

MATRIZ DE COMENTARIOS

Proyecto de Decreto Supremo que modifica el artículo 117 del Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones aprobado mediante el Decreto Supremo N° 020-2007-MTC.

(Resolución Ministerial N° 258-2018-MTC/01.03, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 18 de abril de 2018)

Comentarios recibidos dentro del plazo:

- Americatel Perú S.A. - C.219-2018-GLAR, de fecha 04 de mayo de 2018
- Entel Perú S.A. - CGR-872/18, de fecha 03 de mayo de 2018
- Telefónica del Perú S.A.A. - TDP-1430-AR-GER-18, de fecha 03 de mayo de 2018
- Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL) - Informe N° 00123-GAL/2018, de fecha 03 de mayo de 2018

PROYECTO TRANSPORTES Y COMUNICACIONES

Proyecto de Decreto Supremo que modifica el artículo 117 del Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones aprobado mediante el Decreto Supremo N° 020-2007-MTC.

RESOLUCION MINISTERIAL N° 258-2018-MTC/01.03

Lima, 18 de abril de 2018

VISTO:

El Informe N° 141-2018-MTC/26 de la Dirección General de Regulación y Asuntos Internacionales de Comunicaciones; y,

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 47 del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado mediante Decreto Supremo N° 013-93-TCC, en adelante la Ley de Telecomunicaciones, la concesión es el acto jurídico mediante el cual el Estado concede a una persona natural o jurídica la facultad de prestar servicios públicos de telecomunicaciones; teniendo a su cargo el Ministerio de Transportes y Comunicaciones – MTC otorgar concesión única para la prestación de todos los servicios públicos de telecomunicaciones;

Que, el otorgamiento de una concesión única para prestar servicios públicos de telecomunicaciones, puede implicar asignación o no del recurso espectro radioeléctrico, lo que depende de los servicios que brinda el concesionario;

Que, el artículo 57 de la Ley de Telecomunicaciones, concordado con el artículo 199 de su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 020-2007-MTC, en adelante el Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, señala que corresponde al MTC la administración, la atribución, la asignación, el control y en general todo cuanto concierne a la gestión del espectro radioeléctrico;

Que, el artículo 117 del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, determina entre otros, que las concesiones y las asignaciones de espectro relativas a aquéllas son intransferibles total o parcialmente, salvo aprobación previa y expresa del Ministerio, asimismo señala que la transferencia no podrá ser denegada sin causa justificada;

Que, es necesario precisar el silencio administrativo aplicable a los procedimientos de transferencia de concesión para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones y de transferencia de asignación de espectro radioeléctrico, a fin de generar mayor certeza en el otorgamiento y transferencia de las concesiones y salvaguardar el uso eficiente del espectro radioeléctrico, debiendo sujetar ambos procedimientos al silencio administrativo negativo; por lo que se propone modificar el artículo 117 Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 020-2007-MTC;

Que, la Dirección General de Regulación y Asuntos Internacionales de Comunicaciones, mediante el Informe N° 141-2018-MTC/26 recomienda la publicación para comentarios del proyecto de Decreto Supremo que modifica el artículo 117 del Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 020-2007-MTC;

Que, el artículo 19 de los Lineamientos para Desarrollar y Consolidar la Competencia y la Expansión de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones en el Perú, incorporados por Decreto Supremo N° 003-2007-MTC al Decreto Supremo N° 020-98-MTC, que aprueba los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones del Perú, establece que, a fin de asegurar el acceso a toda la información relevante para los agentes del mercado y la ciudadanía en general, con el fin de promover y garantizar la transparencia en la gestión del Estado, se publicará para comentarios los dispositivos legales referidos a los servicios de telecomunicaciones, las propuestas conjuntamente con su exposición de motivos para el desarrollo del sector, los estudios sobre nuevas tendencias y otros que consideren relevantes, otorgando un plazo mínimo de quince (15) días calendario;

Que, en consecuencia, es necesario disponer la publicación del referido proyecto normativo en el Diario Oficial "El Peruano" y en la página web del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a efectos de recibir las sugerencias y comentarios de la ciudadanía en general;

De conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 29370, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, su Reglamento de Organización y Funciones, aprobado por Decreto Supremo N° 021-2007-MTC, y en los Lineamientos para Desarrollar y Consolidar la Competencia y la Expansión de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones en el Perú, incorporados por el Decreto Supremo N° 003-2007-MTC al Decreto Supremo N° 020-98-MTC;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Publicación del Proyecto

Dispóngase la publicación del Proyecto de Decreto Supremo que modifica el artículo 117 del Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 020-2007-MTC, así como su exposición de motivos, en el Portal Institucional del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, www.mtc.gob.pe, a efectos de recibir las opiniones, comentarios y/o sugerencias de la ciudadanía, dentro del plazo de quince (15) días calendario contados a partir del día siguiente de la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano.

