

A	:	Gerencia General
ASUNTO	:	Respuesta a Oficio N° 10398-2018-MTC/27 (transferencia de Concesión de la empresa Olo del Perú S.A.C a favor de la empresa América Móvil Perú S.A.C.) y Oficio N° 10399-2018-MTC/27 (transferencia de Concesión Única de la empresa TVS Wireless S.A.C. a favor de la empresa América Móvil Perú S.A.C.)
FECHA	:	01 de junio de 2018

	Cargo	Nombre
ELABORADO POR:	Especialista en Competencia	Rosa Castillo
	Coordinador de Investigaciones Tecnológicas	Daniel Argandoña
	Abogado Especialista en Temas Regulatorios	Pamela Cadillo
REVISADO POR:	Sub Gerente de Evaluación y Políticas de Competencia	Claudia Barriga
	Abogado Especialista en Políticas Regulatorias	Pabel Camero
	Gerente de Asesoría Legal	Luis Alberto Arequipeno
APROBADO POR:	Gerente de Políticas Regulatorias y Competencia (e)	Lennin Quiso

I. DELIMITACIÓN DE LA CONSULTA

Mediante Oficio N° 10398-2018-MTC/27 y Oficio N° 10399-2018-MTC/27, recibidos el 24 de mayo de 2018, la Dirección General de Concesiones en Comunicaciones (DGCC) del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), requirió la opinión del OSIPTEL sobre la solicitud de transferencia de Concesión, derechos y obligaciones y registros asociados de los cuales es titular a la fecha Olo del Perú S.A.C. (en adelante, Olo) y TVS Wireless S.A.C. (en adelante, TVS Wireless) a favor de la empresa América Móvil Perú S.A.C. (en adelante, América Móvil), respectivamente, en el marco de lo previsto por el artículo 117° del TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 020-2007-MTC y el artículo 6° del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 013-93-TCC.

A continuación, se detalla la opinión del OSIPTEL sobre la solicitud de transferencia de los derechos de uso del espectro radioeléctrico de las empresas Olo y TVS Wireless a favor de la empresa América Móvil.

II. ANTECEDENTES: OPINIONES PREVIAS DEL OSIPTEL EN MATERIA DE TRANSFERENCIA DE ESPECTRO EN LA BANDA DE 2.6 GHZ

1. Las transferencias de espectro en la Banda de 2.6 GHz se inician en el año 2015 cuando la empresa TC Siglo 21 S.A.C. (en adelante, TC Siglo 21) solicitó transferir su espectro a la empresa TVS Wireless. Cabe resaltar que el problema en el uso ineficiente y con fines especulativos del espectro por parte de la empresa TC Siglo 21 ya había sido advertido en diferentes oportunidades al MTC tanto del lado del OSIPTEL como de agentes externos¹. Entre otros aspectos, se indicó que al ser el espectro un recurso escaso, el mecanismo idóneo de asignación eran subastas y no transacciones entre privados.
2. Mediante Informe N° 255-GPRC/2015², del 23 de junio de 2015, el OSIPTEL presentó una opinión preliminar respecto a esta transferencia, indicando que TC Siglo 21 parecía no estar operando en el mercado y requirió información adicional al MTC.

¹ Entre los documentos donde se señalan dichas recomendaciones se encuentran: (i) "Políticas para el desarrollo de la banda ancha: Experiencia internacional y Diagnóstico del caso Perú" de abril de 2010; (ii) Plan Nacional para el Desarrollo de la Banda Ancha de julio de 2011; (iii) "Consultation on Spectrum Refarming Policy in Peru" del año 2012, elaborada por las Agencias Coreanas KISDI y KCA; (iv) Carta N° C. 1018-GG.GPRC/2013 que adjunta Documento N° 914-GPRC/2013 donde se presenta una propuesta de topes de espectro; (v) Documento de Trabajo N° 16: "El Espectro Radioeléctrico como herramienta para la promoción de la expansión de los servicios móviles y la competencia en el Perú" de 2013; (vi) Informe N° 393-GPRC/2014 de fecha 14 de julio de 2014 con recomendaciones para migración y/o limpieza en bandas de espectro radioeléctrico; (vii) Documento "Recomendaciones para mejorar la gestión del espectro radioeléctrico en el Perú" de julio 2015.

² Enviado por Carta 674 – GG.GPRC/2015, recibida por el MTC el 6 de julio de 2015.

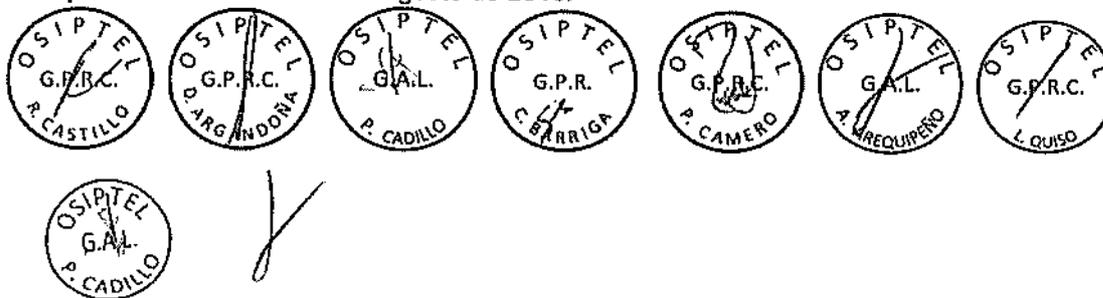


Luego de recibir dicha información, se elaboró el Informe 420-GPRC/2015³, del 27 de octubre de 2015. En dicho informe se recomendó la verificación del cumplimiento de las múltiples obligaciones de ambas empresas. Asimismo, se advirtió que desde el año 2011, TC SIGLO 21 no operaba el servicio de difusión que tenía concesionado, en ninguna de sus modalidades y en ninguna localidad del área de su concesión, incluyendo Lima y Callao. En general, se recomendó que se verificara que no exista ninguna causal que deba implicar su resolución, revocación o reversión.

