rigen su actuación serán los establecidos en su marco normativo.



En efecto, las transferencias del espectro deben responder a un proceso de planificación integral del recurso natural que impliquen los máximos beneficios al mercado. Ello quiere decir que, de aplicar el SAP, por el solo transcurso del tiempo, se podría entorpecer las políticas públicas orientadas a gestionar el espectro radioeléctrico en función del interés público y no en beneficio individual o solo privado. Todo ello sumado al perjuicio económico que podría significar al Estado, ya que, por su uso y aprovechamiento le corresponden una serie de conceptos económicos establecidos, no solo en la ley orgánica de aprovechamiento de los recursos naturales, sino también en el propio TUO de la Ley.

Adicionalmente, se debe señalar que la obligación del Estado de proteger el espectro radioeléctrico no se condice con la posibilidad que este pueda ser asignado por el SAP, en la medida que el artículo 205 del TUO del Reglamento señala que la asignación de espectro para servicios públicos **está sujeta al cumplimiento de metas de uso de espectro**, las cuales estarán contempladas en el instrumento que lo asigna, es decir, en la resolución directoral; situación que es imposible materialmente de presentarse en el caso que la asignación de su uso se produzca a través del SAP.

En virtud a lo antes señalado queda claro que: i) el Estado tiene el deber constitucional de proteger los recursos naturales, ii) la obligación de proteger los recursos naturales la realiza el Estado, entre otras, a través de la verificación de la existencia de competencia (que se dé un normal desenvolvimiento del mercado, del control de los efectos de situaciones de monopolio, que no existan o se promuevan prácticas y acuerdos restrictivos derivados de la posición dominante de una empresa, entre otros); iii) una de las herramientas que utiliza el Estado para asegurarse la existencia de competencia es a través de la asignación del espectro radioeléctrico para su aprovechamiento, iv) el acto administrativo expreso en el que se materialice la asignación es mediante una resolución directoral del MTC, para lo cual debe tener en cuenta la opinión del OSIPTTEL, v) la decisión expresa consiste en otorgar el uso del espectro radioeléctrico pero a su vez, estableciendo las metas¹⁸ para su uso, vi) el SAP, en tanto **no constituye** una declaración expresa ni mucho menos puede contener metas para el uso eficiente del espectro, no podría constituir título habilitante para que un administrado pueda usar o aprovechar el espectro radioeléctrico, por lo cual, en la ponderación de intereses, debe primar el interés general que se vería afectado al aprobarse una asignación de espectro sin haber considerado un análisis minucioso respecto de las implicancias ampliamente analizadas en los párrafos anteriores.

Por lo expuesto, el procedimiento de transferencia del espectro radioeléctrico también debe sujetarse al SAN.

3.2.2. Consideraciones adicionales

Sin perjuicio de lo señalado, consideramos importante que se evalúe también la modificación del artículo 118° del Texto Único Ordenado del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, referido a la transferencia de acciones o participaciones, toda vez que si bien no está referido directamente a la transferencia de la concesión o del espectro, la transferencia de acciones o participaciones al margen del porcentaje de acciones con derecho a voto que se adquieran, es posible que se pueda ejercer control y se influya decisivamente en la toma de decisiones de quien tendrá el título habilitante para la prestación del servicio público de telecomunicaciones.

¹⁸ Se entiende por metas de uso de espectro conforme a la norma la obligación y compromiso que tiene el concesionario de garantizar su uso en forma eficiente y efectiva el espectro asignado.



IV. CONCLUSIONES

- 4.1. El SAP no es aplicable a los procedimientos para obtener concesiones y/o modificación de concesiones, en estricta aplicación del numeral 37.2 del artículo 37 del TUO de la LPAG, en la medida que a través de dicho procedimiento administrativo se busca transferir al sector privado una facultad, atribución o función inherente al Estado, y por tanto, le corresponde el SAN.
- 4.2. De acuerdo con el numeral 37.1 del TUO de la LPAG que dispone que será de aplicación el silencio administrativo negativo cuando se afecte significativamente el interés público, y dado que el procedimiento administrativo orientado a asignar el espectro radioeléctrico afectaría gravemente el interés público junto con vulnerar lo dispuesto en el artículo 66 de la Constitución Política del Perú, el artículo 19 de la Ley Orgánica de Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, el artículo 36 del TUO de la Ley, y su Reglamento; corresponde la aplicación del SAN a dicho procedimiento administrativo.

V. RECOMENDACIÓN

Se recomienda que el OSIPTEL remita el presente informe al Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Atentamente,



Firmado digitalmente
por AREQUIPEÑO TAMARA Luis
Alberto FAU 20216072155 soft