Artículo 2.- Recepción y sistematización de comentarios

Las opiniones, comentarios y/o sugerencias sobre el proyecto de Decreto Supremo a que se refiere el artículo 1 de la presente Resolución Ministerial, deben ser remitidas a la sede principal del Ministerio de Transportes y Comunicaciones con atención a la Dirección General de Regulación y Asuntos Internacionales de Comunicaciones, ubicada en Jr. Zorritos No. 1203 - Cercado de Lima, o vía correo electrónico a la dirección gblanco@mtc.gob.pe.

Regístrese, comuníquese y publíquese

EDMER TRUJILLO MORI
Ministro de Transportes y Comunicaciones

PROYECTO

TRANSPORTES Y COMUNICACIONES

PROYECTO DE DECRETO SUPREMO QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 117 DEL TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL REGLAMENTO GENERAL DE LA LEY DE TELECOMUNICACIONES APROBADO MEDIANTE EL DECRETO SUPREMO N° 020-2007-MTC

El Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a través de la Dirección General de Regulación y Asuntos Internacionales de Comunicaciones, pone a consideración del público interesado 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 el Decreto Supremo N° 020-2007-MTC, a fin que remitan sus opiniones y sugerencias por escrito a la Dirección General de Regulación y Asuntos Internacionales de Comunicaciones, con atención a Gislayne Blanco por escrito a Jr. Zorritos N° 1203-Cercado de Lima, o vía correo electrónico a gblanco@mtc.gob.pe, dentro del plazo de quince días calendario, de acuerdo al formato siguiente:

Formato para la presentación de comentarios al presente proyecto de norma.

Artículo del Proyecto	Comentarios (*)
1	
(...)	

Decreto Supremo que modifica el artículo 117 del Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones aprobado por Decreto Supremo N° 020-2007-MTC

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 47 del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado mediante Decreto Supremo N° 013-93-TCC, en adelante la Ley de Telecomunicaciones, la concesión es el acto jurídico mediante el cual el Estado concede a una persona natural o jurídica la facultad de prestar servicios públicos de telecomunicaciones; teniendo a su cargo el Ministerio de Transportes y Comunicaciones - MTC otorgar concesión única para la prestación de todos los servicios públicos de telecomunicaciones;

Que, el otorgamiento de una concesión única para prestar servicios públicos de telecomunicaciones, puede implicar la asignación o no del recurso espectro radioeléctrico, lo que depende de los servicios que brinda el concesionario;

Que, el artículo 57 de la Ley de Telecomunicaciones, concordado con el artículo 199 de su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 020-2007-MTC, en adelante el Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, señala que corresponde al MTC la administración, la atribución, la asignación, el control y en general todo cuanto concierne a la gestión del espectro radioeléctrico;

Que, el artículo 117 del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, determina entre otros, que las concesiones y las asignaciones de espectro relativas a aquéllas son intransferibles total o parcialmente, salvo aprobación previa y expresa del Ministerio, asimismo señala que la transferencia no puede ser denegada sin causa justificada;

Que, es necesario precisar el silencio administrativo aplicable a los procedimientos de transferencia de concesión para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones y de transferencia de asignación de espectro radioeléctrico, a fin de otorgar mayor certeza y predictibilidad en el otorgamiento y transferencia de concesiones y salvaguardar el uso del espectro radioeléctrico;

Que, de conformidad a lo dispuesto en el numeral 37.1 del artículo 37 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, en adelante la Ley del Procedimiento Administrativo General, el silencio administrativo negativo es aplicable en aquellos casos en los que la petición del administrado puede afectar significativamente el interés público e incida, entre otros, en los recursos naturales; constituyendo el espectro radioeléctrico un recurso natural, de conformidad al artículo 57 de la Ley de Telecomunicaciones;

Que, asimismo, el numeral 37.2 del artículo 37 del referido cuerpo normativo establece que es de aplicación el silencio administrativo negativo a aquellos procedimientos por los cuales se transfiera facultades de la administración pública, y en aquellos procedimientos de inscripción registral;

Que, los procedimientos de transferencia de concesión para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones y de transferencia de asignación de espectro radioeléctrico, se encuentran en los supuestos establecidos en los numerales 37.1 y 37.2 del artículo 37 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, por tratarse de procedimientos asociados a un recurso natural y a la concesión de servicios públicos de telecomunicaciones, título habilitante a través del cual el Estado concede la facultad de prestar servicios públicos de telecomunicaciones a terceros bajo ciertos criterios y exigencias, despojándose de una titularidad que le corresponde, y que en muchos casos también involucra la utilización del espectro radioeléctrico; debiendo estar sujetos al silencio administrativo negativo;