3. Finalmente, el informe enfatizaba en que el espectro de la Banda de 2.6 GHz era un recurso escaso, por lo que el mecanismo idóneo para su asignación no era una transferencia entre privados, sino una subasta pública, para que todos los operadores se encuentren en igualdad de condiciones para competir por algún bloque del espectro.
4. Mientras el MTC evaluaba la solicitud realizada por TVS Wireless y TC Siglo 21, el 9 de mayo de 2016, América Móvil anunció que su subsidiaria América Móvil Perú S.A.C. celebró un contrato de compraventa de acciones, mediante el cual adquiriría a las empresas Olo y TVS Wireless⁴. Esto agravó una eventual aprobación de la transferencia, puesto que América Móvil pasaría a controlar el grueso del espectro en bandas altas, insumo esencial para la prestación de servicios móviles.
5. A pesar de todos los problemas advertidos por el OSIPTEL, mediante Resolución Viceministerial N° 959-2016-MTC/03 del 22 de junio de 2016, se aprobó la transferencia.
6. Durante el 2017 se realizaron nuevas solicitudes de transferencias de concesiones en esta Banda, las cuales incluían transferencia de espectro. En particular, se solicitó la opinión del OSIPTEL respecto a la transferencia de Concesión Única de la empresa TC Siglo 21 a favor de la empresa Olo en algunas provincias del país. Asimismo, se solicitó opinión respecto a la transferencia de Concesión Única de la empresa Velatel Perú S.A.C. a favor de la empresa Olo y de la empresa Cablevisión S.A.C. a favor de la empresa TVS Wireless S.A.C.
7. Respecto a la primera transferencia, se envió una opinión preliminar a través de la Carta C.993-GG/2017, de fecha 12 de setiembre de 2017, mediante la que se adjuntaba el Informe Preliminar N° 162-GPRC/2017. En dicho informe se advertía indicios de que la operación afectaría la competencia del mercado de servicios públicos móviles, por la alta e ineficiente concentración del espectro en la banda de 2.6 GHz en un único grupo económico.
8. Posteriormente, se envió la opinión final del OSIPTEL mediante Informe N° 168-GPRC/2017, enviado mediante Carta C. 1065-GG/2017 del 26 de setiembre de 2017.

³ Enviado por Carta 1140 – GG.GPRC.GAL/2015, recibida por el MTC el 3 de noviembre de 2015.

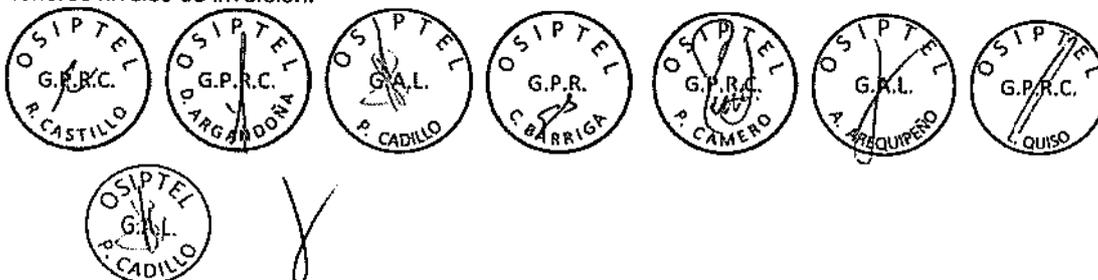
⁴ La operación se cerró el 10 de agosto de 2016.



En dicho informe, se reitera la calidad del espectro como un recurso escaso y esencial para brindar servicios móviles. Del mismo modo, se reitera que esta situación de desorden y uso ineficiente del espectro es consecuencia de haber hecho caso omiso a una serie de recomendaciones planteadas constantemente por el OSIPTEL, tales como: (i) correcta determinación de las Metas de Uso; (ii) establecer un proceso integral de *refarming*; o, (iii) establecer topes de espectro para frecuencias altas y bajas.

9. En el caso particular de la banda de 2.6 GHz, se señaló que esta viene siendo utilizada a nivel internacional para brindar servicios móviles con tecnología LTE y es altamente valorado. El hecho de permitir negociaciones entre privados ha favorecido el acaparamiento del espectro, por lo que surge la necesidad de aplicar topes, para evitar una situación de desigualdad entre los operadores que posteriormente se traduzca en una disminución de la competencia en los mercados de servicios móviles. Se identificó también que en muchas provincias el espectro FDD resultaba no apareado, por lo que no podría utilizarse de la forma más eficiente.
10. Dado el acaparamiento de espectro, la imposibilidad de hacer uso del espectro de la forma más eficiente y el poder que concentraría América Móvil al controlar de forma indirecta el grueso del espectro en bandas altas, se recomendó denegar la transferencia.
11. Mediante Informe N° 161-GPRC/2017 (informe preliminar) e Informe N° 166-GPRC/2017 (informe final), el OSIPTEL recomendó denegar la transferencia de espectro de Velatel a favor de Olo y de Cablevisión a favor de TVS Wireless, al advertirse una serie de problemas que deterioran el proceso competitivo. En particular, se identificó que el Grupo América Móvil concentraría el grueso del espectro en bandas altas, lo cual le otorgaría una ventaja no asociada a su esfuerzo, sino a la adquisición de empresas que contaban con espectro asignado en la Banda de 2.6GHz⁵.
12. Del mismo modo, al ser un recurso escaso, el acaparamiento de espectro en bandas altas genera una desventaja sobre los competidores de América Móvil, quienes no tendrían la posibilidad de acceder a la Banda de 2.6 GHz. Adicionalmente, se reiteraron las recomendaciones brindadas por el OSIPTEL respecto a las políticas de manejo de espectro que garantizaran su uso eficiente, pues se advertía que los operadores no estaban haciendo un uso eficiente de la banda en cuestión. Se evidenció también que las empresas del grupo América Móvil utilizaban acuerdos colaborativos para poder parear bloques de espectro asignados a diferentes empresas del grupo. Por ejemplo, se encontró que la empresa América Móvil venía

⁵ El OSIPTEL ha señalado en los diferentes informes y documentos de trabajo la necesidad de determinar topes de espectro en bandas altas y bajas por separado, en atención a sus propiedades. Mientras que las bandas altas permiten capacidad para cubrir zonas de alto tráfico, las bandas bajas facilitan la cobertura con menores niveles de inversión.



usando espectro de sus vinculadas para brindar servicios móviles (4G y 4G+). En ese sentido, se evidenció que América Móvil concentraba el 100% de espectro en FDD de la Banda de 2.6 GHz.