Que, es necesario definir de manera expresa el trámite que se aplica a las solicitudes de transferencia de concesión y transferencia de asignación de espectro radioeléctrico, correspondiendo sujetar ambas solicitudes al silencio administrativo negativo; para lo cual corresponde modificar el artículo 117 del Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 020-2007-MTC;

De conformidad con lo dispuesto en el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 013-93-TCC, el Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 020-2007-MTC y el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS;

DECRETA:

Artículo 1.- Modificación del artículo 117 del Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 020-2007-MTC

Modifícase el artículo 117 del Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 020-2007-MTC, el cual queda redactado en los siguientes términos:

“Artículo 117.- Transferencia de concesiones y autorizaciones

Las autorizaciones, así como los permisos y licencias de los servicios de telecomunicaciones, son intransferibles total o parcialmente, salvo aprobación previa y expresa del Ministerio. Aprobada la transferencia, el adquirente asumirá automáticamente todos los derechos y obligaciones derivados de la autorización.

Las concesiones y las asignaciones de espectro relativas a aquéllas son intransferibles total o parcialmente, salvo aprobación previa y expresa del Ministerio, la cual será formalizada mediante resolución viceministerial. La adenda respectiva será suscrita en un plazo de sesenta (60) días hábiles, previa presentación del documento que acredite el acuerdo de transferencia. En caso de incumplimiento del plazo antes mencionado por parte del interesado, la aprobación quedará sin efecto de pleno derecho, sin perjuicio de que se expida el acto administrativo correspondiente. Suscrita dicha adenda el adquirente asumirá automáticamente todos los derechos y obligaciones derivados de la concesión. **Las solicitudes de transferencia de concesión así como las solicitudes de transferencia de asignación de espectro radioeléctrico están sujetas al Silencio Administrativo Negativo.**

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.

El incumplimiento de esta norma produce la resolución de pleno derecho del contrato de concesión o deja sin efecto las autorizaciones, permisos y licencias correspondientes.

Asimismo, el presente artículo será aplicable a los casos de reorganización societaria, conforme a lo dispuesto en la Ley General de Sociedades, con excepción de la transformación”.

Artículo 2.- Refrendo

El presente Decreto Supremo es refrendado por el Ministro de Transportes y Comunicaciones.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, el día del mes de del año dos mil dieciocho.

COMENTARIOS RECIBIDOS	POSICIÓN DGRAIC
<p>1. <i>Comentarios generales</i></p> <p><i>El propósito de la presente, es hacer mención a la Resolución Ministerial N° 258-2018-MTC/01.03, por medio de la cual, se realizó la publicación del Proyecto de Decreto Supremo que modifica el artículo 117 del Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones aprobado por Decreto Supremo N° 020-2007-MTC (en adelante, el "Proyecto").</i></p> <p><i>Sobre el particular, cumplimos con remitir por medio de la presente, dentro del plazo otorgado mediante la Resolución antes referida, nuestros comentarios al Proyecto de Decreto Supremo, conforme se detalla a continuación:</i></p> <p><i>Saludamos y manifestamos nuestra conformidad con la simplificación planteada mediante el Proyecto, el cual propone modificar el artículo 117 del TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones (en adelante, el "Reglamento"), relacionado con la "Transferencia de concesiones y autorizaciones", con la intención de establecer que las "solicitudes de transferencia de concesión, así como, las solicitudes de transferencia de asignación de espectro radioeléctrico están sujetas al Silencio Administrativo Negativo".</i></p> <p><i>En ese sentido, nos encontramos de acuerdo con la precisión antes mencionada, en tanto tiene como objetivo dejar en evidencia que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, el "MTC") cautela de manera adecuada el espectro radioeléctrico y, por lo tanto, no debería existir la posibilidad de que se otorgue una transferencia de concesión ni transferencia de asignación de espectro radioeléctrico sin emitirse de manera previa un pronunciamiento por parte de dicha Institución.</i></p> <p><i>Siguiendo la línea de lo antes expuesto, consideramos que la precisión que se busca introducir con el Proyecto, brinda a las empresas operadoras que cuentan</i></p>	<p>Respuesta 1 :</p> <p>Con relación al siguiente comentario, cabe señalar lo siguiente:</p> <p><i>"Sin perjuicio de lo antes indicado, consideramos que para los casos de solicitudes de transferencia de concesiones sin espectro radioeléctrico, sí debería aplicar el silencio administrativo positivo, en la medida que no se trata de la disposición de un recurso natural".</i></p> <p>Al respecto, el artículo 117 establece que:</p> <p><i>"Artículo 117.- Transferencia de concesiones y autorizaciones Las autorizaciones, así como los permisos y licencias de los servicios de telecomunicaciones, son intransferibles total o parcialmente, salvo aprobación previa y expresa del Ministerio. Aprobada la transferencia, el adquirente asumirá automáticamente todos los derechos y obligaciones derivados de la autorización. Las concesiones y las asignaciones de espectro relativas a aquéllas son intransferibles total o parcialmente, salvo aprobación previa y expresa del Ministerio (...)".</i></p> <p>En ese sentido, de la norma citada, se advierte que la concesión para prestar servicios de telecomunicaciones así como la transferencia para la asignación de espectro son intransferibles, salvo que exista necesariamente una autorización del MTC, a través del procedimiento administrativo respectivo, la cual debe ser previa y expresa.</p> <p>Por lo tanto la modificación del artículo 117 implica la aplicación del silencio administrativo negativo tanto para el procedimiento de asignación de espectro radioeléctrico así como para el procedimiento de transferencia de concesión, en el marco del principio de legalidad que rige para todas las entidades de la Administración Pública.</p>

con concesiones y con asignación de espectro radioeléctrico, una mayor certeza de cómo debemos cumplir con nuestras obligaciones y los esfuerzos que hace el Estado para salvaguardar el uso del espectro radioeléctrico, al ser un recurso natural.

Sin embargo, a pesar de que creemos que la precisión que se plantea en el Proyecto es acertada, respecto al procedimiento de transferencia de asignación de espectro radioeléctrico, consideramos que la aplicación del silencio administrativo negativo ya era previamente aplicable a este tipo de procedimiento, en tanto el artículo 37° del TUO del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, ya establece los procedimientos de evaluación previa con silencio negativo.

Sobre el particular, dicho artículo establece que el silencio negativo es aplicable en aquellos casos en los que la petición del administrado puede afectar entre otros, los recursos naturales, tal como es el caso del espectro radioeléctrico; conforme se puede apreciar de la redacción del artículo en mención:

“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 (...).”

Adicionalmente, creemos pertinente mencionar que mediante la primera disposición transitoria de la derogada “Ley del Silencio Administrativo” – Ley N° 29060, publicada el 07 de julio de 2007, también se señalaba el mismo escenario, para los casos en que se afecte el interés público incidiendo en los recursos naturales. Asimismo, mediante el Decreto Legislativo N° 1272 por medio del cual se deroga la Ley N° 29060, se mantiene la premisa que, para los

Respecto a los demás comentarios remitidos por la empresa Americatel Perú S.A., los mismos se orientan a favor de la propuesta normativa.

casos en que se incida en la afectación de recursos naturales, se aplicará el silencio administrativo negativo.

Sin perjuicio de lo antes indicado, consideramos que para los casos de solicitudes de transferencia de concesiones sin espectro radioeléctrico, sí debería aplicar el silencio administrativo positivo, en la medida que no se trata de la disposición de un recurso natural.

En tal sentido y a modo de conclusión, nos parece importante resaltar que previo a este Proyecto, y de acuerdo con lo expuesto anteriormente, ya contábamos con el conocimiento teórico y práctico de cómo operaban las solicitudes de transferencia de concesión, así como las solicitudes de transferencia de asignación de espectro radioeléctrico, ya que el marco normativo ya establecía lo propuesto. Sin embargo, consideramos que esta reiteración agregada al artículo 117°, puede esclarecer de manera más específica la premisa antes detallada.

TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.