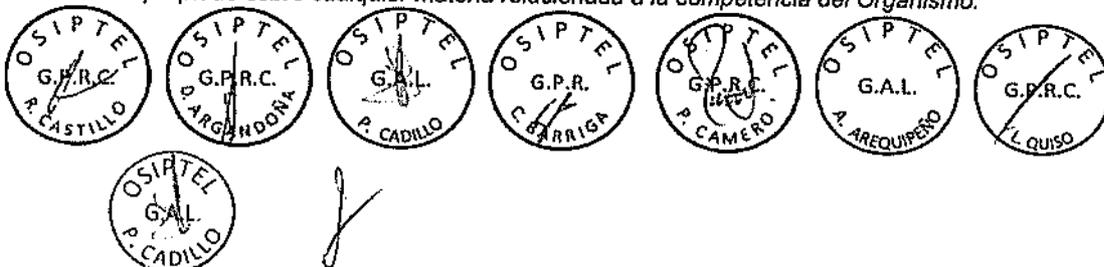
13. Así, el OSIPTEL concluyó que, de aprobarse las referidas transferencias, la intensidad competitiva en el mercado de servicios móviles -en especial, en el segmento de internet móvil- se verían gravemente afectadas. Por otro lado, las distorsiones que se generarían como consecuencia de la aprobación de la transferencia serían difícilmente subsanables. Ello debido a que se reúnen tres factores relevantes: (i) alta concentración en el mercado de servicios de internet móvil (competencia en el mercado); (ii) alta concentración en bandas altas, insumo esencial para proveer servicios de internet móvil; y, (iii) no disponibilidad de espectro en bandas altas que permita acceso a otros operadores, generado precisamente por el acaparamiento en la banda de 2.6 GHz.
14. Mediante Oficio N° 659-2017-MTC/26, recibido el 30 de noviembre de 2017, la Dirección General de Regulación y Asuntos Internacionales de Comunicaciones (DGRAIC) del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) solicitó al OSIPTEL, en virtud del Artículo 77 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones⁶, Decreto Supremo N° 013-93-TCC, que se le indique qué salvaguardas específicas debería establecerse a las empresas operadoras solicitantes de transferencia de concesiones únicas, si es que dichas solicitudes fuesen aprobadas.
15. Como respuesta a dicho Oficio, mediante carta C.01361-GG/2017 de fecha 11 de diciembre de 2017, el OSIPTEL remitió el Informe N° 216-GPRC/2017, donde se dejó en claro que no se recomendaba aprobar la transferencia en cuestión. Ello porque el OSIPTEL consideró que la grave afectación sobre el proceso competitivo que se generaría de la aprobación de las transferencias de espectro sería difícilmente subsanable.
16. En dicho informe se indicó que se presentaban salvaguardas solo por un pedido expreso del MTC. Las alternativas propuestas fueron las siguientes: (i) reversión del excedente de 98 MHz en Lima y Callao y en el caso de provincias el excedente que supere al tope en bandas altas sugerido en anteriores informes por OSIPTEL, a cambio de lo cual no existirá compensación alguna a favor del grupo América Móvil; (ii) revertir excedente del tope al Estado, con una compensación al grupo América Móvil; (iii) alquiler de excedente de espectro en condiciones igualitarias, no

⁶ T.U.O. de la Ley de Telecomunicaciones - D.S. N°013-93-TCC

Artículo 77.- El Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, es un organismo público dependiente directamente del Presidente de la República, con autonomía administrativa, económica, financiera, cuyas funciones fundamentales son las siguientes:

(...)

2) Proveer Información y asistencia al Ministro de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, cuando así lo requiriera o cuando el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones lo considerara apropiado sobre cualquier materia relacionada a la competencia del Organismo.



discriminatorias y a precios razonables; y, (iv) obligaciones conductuales sobre el espectro excedente, entre las que se encontraría prohibición de transferir el recurso en 3 años, obligaciones de proveedor importante, obligaciones de *roaming* internacional, entre otras. Cabe resaltar que el OSIPTEL consideró la primera alternativa como el primer mejor y la segunda como el segundo mejor, y consideró no recomendable que se adopten de forma aislada alternativas del tipo conductual como la tercera o la cuarta.

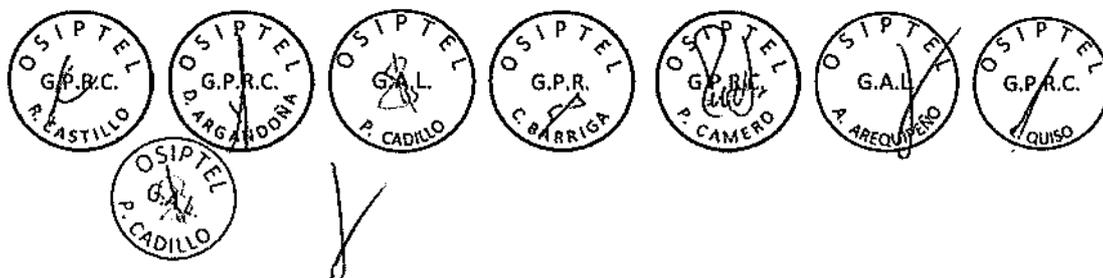
17. Dada esta nueva consulta del MTC respecto a una transferencia que consolidaría la posición privilegiada de América Móvil en cuanto a tenencia de espectro en bandas altas y su nivel de participación en los mercados finales, pasamos a desarrollar nuestros comentarios, en similar sentido a los presentados en anteriores oportunidades.
18. Ello en concordancia con los objetivos y funciones que le corresponden al OSIPTEL conforme a la legislación vigente, en cuanto a su rol de fomentar la competencia en los mercados de servicios públicos de telecomunicaciones y vigilar que, en el caso de transferencias de concesiones y/o asignaciones espectro, no existan situaciones que pudieran atentar o poner en riesgo dicho objetivo de fomento de la competencia.