COMENTARIOS RECIBIDOS	POSICIÓN DGRAIC
<p>“ 1. Sobre la necesidad de efectuar precisiones al Art. 117.- Transferencia de concesiones y autorizaciones</p> <p>El Informe N° 141-2018-MTC/26 (en adelante, el Informe), señala que el MTC ha visto la necesidad de efectuar “ciertas precisiones” en el artículo 117 dado que se han realizado diferentes interpretaciones respecto al tratamiento que se le debe dar a las solicitud de transferencia de concesiones del espectro radioeléctrico.</p> <p>Sobre el particular, nos llama la atención que el MTC, a través del citado Informe, haga mención a que se han realizado “diferentes interpretaciones” cuando implicaría por parte del Ministerio un reconocimiento de una contravención al marco legal vigente. Particularmente; (i) el principio de legalidad¹; (ii) El principio de no discriminación²; (iii) El principio de predictibilidad³; y (iv) el principio de uniformidad⁴. Aplicación de criterios distintos en la aplicación del silencio administrativo, frente a un mismo marco legal, implica no sólo una inobservancia al marco legal vigente, que vicia de nulidad los actos que se han apartado del mismo sino a su vez una grave afectación al derecho de los administrados que podrían haber recibido un trato más perjudicial por parte de la Administración.</p> <p>De los ejemplos incluido en el citado Informe, Tabla 1: Análisis del tratamiento a las solicitudes de transferencia, se puede observar que en la totalidad de los ejemplos incluidos se ha resuelto considerando el Silencio Administrativo Negativo (SAN) al haber dichas solicitudes de transferencia de concesión involucrado</p>	<p>Respuesta 2:</p> <p>Al respecto cabe señalar que ante la problemática evidenciada, lo que se busca resolver es definir el tratamiento que se les aplica a las solicitudes de transferencia de concesión y de asignación de espectro radioeléctrico, determinando que se deben sujetar al silencio administrativo negativo, por lo tanto el principal objetivo de la modificación propuesta, es precisamente determinar la naturaleza de los procedimientos de transferencia de concesión y asignación de espectro radioeléctrico, regulados en el artículo 117 del TUO del Reglamento.</p> <p>El Estado tiene como rol fundamental velar por el uso debido y eficiente de los recursos naturales, aplicando y ejecutando políticas públicas que contribuyan al bienestar general, sin que ello ocasione, en la medida de lo posible, externalidades negativas.</p> <p>La política pública, desde sus alcances elementales y complejos, dispone de un gran acervo regulatorio y procedimental para elaborar respuestas y soluciones ante las diversas problemáticas, en esa línea, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) frente a la casuística trabajada, considera importante y necesario realizar modificaciones a la normativa vigente, lo que se traduce finalmente en obtener mayores herramientas para brindar un mejor servicio público a los ciudadanos, quienes encuentran en el Estado, como el ente que realiza acciones conjuntas para mejorar la prestación de los servicios básicos y</p>

¹ LPAG: Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

² Constitución: Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho (...) 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.
LPAG: Principio de imparcialidad.- Las autoridades administrativas actúan sin ninguna clase de discriminación entre los administrados, otorgándoles tratamiento y tutela igualitarios frente al procedimiento, resolviendo conforme al ordenamiento jurídico y con atención al interés general.

³ LPAG: Principio de predictibilidad o de confianza legítima.- La autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener.

⁴ Principio de uniformidad.- La autoridad administrativa deberá establecer requisitos similares para trámites similares, garantizando que las excepciones a los principios generales no serán convertidos en la regla general. Toda diferenciación deberá basarse en criterios debidamente sustentados.

espectro radioeléctrico.

En ese sentido, queda claro que no son los ejemplos incorporados en la Tabla 1 los que determinan la necesidad de incluir la precisión al mencionado artículo con relación a la aplicación del SAN en este tipo de solicitudes, toda vez en los mismos habría existido un criterio uniforme.

Consideramos que la muestra de casos escogida para soportar la modificación no contiene sustento alguno para introducir la mencionada precisión, **salvo que el MTC se haya decidido apartarse de dicho criterio, que según lo explicaremos más adelante, buscaba resguardar la correcta asignación de un recurso natural del Estado, como es el espectro radioeléctrico, que es considerado a nivel constitucional como Patrimonio de la Nación**⁵.

2. Sobre la aplicación que se ha venido dando del Art. 117.- Transferencia de concesiones y autorizaciones

La posición del MTC en los procesos de transferencia de concesión, que ha sido confirmada en múltiples Resoluciones, ha sido la de aplicar SAN a las solicitudes de transferencia de concesiones que involucren transferencia de espectro radioeléctrico. Queremos para tal efecto detenernos en uno de los ejemplos de la tabla 1 que es la solicitud de aprobación de la transferencia de Telefónica Móviles S.A. a favor de Telefónica del Perú S.A.A. (antes Bellsouth Perú). En dicha solicitud, nuestra representada solicitó la aplicación del SAP, al haber el MTC excedido el tiempo estipulado para pronunciarse en dicho proceso, Sin embargo, siguiendo la línea de otros procedimientos administrativos y las recomendaciones del propio OSIPTEL, el MTC decide aplicar SAN por lo siguiente:

“Que, asimismo, en sus informes precisa que, en estricta observancia del principio de legalidad consagrado en el artículo IV de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, al procedimiento administrativo de transferencia de concesión iniciado por Telefónica Móviles S.A. le resulta de aplicación el silencio administrativo negativo previsto en la Primera Disposición Transitoria, Complementaria y Final de la

de conservación de los recursos naturales, en este caso del espectro radioeléctrico.

Es entonces, que en el camino que sigue el MTC para lograr cumplir con sus políticas y objetivos a corto y largo plazo, busca continuamente mejorar su gobernanza y gobernabilidad, y explotar adecuadamente el espectro radioeléctrico para garantizar su acceso a la sociedad y su sostenibilidad.

⁵ Artículo 66.- Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. (...)

Ley del Silencio Administrativo, en concordancia con el TUO de la Ley de Telecomunicaciones y su Reglamento”

Como se puede apreciar, el MTC se basó en el principio de legalidad ya citado y en la Primera disposición Transitoria, complementaria y final de la Ley del Silencio Administrativo, en concordancia con el TUO de la Ley de Telecomunicaciones y su Reglamento.

Sobre la norma aludida de la Ley de Silencio Administrativo, ésta hoy se encuentra incorporada en el TUO de la LPAG e indica lo siguiente:

*“Artículo 37- Procedimiento 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”.*

En base a la presente disposición el SAN es aplicable en aquellos procedimientos relacionados a recursos naturales. Al respecto, el artículo 57 del T.U.O de la Ley de Telecomunicaciones, reconoce que el espectro es un recurso natural:

“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”.

Ello es ratificado por el TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones:

Artículo 199.- Definición Espectro radioeléctrico es el medio por el cual pueden propagarse las ondas radioeléctricas sin guía artificial. Constituye un recurso natural limitado que forma parte del patrimonio de la nación. Corresponde al Ministerio la administración, la atribución, la asignación y el control del espectro de frecuencias radioeléctricas y, en general, cuanto concierne al espectro radioeléctrico.

La importancia de los recursos naturales es reconocida por el artículo 66 de la Constitución Política del Perú:

“los recursos naturales 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 (...)”.

La importancia del espectro radioeléctrico ha sido reconocida por otras normas. Así la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, Ley N° 26821, disponen su artículo 8, la obligación del Estado de velar por su aprovechamiento para un uso eficiente: esto, dentro de los límites y principios establecidos (principio de eficiencia, principio de promoción de la inversión, principio de fomento de la competencia, principio de igual de oportunidades e imparcialidad, principio de transparencia y principio de análisis integral⁶):

“El Estado vela para que el otorgamiento del derecho de aprovechamiento sostenible de los recursos naturales se realice 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”.

Asimismo, el Tribunal Constitucional, mediante sentencia del 19 de setiembre de 2006, recaída en expediente N° 003-2006-AI, ha reconocido lo siguiente:

“57. Asimismo, en tanto recursos 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”.

Respecto a lo señalado por la empresa Telefónica del Perú S.A.A, de aplicar silencio administrativo positivo a la transferencia de concesión sin espectro, y silencio administrativo negativo a la transferencia de asignación de espectro, ver **Respuesta 1**

Respuesta 3:

Respecto al siguiente comentario:

“Por tanto, cualquier decisión del MTC en que se haya apartado de dicho criterio - es decir aplicación del SAP a las transferencias de concesiones sin espectro radioeléctrico y aplicación de SAN a aquellas solicitudes que involucren transferencia de asignaciones de espectro – deben ser revisadas y anuladas por adolecer de un requisito de validez del acto administrativo y por constituir actos que vulneran los principios de no discriminación y uniformidad recogidos en el marco legal vigente, toda vez que implicaría que nuestra representada recibió un tratamiento distinto y menos favorable respecto de otras empresas operadoras”.

Las modificaciones efectuadas son únicamente respecto a la naturaleza aplicada.

⁶ Anexo Resolución Ministerial N° 087-2002-MTC-15.03 – Norma de Metas de Uso de Espectro Radioeléctrico de Servicios Públicos de Telecomunicaciones

De lo expuesto, se tiene que el espectro radioeléctrico, en su carácter de recurso natural protegido por mandato Constitucional, forma parte del patrimonio de la Nación y que en base a ello, el MTC en múltiples oportunidades determinó que su transferencia se encontraba sujeta al SAN, situación que no ha variado.

Si bien el TUPA del MTC, reconocía la aplicación del SAP para transferencia de concesiones, este SAP no abarcaba transferencia de asignaciones de espectro radioeléctrico. Esta diferencia también ha sido reconocida por el MTC en procesos de transferencia, como el de Telmex a favor de América Móvil, en que hace la diferencia entre el SAP que se aplica a la transferencia de concesiones y el SAN que se aplica a la transferencia de asignaciones de espectro radioeléctrico.

Por tanto, cualquier decisión del MTC en que se haya apartado de dicho criterio - es decir aplicación del SAP a las transferencias de concesiones sin espectro radioeléctrico y aplicación de SAN a aquellas solicitudes que involucren transferencia de asignaciones de espectro - deben ser revisadas y anuladas por adolecer de un requisito de validez del acto administrativo⁷ y por constituir actos que vulneran los principios de no discriminación y uniformidad recogidos en el marco legal vigente, toda vez que implicaría que nuestra representada recibió un tratamiento distinto y menos favorable respecto de otras empresas operadoras.