III. CUESTION PREVIA: COMPROMISO DE NO TRANSFERIR ESPECTRO RADIOELÉCTRICO ASIGNADO

3.1 Concesión Única, derechos, obligaciones y registros asociados a Olo y TVS Wireless materia de transferencia.

1. Sobre el particular, se advierte que a la fecha Olo y TVS Wireless son titulares de las siguientes concesiones:

Titular	Concesión	Fecha	Servicio
OLO DEL PERU S.A.C.	RM N° 728-2009-MTC/03	23/10/2009	Portador Local
	RM N° 241-2007-MTC/03 (RM N° 300-2011-MTC/03 - adecuación) RVM N° 1344-2017-MTC/03 - Transferencia	23/05/2007 03/05/2011	Portador Local Telefonía fija
	RM N° 232-2000-MTC/03 (RM N° 039-2010-MTC/03 - adecuación) RVM N° 1345-2017-MTC/03 - Transferencia	17/05/2000 25/01/2010	Portador Local
	RM N° 160-99-MTC/15.03	19/04/1999	Portador Larga Distancia Nacional
			Portador Larga Distancia Internacional
TVS WIRELESS S.A.C.	RM N° 716-2009-MTC/03	16/10/2009	Portador Local
	RM N° 729-2009-MTC/03	23/10/2009	Portador Local
	RVM N° 1346-2017-MTC/03 - Transferencia		



2. A su vez, de acuerdo con la información obrante en el Registro Nacional de Frecuencias, cuenta con distintas asignaciones de espectro en la Banda de 2.6 GHz.
3. Cabe resaltar que las concesiones adecuadas al régimen de concesión única mediante Resoluciones Ministeriales N° 300-2011-MTC/03 y N° 039-2010-MTC/03, le fueron transferidas a Olo, de conformidad con las Resoluciones Viceministeriales N° 1344-2017-MTC/03 y N° 1345-2017-MTC/03, del 14 de diciembre de 2017.
4. Del mismo modo, las concesiones únicas otorgadas mediante Resolución Ministerial N° 729-2009-MTC/03, le fue transferida a TVS Wireless, de conformidad con la Resoluciones Viceministeriales N° 1346-2017-MTC/03.
5. Por su parte, a través de la Resolución Viceministerial N° 959-2016-MTC/03, se aprobó a favor de la empresa TVS WIRELESS la transferencia de canales de la Banda de 2.6 GHz, asignada mediante la Resolución N° 183-2007-MTC/27, para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones en la provincia de Lima y la provincia constitucional del Callao.
6. Ahora bien, en las resoluciones antes mencionadas, como las adendas de transferencia de espectro radioeléctrico y de concesiones, emitidas y suscritas desde setiembre de 2016, incluyen restricciones temporales de transferencia de espectro asociado a las mismas.
7. En efecto, en las cláusulas terceras de las Adendas aprobadas por las Resoluciones Viceministerial N° 1344-2017-MTC/03, N° 1345-2017-MTC/03, N° 1346-2017-MTC/03⁷, se establece lo siguiente:

Resolución Viceministerial N° 1344-2017-MTC/03

"Tercera.- CONDICIONES DE LA CESIÓN

1. La transferencia materia de esta adenda implica para todos sus efectos legales que LA CESIONARIA asume todos los derechos y obligaciones que corresponden a LA CEDENTE, conforme a los términos del Contrato de Concesión Única, aprobada por Resolución Ministerial N° 241-2007-MTC/03 de fecha 23 de mayo de 2007 adecuada al régimen de Concesión única mediante Resolución Ministerial N° 300-2011-MTC/03 de fecha 3 de mayo de 2011 y del espectro asociado otorgado mediante la Resolución Directoral 097-2009-MTC/27 de fecha 2 de marzo de 2009.
2. (...)
3. LA CESIONARIA se compromete a no transferir bajo modalidad alguna, durante el plazo mínimo de tres años contado desde la suscripción de la adenda, el espectro radioeléctrico que le será asignado como consecuencia de la aprobación de la solicitud de transferencia."

⁷ Si bien no se ha tenido acceso a las adendas firmadas por la cedente y cesionaria, se asume que las adendas verificadas son las que finalmente fueron firmadas.



Resolución Viceministerial N° 1345-2017-MTC/03:**"Tercera.- CONDICIONES DE LA CESIÓN**

1. La transferencia materia de esta adenda implica para todos sus efectos legales que LA CESIONARIA asume todos los derechos y obligaciones que corresponden a LA CEDENTE, conforme a los términos del Contrato de Concesión Única, aprobada por Resolución Ministerial N° 039-2010-MTC/03.
(...)
4. LA CESIONARIA se compromete a no transferir bajo modalidad alguna, durante el plazo mínimo de tres años contado desde la suscripción de la adenda, el espectro radioeléctrico que le será asignado como consecuencia de la aprobación de la solicitud de transferencia

Resolución Viceministerial N° 1346-2017-MTC/03:**"Tercera.- ALCANCES DE LA CESIÓN**

1. La transferencia materia de esta Adenda implica para todos sus efectos legales que LA CESIONARIA asume todos los derechos y obligaciones que corresponden a LA CEDENTE, conforme a los términos del Contrato de Concesión Única, aprobada por Resolución Ministerial N° 729- 2009- MTC/ 03.
 2. (...)
 3. LA CESIONARIA se compromete a no transferir bajo modalidad alguna, durante el plazo mínimo de tres años contado desde la suscripción de la adenda, el espectro radioeléctrico que le será asignado como consecuencia de la aprobación de la solicitud de transferencia."
8. Por otra parte, con relación a la asignación de espectro otorgada mediante Resolución Directoral N° 183-2007-MTC/27, se verifica que fue transferida a TVS WIRELESS, a través de la Resolución Viceministerial N° 959-2016-MTC/03. Asimismo, en la Adenda de Transferencia de derechos sobre espectro radioeléctrico presentada por la empresa TC SIGLO 21 S.A.A., a favor de la empresa TV WIRELESS S.A.C., suscrita el 9 de setiembre de 2016, se estableció lo siguiente:

"TERCERA.- DE LOS TÉRMINOS DE CONCESIÓN

1. LA CESIONARIA se compromete a no transferir bajo modalidad alguna, durante el plazo mínimo de cinco años contados desde la suscripción de la adenda, el espectro radioeléctrico que le será asignado como consecuencia de la aprobación de la solicitud de transferencia.
 2. (...)"
9. En virtud a ello, se advierte que existe una imposibilidad de transferir el espectro asociado a las concesiones únicas otorgadas mediante Resoluciones Ministeriales N° 300-2011-MTC/03, N° 039-2010-MTC/0 y N° 729-2009-MTC/033, así como la asignación de espectro otorgada mediante Resolución Directoral N° 183-2007-MTC/27, conforme al siguiente detalle.