Asimismo es necesario precisar que no existe tratamientos discriminatorios, debido a que la norma se aplica en igual medida para todos los administrados, siendo que, el análisis realizado en los procedimientos aprobados previamente se realizó en forma integral, salvaguardando los intereses de todos los actores involucrados y de la sociedad, que finalmente es el principal agente beneficiario. En esa línea se reitera que el objeto de la propuesta normativa es aclaratorio respecto a la naturaleza del procedimiento de transferencia de concesión y asignación de espectro radioeléctrico al cual debe aplicarse el silencio administrativo negativo, manteniendo los criterios de evaluación y las condiciones que forman parte del análisis sesudo que realiza el MTC para su aprobación.

⁷ Artículo 8.- Validez del acto administrativo

Es válido el acto administrativo dictado conforme al ordenamiento jurídico.

Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.

2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.

COMENTARIOS RECIBIDOS	POSICIÓN DGRAIC
<p>I. Comentarios</p> <p>Mediante el Proyecto de propone modificar el artículo 117 del TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones (el “Reglamento”), relacionado a la “Transferencia de concesiones y autorizaciones”, a fin de precisar que las <i>“solicitudes de transferencia de concesión así como las solicitudes de transferencia de asignación de espectro radioeléctrico están sujetas al Silencio Administrativo Negativo”</i>.</p> <p>Al respecto, manifestamos nuestra conformidad con lo señalado por el Proyecto en relación a las solicitudes de transferencia de asignación de espectro radioeléctrico, en tanto busca precisar y dejar en claro que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones tiene la función de cautelar adecuadamente el espectro radioeléctrico al ser un recurso natural, y por ende, no puede existir la posibilidad de que se otorgue una transferencia de asignación de espectro radioeléctrico sin que se emita debidamente el pronunciamiento de dicho órgano rector.</p> <p>En ese sentido, queda claro con el Proyecto que mediante un silencio administrativo positivo no se puede otorgar una transferencia de asignación de espectro radioeléctrico.</p> <p>Sin embargo, a pesar que consideramos que la precisión que propone el Proyecto es correcta respecto al procedimiento de transferencia de asignación de espectro radioeléctrico, consideramos que la aplicación del silencio administrativo negativo ya era aplicable a este tipo de procedimiento, en tanto el Texto Único Ordenado del Procedimiento Administrativo General (“TUO del LPAG”), aprobado mediante Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, contiene un apartado específico referido a la aplicación del silencio administrativo negativo para este caso.</p>	<p>Respecto a los comentarios remitidos por Entel Perú S.A., los mismos se orientan a favor de la propuesta normativa.</p>

En esa línea para los casos en que se afecte el interés público incidiendo en los recursos naturales, como lo es el espectro radioeléctrico, estaríamos bajo el supuesto de silencio administrativo negativo establecido en el artículo 37 del TUO de la LPAG:

*“Artículo 37-Procedimiento 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. (...)*

Adicionalmente, hemos de precisar que la derogada Ley del Silencio Administrativo – Ley N° 29060, publicada el 07 de julio de 2007, también estipulaba que para los casos en que se afecte el interés público incidiendo en los recursos naturales, como lo es el espectro, aplicaría el silencio administrativo negativo:

“DISPOSICIONES TRANSITORIAS, COMPLEMENTARIAS Y FINALES

PRIMERA.- Silencio administrativo negativo

Excepcionalmente, el silencio administrativo negativo será aplicable en aquellos casos en los que se afecte significativamente el interés público, incidiendo 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 histórico cultural de la nación, en aquellos procedimientos trilaterales y en los que generen obligación de dar o hacer del Estado; y autorizaciones para operar casinos de juego y máquinas tragamonedas.

(...)." (subrayado nuestro)

El Decreto Legislativo N° 1272 que deroga la Ley N° 29060, publicado el 21 de diciembre 2016, mantuvo la misma disposición relacionada a la aplicación del silencio administrativo negativo para los casos en que se afecte los recursos naturales, por lo que podemos concluir que siempre se ha mantenido dicha disposición considerando las modificaciones que ha sufrido el marco normativo peruano.

Sin perjuicio de lo antes indicado, consideramos que para los casos de solicitudes de transferencia de concesiones sin espectro radioeléctrico, sí debería aplicar el silencio administrativo positivo, en la medida que no se trata de la disposición de un recurso natural.