Derechos	Tiempo de restricción
Concesión otorgada con RM N° 241-2007-MTC/03 (RM N° 300-2011-MTC/03 - adecuación) RVM N° 1344-2017-MTC/03 - Transferencia Asignación de espectro otorgado con RD N° 097-2009-MTC/27	3 años
Concesión otorgada con RM N° 232-2000-MTC/03 (RM N° 039-2010-MTC/03 - adecuación) RVM N° 1345-2017-MTC/03 - Transferencia Asignación de espectro otorgado con RD N° 510-2015-MTC/27	3 años
Concesión otorgada con RM N° 729-2009-MTC/03 RVM N° 1346-2017-MTC/03 – Transferencia Asignación de espectro otorgado con RD N° 603-2010-MTC/27	3 años
Asignación de espectro otorgado con RD N° 183-2007-MTC/27	5 años ⁸

10. Precisamos que el OSIPTEL no cuenta con información acerca de la fecha de suscripción de las adendas aprobadas mediante Resoluciones Viceministeriales N° 1344-2017-MTC/03, N° 1345-2017-MTC/03, N° 1346-2017-MTC/03. No obstante, considerando la fecha de expedición de las mismas, se considera que las restricciones de no transferir por tres (3) años las concesiones únicas otorgadas mediante las Resoluciones Ministeriales N° 300-2011-MTC/03, N° 039-2010-MTC/03 y N° 729-2009-MTC/033, se encuentran vigentes.
11. Ahora bien, cabe resaltar que el establecimiento de dichas restricciones tuvo como objetivo atender la preocupación del Estado en la asignación eficiente del espectro radioeléctrico, como recurso escaso, a fin de contribuir al desarrollo y competencia en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones.
12. En efecto, tal como fue indicado en los considerando de la Resolución Viceministerial N° 959-2016-MTC/03, atendiendo justamente a que el espectro radioeléctrico es un recurso natural de dimensiones escasas y la obligación de promover el bienestar general a través del mismo le corresponde al Estado, es que se determinaron obligaciones que le serían requeridas a la empresa TVS WIRELESS en su calidad de cesionaria como condición para la aprobación de la solicitud de transferencia presentada.
13. Inclusive, se resalta en dicha resolución, que las empresas TVS Wireless y Olo a través de la Carta N° 004-2015-MTC de fecha 27 de enero de 2015, señalaron que ambas empresas habían preparado un plan de inversión por 88 millones de dólares, por lo que esperan construir 1,150 estaciones base para tecnología 4G LTE, cubriendo 80 ciudades y conectando 400,000 suscriptores adicionales a los 110,000 con los que cuentan en la actualidad; ello, a fin de asegurar la existencia de gran competitividad en los servicios de Internet de alta velocidad y evitar que los grandes operadores mantengan tarifas altas brindando un servicio de baja calidad. Asimismo,

⁸ Restricción vence el 9 de setiembre de 2021.



precisaron que de aprobarse la transferencia, continuarán ejecutando el plan antes indicado hasta completarlo, y asumirán la obligación de no transferir las frecuencias recibidas dentro del periodo y bajo las condiciones acordadas con el Ministerio.

14. Justamente, considerando ello y con el objetivo de expandir los servicios y consolidar la intensidad competitiva, en línea con la normativa vigente y las políticas del sector, establecidas en el objetivo de los Lineamientos para Desarrollar y Consolidar la Competencia y la Expansión de los Servicios de Telecomunicaciones en el Perú, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-2007-MTC, es que se establece que TVS WIRELESS asumirá la obligación de no transferir bajo modalidad alguna, durante el plazo mínimo de cinco años contado desde la suscripción de la adenda, el espectro radioeléctrico que le sería asignado como consecuencia de la aprobación de la solicitud de transferencia. Asimismo, quedaría obligada al cumplimiento del plan de expansión, cuyos alcances y cronograma de ejecución, se detalla en la adenda; así como también deberá cumplir las metas de uso que determine la Dirección General de Concesiones en Comunicaciones, precisándose en la misma resolución que el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones que serán incluidas en la adenda, determinará la reversión del espectro radioeléctrico materia de transferencia.

15. En tal sentido, corresponde al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, denegar la solicitud de transferencia solicitada en aquellos supuestos que exista una restricción temporal, acorde a lo establecido en las Resoluciones Viceministeriales N° 959-2016-MTC/03, N° 1344-2017-MTC/03, N° 1345-2017-MTC/03 y N° 1346-2017-MTC/03, y revertir el espectro radioeléctrico que fue materia de transferencia.

3.2 Sobre los argumentos expuestos en la solicitud para no aplicar las restricciones

16. De la solicitud de transferencia se advierte una serie de argumentos expuestos por la solicitante, con la finalidad de que no se le apliquen las restricciones vigentes. Sobre el particular, cabe indicar lo siguiente:

Cláusula contraria al orden público.

17. América Móvil argumenta que las restricciones no pueden ser interpretadas de manera tal que impidan la aplicación de normas de orden público. Así, considera que en la medida que la fusión, en tanto mecanismo de reorganización societaria, es una prerrogativa de orden legal, no puede interpretarse que las restricciones aludidas impiden hacer uso de este mecanismo, que no es equivalente de modo alguno, a la mera disposición del derecho de concesión o de los derechos vinculados, sino que va más allá y comprende todos los derechos y obligaciones de la sociedad que pretende fusionarse.



18. Alega que la empresa Olo tiene regímenes de concesión concurrentes en la medida que obtuvo, a través de una licitación pública internacional, un contrato de concesión al cual se vincularon frecuencias del espectro radioeléctrico y está sujeto a un marco legal específico al cual no puede resultar aplicable la restricción establecida en una adenda vinculada a las frecuencias asociadas a otro título habilitante que determina otro régimen legal específico y, por lo tanto, no podría interpretarse que esta empresa no pueda fusionarse por la restricción contenida en un régimen contractual específico.
19. Sobre el particular, cabe indicar que los contratos de concesión y las adendas suscritas son compromisos que fueron asumidos por las partes, en este caso el Estado y las empresas Olo y TVS Wireless.
20. Ahora bien, la restricción temporal de transferencia del espectro no limita en modo alguno la posibilidad de que Olo y TVS Wireless puedan fusionarse o sean absorbidas por otras empresas.
21. No obstante ello, debe tenerse presente que en el sector telecomunicaciones existe una regulación que no es posible sea desatendida, justamente porque involucran intereses de la Nación, debiendo, por tanto, respetarse.
22. En efecto, en primer lugar debe resaltarse que de conformidad con el artículo 66° de la Constitución Política del Perú⁹, los recursos naturales, entre ellos el espectro radioeléctrico, son patrimonio de la Nación y el Estado es soberano en su aprovechamiento, disponiendo que las condiciones de su utilización y otorgamiento se fijan en la ley orgánica.
23. Por su parte, el artículo 8° de la Ley N° 26821, Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los Recursos Naturales, establece que 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 establecidos en dicha ley, en las leyes especiales y en las normas reglamentarias sobre la materia.
24. Así, claramente, se establece en el artículo 57° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones que el espectro radioeléctrico es un recurso natural de dimensiones limitadas que forma parte del patrimonio de la Nación y su utilización y otorgamiento de uso a particulares se efectúa en las condiciones señaladas en dicha Ley y su reglamento.

⁹Artículo 66.- Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento.

Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal."



25. En el presente caso, tal como se ha señalado, el establecimiento de determinadas condiciones por las que se restringe temporalmente la posibilidad de transferir del espectro radioeléctrico, se sustenta en el interés público orientado a la asignación eficiente del espectro radioeléctrico, como recurso escaso, a fin de contribuir al desarrollo y competencia en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones.
26. Asimismo, debe resaltarse que esta restricción no ha sido impuesta unilateralmente por el Estado, sino que existen contratos suscritos por Olo y TVS Wireless, aceptando dichas condiciones, las cuales, forman parte de sus contratos de concesión.
27. Por lo tanto, en caso dichas empresas hayan optado por fusionarse y ser absorbidas, contaban con pleno conocimiento de cuáles serían las consecuencias que ello acarrearía con relación a las concesiones y asignaciones de espectro vinculadas a las transferencias aprobadas mediante las Resoluciones Viceministeriales N° 959-2016-MTC/03, N° 1344-2017-MTC/03, N° 1345-2017-MTC/03 y N° 1346-2017-MTC/03.

Sobre la aplicación del Decreto Legislativo 1310.

28. América Móvil, Olo y TVS Wireless consideran que a efectos de resolver su solicitud de transferencia de concesiones y espectro radioeléctrico asociado por fusión por absorción se debe de evaluar lo establecido en el artículo 6° del Decreto Legislativo N° 1310 que se lo siguiente:

"Artículo 6.- Reconocimiento de titularidad de registros, certificados, permisos, licencias, autorizaciones y procedimientos administrativos en casos de reorganización de sociedades y cambios de denominación social

6.1. En los casos de fusión de sociedades, todos los registros, certificados, permisos, licencias y autorizaciones de titularidad de las sociedades que se extinguen se entienden transferidos de pleno derecho a la sociedad absorbente o incorporante. Ninguna entidad pública puede desconocer los derechos adquiridos por las sociedades absorbentes o incorporantes como consecuencia de la fusión. Esta disposición no aplica para los casos vinculados a recursos hidrobiológicos."

29. En este orden de ideas, el artículo 6° del Decreto Legislativo N° 1310 establece una importante disposición en materia de simplificación administrativa dirigida al reconocimiento de la titularidad de ciertos derechos otorgados por la administración como resultado de reorganizaciones societarias, como por ejemplo en el caso de fusiones y absorciones. Por ello, es necesario determinar si es aplicable al caso que nos convoca.
30. Ahora bien, es preciso resaltar que dicha norma refiere expresamente al reconocimiento de titularidad de **registros, certificados, permisos, licencias y autorizaciones de titularidad de las sociedades, mas no de concesiones o asignaciones de espectro.**



31. En efecto, el artículo antes citado hace referencia únicamente a registros, certificados, permisos, licencias y autorizaciones, que constituyen títulos habilitantes distintos, que entrañan un nivel menor de interés general, a diferencia de las concesiones para la prestación de servicios públicos, así como la asignación de recursos naturales como el caso del espectro radioeléctrico.
32. Así, el TUO de la Ley de Telecomunicaciones distingue con claridad los distintos tipos de títulos habilitantes vinculados a la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones.
33. La concesión, es definida en el artículo 47° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones como el acto jurídico mediante el cual el Estado concede a una persona natural o jurídica la facultad de prestar servicios públicos de telecomunicaciones, estableciendo -además- que el Ministerio otorgará concesión única para la prestación de todos los servicios públicos de telecomunicaciones, independientemente de la denominación de éstos contenida en el TUO de la ley o en su Reglamento, con excepción de la concesión para Operador Independiente. Preceptúa además que la concesión se perfecciona mediante contrato escrito aprobado por resolución del Titular del Sector.
34. En el caso de las definiciones específicas de autorización, permiso y licencia, el TUO de la Ley de Telecomunicaciones establece lo siguiente:

"Artículo 48.- Llámase autorización a la facultad que otorga el Estado a personas naturales o jurídicas para establecer un servicio de telecomunicaciones, que no requiera de concesión para instalar y operar equipos de radiocomunicaciones.

Corresponde al Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción otorgar estas autorizaciones.

Artículo 49.- Llámase permiso a la facultad que otorga el Estado a personas naturales o jurídicas para instalar en un lugar determinado, equipos de radiocomunicación.

Artículo 50.- Llámase licencia a la facultad que otorga el Estado a personas naturales o jurídicas para operar un servicio de radiocomunicación autorizado."

35. De los dispositivos antes citados se colige que se distingue con claridad tanto la concesión administrativa, como las autorizaciones, permisos y licencias, que constituyen títulos habilitantes en esta materia, a los cuales no se aplicaría el Decreto Legislativo N° 1310.
36. Por su parte, el procedimiento de asignación del espectro radioeléctrico es otro acto administrativo por el que el Estado otorga a una persona el derecho de uso sobre una determinada porción del espectro radioeléctrico, dentro de una determinada área



geográfica, para la prestación de servicios de telecomunicaciones¹⁰, el mismo que tampoco ha sido considerado en los supuestos del Decreto Legislativo N° 1310.