Adicionalmente, es fundamental que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (el "Ministerio") genere reglas claras y predictibilidad respecto de los plazos de resolución de las solicitudes presentadas por los administrados, tales como los de transferencia de espectro. En efecto, existen solicitudes que pueden tardar meses e incluso años en ser resueltas por el Ministerio, lo cual, de ser una conducta recurrente, afectaría gravemente a los administrados y constituiría un impedimento para el desarrollo del mercado.

Finalmente, estamos de acuerdo con lo señalado por el Proyecto, en relación a las solicitudes de transferencia de asignación de espectro radioeléctrico, no obstante consideramos que así no se hubiera realizado la precisión, el marco normativo ya establecía lo propuesto; sin embargo, al haber existido desde el 2007 la disposición de aplicación del silencio administrativo negativo para los casos donde se afecten a los recursos naturales, con la publicación de la Ley N° 29060, incluso correspondería que de haberse realizado transferencias de asignación de espectro radioeléctrico aprobadas mediante un silencio administrativo positivo, las mismas podrían ser nulas, por infringir el marco normativo vigente.

Respecto al siguiente comentario:

"Sin perjuicio de lo antes indicado, consideramos que para los casos de solicitudes de transferencia de concesiones sin espectro radioeléctrico, sí debería aplicar el silencio administrativo positivo, en la medida que no se trata de la disposición de un recurso natural".

Ver Respuesta 1

Respecto al siguiente comentario:

"(...) sin embargo, al haber existido desde el 2007 la disposición de aplicación del silencio administrativo negativo para los casos donde se afecten a los recursos naturales, con la publicación de la Ley N° 29060, incluso correspondería que de haberse realizado transferencias de asignación de espectro radioeléctrico aprobadas mediante un silencio administrativo positivo, las mismas podrían ser nulas, por infringir el marco normativo vigente".

Ver Respuesta 3

COMENTARIOS RECIBIDOS	POSICIÓN DGRAIC
<p><i>“3.1 Consideraciones generales</i></p> <p><i>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.</i></p> <p><i>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.</i></p> <p><i>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 telecomunicaciones⁸, en los términos establecidos en el artículo 6° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones⁹ (en adelante, TUO de la Ley).</i></p>	<p>Respecto a los demás comentarios remitidos por el OSIPTEL los mismos se orientan a favor de la propuesta normativa.</p>

⁸ Artículo 117.- Transferencia de concesiones y autorizaciones

Artículo 113.- Causas para denegar la concesión o autorización

⁹ 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 OSIPTEL¹⁰, 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)¹¹ 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 GHz¹². Estas tuvieron lugar a pesar de que el OSIPTEL advirtiera en diferentes informes¹³ 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

¹⁰ 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.

¹¹ 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.

¹² 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).

¹³ 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).

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 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.° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N.° 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 período 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 asegurarla¹⁴.

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**¹⁵.

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 telecomunicaciones¹⁶¹⁷, en los términos establecidos en el artículo 6° del TUO de la Ley.

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

¹⁶ 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.
(...)"

¹⁷ 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."

"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."

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 telecomunicaciones¹⁸.

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 protegerlo¹⁹.

¹⁸ "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."

¹⁹ Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N.º 0048-2004-AI/TC.

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 Naturales²⁰. 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 condiciones²¹.

En virtud a ello, el artículo 204 del TUO del Reglamento²², 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 Perú²³.

Por lo tanto, las acciones concretas a desplegar por el Estado en sus diversas instancias, a través del MTC y del OSIPTEL²⁴, deben estar orientadas a verificar

²⁰ 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 naturales para cada recurso natural. En cualquiera de los casos, el Estado conserva el dominio sobre estos, así como sobre los frutos y productos en tanto ellos no hayan sido concedidos por algún título a los particulares.

²¹ 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 efectuara en las condiciones señaladas en la presente Ley y su reglamento.

²² 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 "

²³ 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"

²⁴ Ley M 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 solo una de las partes tenga la condición de empresa operadora de tales servicios.

Decreto Legislativo N° 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

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.

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

dispuesto en la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL. En tal sentido, las instancias competentes, las facultades de estas y los procedimientos que rigen su actuación serán los establecidos en su marco normativo.

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

<p>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 OSIPTEL, v) la decisión expresa consiste en otorgar el uso del espectro radioeléctrico pero a su vez, estableciendo las metas²⁵ 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.</p>	
<p>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.</p>	<p>Se toma nota de los comentarios emitidos por el OSIPTEL, los mismos que serán evaluados posteriormente.</p>

²⁵ 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.

<p>IV. CONCLUSIONES</p> <p>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.</p> <p>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.</p>	<p>Respecto a las conclusiones remitidos por el OSIPTEL, los mismos se orientan a favor de la propuesta normativa.</p>
---	--