37. Por lo tanto, considerando que en el artículo 6° del Decreto Legislativo N° 1310 se han establecido reglas excepcionales para el régimen de aprobación automática de determinados títulos habilitantes, estas reglas no pueden ser aplicadas por analogía a otros supuestos, toda vez que ello vulneraría el principio jurídico regulado en el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil¹¹.
38. En tal sentido, tal como fue indicado en la comunicación C.980-GG/2017 remitida a la Dirección General de Concesiones en Comunicaciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones con fecha 06 de setiembre de 2017, el artículo 6° del Decreto Legislativo N° 1310 no puede ser aplicado a las transferencias de concesiones ni asignaciones de espectro radioeléctrico.

Sobre la supuesta imposibilidad jurídica de aplicar la restricción.

39. América Móvil considera que a partir de la expedición de la Resolución Viceministerial N° 242-2018-MTC/03, que estableció una canalización nueva y diferente, los canales de frecuencias respecto de las cuales se suscribieron las adendas, dejaron de existir legalmente, no siendo posible que recaiga una transferencia sobre tales canales por cuanto no es compatible con la nueva canalización dispuesta válidamente por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.
40. Así, considera que hay una imposibilidad jurídica de ejecutar la restricción, por lo cual la misma no puede generar efectos, no existiendo por tanto impedimento alguno para la aprobación de las fusiones solicitadas, en la medida que se cumpla con todos los requisitos legales exigidos.
41. Sobre el particular, se debe tener en consideración que con relación a la banda 2 500 – 2 698 MHz, la Nota P67 del Plan Nacional de Asignación de Frecuencias establece lo siguiente:

"P67 (...)

La banda 2 500 – 2 692 MHz está atribuida a título primario para servicios públicos de telecomunicaciones utilizando sistemas de acceso inalámbrico. Los titulares de asignaciones en la banda 2 500 – 2 698 MHz deberán adecuarse a la canalización que apruebe el Ministerio. Los referidos rangos de frecuencias se declaran en reserva, mientras dure tal situación, el Ministerio no realizará nuevas asignaciones

¹⁰ "Artículo 202.- Definición de asignación

La asignación es el acto administrativo por el que el Estado otorga a una persona el derecho de uso sobre una determinada porción del espectro radioeléctrico, dentro de una determinada área geográfica, para la prestación de servicios de telecomunicaciones, de acuerdo con lo establecido en el PNAF."

¹¹ "Aplicación analógica de la ley

Artículo IV.- La Ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía."



en esta banda. Asimismo, las empresas concesionarias con asignaciones en dicha banda, podrán seguir operando hasta el vencimiento de sus respectivos títulos habilitantes, o hasta que se dispongan modificaciones de la atribución, canalización y/o se inicien procesos de reordenamiento, en cuyo caso las empresas concesionarias deberán cumplir las disposiciones que el Ministerio determine".

42. De la lectura de la citada disposición se advierte que si bien la Banda de 2.6 GHz, cuenta con una nueva atribución y canalización, aprobada esta última a través de la Resolución Viceministerial N° 242-2018-MTC/03, a la cual las empresas concesionarias deberán adecuarse, lo cierto es que dichas empresas concesionarias con asignaciones en dicha banda, pueden seguir operando hasta el vencimiento de sus respectivos títulos habilitantes, o hasta que se dispongan modificaciones de la atribución, canalización y/o se inicien procesos de reordenamiento.
43. Por lo tanto, no existe imposibilidad de ejecutar las restricciones temporales de transferencia de asignación de espectro, en la medida que dicha asignación, sigue confiriendo derechos de uso sobre el mismo.
44. Sin perjuicio de ello, se evaluará las consecuencias sobre el proceso competitivo de las transferencias solicitadas.

IV. NUEVOS HECHOS RELEVANTES Y ANÁLISIS DE SUS CONSECUENCIAS

19. Desde la última opinión emitida por el OSIPTEL a solicitud del MTC en relación a las solicitudes de transferencia de espectro bajo análisis han tenido lugar una serie de hechos relevantes. Del mismo modo, las participaciones de los mercados que se verían afectados por la solicitud de transferencia se han modificado. A continuación se detallarán dichos cambios.
20. Como se mencionó en la sección anterior, el 14 de diciembre de 2017, mediante Resolución Viceministerial N° 1344-2017-MTC/03, Resolución Viceministerial N° 1345-2017-MTC/03 y Resolución Viceministerial N° 1346-2017-MTC/03, se aprobó la transferencia de concesión (incluyendo espectro) de Velatel Perú S.A.C. a favor de Olo, TC Siglo 21 a favor de Olo, y Cablevisión S.A.C. a favor de TVS Wireless, respectivamente. Dadas estas operaciones, el espectro del grupo América Móvil en la Banda de 2.6 GHz recae en las empresas TVS Wireless y Olo.
21. Por otro lado, a solicitud de Viettel, el 29 de diciembre de 2017, el MTC le asignó a dicha empresa bloques libres de la Banda de 2.6 GHz en varias provincias del país¹², que por lo general involucran una asignación de ocho canales por provincia (44 MHz), en los departamentos de Lima, Lambayeque, Ica, Ancash, La Libertad, Piura,

¹² En los departamentos de Lima, Ica, Ancash, La Libertad, Piura, Arequipa, Cusco,



Arequipa, Cusco, Cajamarca, Amazonas, Loreto, Ucayali, San Martín, Puno, Junín, Tacna, Pasco, Huánuco, Apurímac, Ayacucho, Huancavelica, Madre de Dios, Moquegua y Tumbes.

22. Las asignaciones de Viettel en su gran mayoría corresponden a los canales B2, B3, C1, C2 y F2, F3, G1 y G2. Esta asignación resulta en dos bloques apareados en configuración FDD (banda 7) cada uno de 22 MHz, es decir, Viettel podría emplear sus asignaciones en provincias en una configuración armonizada de 20+20 MHz para brindar LTE, quedándole 2+2 MHz en desuso.
23. El 10 de marzo de 2018 se publicó la Resolución Viceministerial N° 242-2018-MTC/03, la cual modifica la Resolución Viceministerial N° 268-2005-MTC/03. Mediante esta Resolución, se aprueba una modificación en la canalización de la Banda de 2.6 GHz. En particular, se definen los siguientes bloques: (i) un bloque FDD de 30+30 MHz, (ii) dos bloques FDD de 20+20 MHz, y (iii) dos bloques TDD de 20 MHz.
24. Si bien se ha establecido una nueva canalización en la Banda de 2.6 GHz, aún se mantiene el desorden en las asignaciones, como consecuencia de asignaciones heredadas de procesos realizados en décadas pasadas (usualmente a solicitud de parte), transferencias entre concesionarios a modo de mercado secundario, entre otros. Esto mantiene la alta concentración del grupo América Móvil en bandas altas con 41% de participación en Lima y Callao, seguido de Entel con 38% y muy de lejos por Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante, Telefónica) con 15% y Viettel Perú S.A.C. (en adelante, Viettel) con 6%. Asimismo, se mantiene el 23% de espectro en FDD que no puede aparearse y al que, por tanto, no se le puede dar el uso más eficiente.
25. Del mismo modo, con la aprobación de las transferencias establecidas mediante las Resoluciones Viceministeriales N° 1344-2017-MTC/03; N° 1345-2017-MTC/03 y N° 1346-2017-MTC/03, se validó el camino hacia la legitimización de la concentración del recurso de esta banda en un único agente del mercado, lo cual se terminaría de consumar de aprobarse las transferencias materia de análisis de la presente solicitud. Este acaparamiento innecesario en Lima y Callao (138 MHz cuando ha quedado demostrado en anteriores informes que a la empresa le bastaría un bloque de 20 + 20 MHz para operar eficientemente), impide que otros grupos económicos puedan acceder a espectro en esta banda.
26. En el caso de las provincias bajo este nuevo escenario, y toda vez que la separación duplex de la Banda 7 es de 120 MHz, actualmente solo Viettel podría emplear las configuraciones armonizadas para la implementación de redes LTE en provincias. En otras palabras, los otros concesionarios no podrán beneficiarse de las grandes economías de escala en equipamiento de red y terminales que ostentan las bandas armonizadas (principalmente la B7).



27. En tal sentido, actualmente en casi todas las provincias donde Olo tiene asignación, esta empresa no puede armonizar sus canales y conseguir bloques FDD en la configuración de la banda 7. De aprobarse la transferencia de espectro de Olo a favor de América Móvil, dicha situación se mantendría exactamente igual. Así, la configuración resultante de la banda no coadyuvaría eficientemente a la expansión futura de infraestructura para brindar servicios con tecnología LTE-4G en departamentos del país con mayor demanda de servicios móviles (tales como Trujillo, Chiclayo o Arequipa); más aún, podría acarrear desincentivos para que se realicen inversiones empleando el espectro de dicha banda en las referidas provincias. Por tanto, corresponde más bien realizar un reordenamiento integral antes de proceder con transferencias que no acarreen ningún beneficio.
28. Por otro lado, se ha observado que las participaciones de América Móvil se han incrementado tanto en el mercado de internet móvil como en el acceso a internet móvil específicamente utilizando tecnología LTE. En el caso del mercado de internet móvil, su participación se incrementó de 37% en 2016-IV a 40% en 2017-II; mientras que la participación al mismo servicio solo utilizando tecnología LTE se elevó de 40% en 2016-IV a 43% en 2017-II.
29. En otras palabras, una empresa con niveles de participación superiores al 40%, de aprobarse las transferencias, pasaría a controlar el grueso del espectro en bandas altas para Lima y Callao e impediría que otros operadores puedan hacer uso eficiente de la Banda de 2.6 GHz. Como se señaló en anteriores oportunidades, esto representaría una barrera estratégica que impediría al resto de operadores competir en igualdad de condiciones.
30. Por lo expuesto y como se mencionó en anteriores oportunidades, no se recomienda aprobar este tipo de transferencia, puesto que consolidaría el acaparamiento de espectro y de una forma más directa por parte de América Móvil, generando un perjuicio sobre mercados finales como el de servicios móviles, y en especial el internet móvil de alta velocidad provisto con tecnología LTE.

V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. Existe una restricción temporal de transferir el espectro asociado a las concesiones únicas otorgadas mediante Resoluciones Ministeriales N° 300-2011-MTC/03, N° 039-2010-MTC/0 y N° 729-2009-MTC/033, así como la asignación de espectro otorgada mediante Resolución Directoral N° 183-2007-MTC/27.
2. El establecimiento dichas condiciones por las que se restringe temporalmente la posibilidad de transferir del espectro radioeléctrico, se sustenta en el interés público orientado a la asignación eficiente del espectro radioeléctrico, como recurso escaso, a fin de contribuir al desarrollo y competencia en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones.



3. En tal sentido, corresponde al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, denegar la solicitud de transferencia solicitada en aquellos supuestos que exista una restricción temporal, acorde a lo establecido en las Resoluciones Viceministeriales N° 959-2016-MTC/03, N° 1344-2017-MTC/03, N° 1345-2017-MTC/03 y N° 1346-2017-MTC/03, y revertir el espectro radioeléctrico que fue materia de transferencia.
4. Sin perjuicio de ello, se ha realizado un análisis de los efectos de recientes eventos sobre la dinámica competitiva de la aprobación de dichas transferencias. En primer lugar, se debe procurar una asignación eficiente del espectro dado que se trata de un recurso escaso.
5. Con la aprobación de las nuevas transferencias, el problema de concentración en bandas altas y acaparamiento por parte de América Móvil se agrava, pues pasaría a controlar directamente el grueso del espectro en bandas altas, lo cual representa una fuerte barrera estratégica sobre el resto de competidores. Más aún, cuando la Banda de 2.6 GHz está diseñada para brindar servicios con tecnología LTE y las ofertas y promociones de los operadores de telefonía móvil se han orientado en los últimos meses a este tipo de prestaciones.
6. Las participaciones de América Móvil tanto en el mercado de internet móvil como en el mercado de internet móvil con acceso mediante tecnología LTE se ha incrementado en los últimos trimestres, lo cual consolida su posición en estos mercados y podría deberse en parte a su control indirecto de la Banda de 2.6 GHz.
7. Dada la alta participación de América Móvil y las barreras estratégicas generadas por la concentración de espectro, de aprobarse las transferencias se generará un grave riesgo al normal desenvolvimiento del proceso competitivo, pudiendo retrocederse en los avances observados en los últimos años en el servicio de telefonía móvil.
8. Por lo expuesto, se recomienda rechazar las solicitudes de transferencia solicitadas puesto que, por un lado, existe una restricción temporal de transferencia y, por otro lado, las consecuencias sobre la dinámica competitiva de que un operador grande como América Móvil concentre directamente el grueso del espectro en bandas altas, serían graves y difícilmente subsanables.

