



INFORME

N° 00216-GPRC/2017
Página 1 de 63

A	:	Gerencia General
ASUNTO	:	Respuesta a Oficio N° 659-2017-MTC/26 sobre procedimientos de transferencia de concesiones y asignaciones de espectro
FECHA	:	11 de diciembre de 2017

	Cargo	Nombre
ELABORADO POR:	Especialista en Competencia	Rosa Castillo
	Coordinador de Investigaciones Tecnológicas	Daniel Argandoña
REVISADO POR:	Sub Gerente de Análisis Regulatorio	Luis Pacheco
	Especialista Legal en Temas de Interconexión	Katy Torres
	Abogado Especialista en Políticas Regulatorias	Pabel Camero
APROBADO POR:	Gerente de Asesoría Legal	Alberto Arequipeno
	Gerente de Políticas Regulatorias y Competencia (E)	Lennin Quiso



I. DELIMITACIÓN DE LA CONSULTA

1. 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) envió una solicitud, en virtud del Artículo 77 del T.U.O. de la Ley de Telecomunicaciones¹, Decreto Supremo N° 013-93-TCC, con el objetivo de 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.

II. ANTECEDENTES

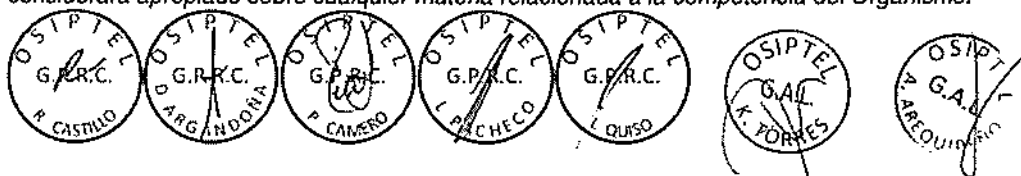
2. Al ser el espectro un insumo esencial para proveer servicios de telecomunicaciones inalámbricos, las políticas que determinen su administración afectan directamente la estructura del mercado final, a la cual se denomina competencia en el mercado. Ello debido a que las políticas de manejo de espectro influyen directamente sobre el número de operadores que participarán del mercado e indirectamente sobre el nivel de concentración. En ese sentido, políticas de manejo de espectro aplicadas de forma inapropiada o que generen asimetrías en la tenencia de espectro podrían consolidar la posición de dominio de un operador, reduciendo así la dinámica competitiva en el mercado final.
3. Si bien la normativa de libre competencia sanciona *ex post* el abuso de posición de dominio, una evaluación de este tipo podría tomar mucho tiempo, de tal forma que el daño podría ser irreparable incluso si luego de la investigación se verifica que la empresa investigada abusó de su posición de dominio. Es en ese sentido que las políticas de promoción de competencia *ex ante* (mediante políticas de administración de espectro) son sumamente relevantes y afectan directamente los resultados en los mercados de servicios móviles.
4. Ante ello, en su rol de autoridad de competencia en el sector de telecomunicaciones, el OSIPTel ha elaborado diversos informes en los que se advierte serias deficiencias en la política de administración de espectro que pasan por la canalización, asignación y supervisión, aspectos que también han sido identificados por consultores externos contratados por el MTC, como se muestra a continuación.

¹ 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.





INFORME

N° 00216-GPRC/2017
Página 3 de 63

5. A continuación, se listan los informes en materia de políticas de manejo de espectro en general, así como los informes específicos en los que se brinda opinión sobre las transferencias que son materia de consulta.

Informes presentados por el OSIPTEL respecto al manejo de espectro

6. En primer lugar, en abril de 2010 el OSIPTEL presentó el documento "Políticas para el desarrollo de la banda ancha: Experiencia internacional y Diagnóstico del caso Perú". Ello ante la Comisión encargada de elaborar el Plan Nacional para el desarrollo de la Banda Ancha en el país y que contaba con la presencia del entonces Viceministro de Comunicaciones, Dr. Jorge Luis Cuba. En dicho documento, se enfatiza la importancia de evitar la especulación con el recurso y se señala además que se deben reforzar los mecanismos de cumplimiento de las obligaciones de cobertura y expansión establecidas en los contratos de concesión del espectro, para que de esta manera "se reduzcan los incentivos de aquellos agentes que quieran hacer un mal uso del mismo para fines estratégicos o comerciales". Dicho documento ya hace referencia al caso de la empresa TC Siglo 21 como un ejemplo de concentración del recurso.
7. El Plan Nacional para el Desarrollo de la Banda Ancha, publicado en julio de 2011, y en cuya elaboración el OSIPTEL tuvo una importante participación en su elaboración, incluyó², una serie de recomendaciones resaltando que los mecanismos de tope de espectro son relevantes como salvaguarda al uso eficiente del recurso, ello en conjunto con una revisión integral de la normativa que regula los mecanismos de reversión del espectro que se encuentre subutilizado o no usado. Así, en dicho Plan se estableció que al cuarto trimestre del 2011, se deberían haber realizado los siguientes hitos: i) Estudios concluidos evaluando la política de topes de espectro; ii) Estudios concluidos sobre los mecanismos para una adecuada verificación de metas de uso del espectro y su reversión al Estado. iii) Norma aprobada sobre los topes de espectro, de ser el caso; iv) Norma aprobada sobre el uso y reversión del espectro al Estado.
8. Los problemas en la administración del espectro fueron también advertidos por entidades independientes. Así, en el año 2012 y a pedido del MTC, se llevó a cabo la consultoría titulada "Consultation on Spectrum Refarming Policy in Peru", por las Agencias Coreanas KISDI (KOREA INFORMATION SOCIETY DEVELOPMENT INSTITUTE) y KCA (KOREA COMMUNICATIONS AGENCY).
9. En dicha consultoría, al inicio de la sección 4 (Problems and Challenges), página 32, se resumen los tres principales problemas encontrados por la consultoría:

"A careful consideration of Peru's spectrum management policy reveals three problems that they encounter. First of all, spectrum resource is used inefficiently in Peru so that there is a need for spectrum revocation and relocation. Second,

² Ver sección 10.1.8 de dicho plan disponible en la web del MTC.



there is no basis in law to revoke and relocate spectrum. Lastly, infrastructure to promote spectrum revocation and relocation is incomplete.

10. Con relación al uso ineficiente de la banda de 2500-2692 MHz, dicha consultoría precisó lo siguiente (página 33):

"In the case of the 2.5 band, the first TC Siglo 21 was assigned the 2500-2614 band on a first come first served basis, without compensation, but they sold the free frequency 2560-2614 band to Nextel, for which service isn't provided after assignment. Generally, if the frequency of the country property is unused or has low usage, the government should revoke frequency and assign it to new users. However, measures were not revoked for TC Siglo 21, but rather a case has occurred that TC Siglo 21 transferred the assigned frequency after being paid by Nextel. Of course, Peru has a law that allows the transfer of frequency. However, it is obvious that the frequency is not the target of the transfer because the relevant frequency is assigned without payment on a first come first served basis.

In this case, not only the seller but also the buyer of the spectrum that is not subject to transfer is said to forget the fact that spectrum resource is considered public national property when trading spectrum for the purpose of profit of a corporation. This is the exact example of regarding spectrum as private goods.

Also, the same band operators use more frequency than needed. Nextel purchased the 54 bandwidth frequency of the 2.5 band from TC Siglo 21, but it does not provide services using the band. They only retain the frequency. Spectrum hoarding seems to be the overall trend for Peru carriers. (...) However, they haven't the willingness to revitalize services by using the assigned frequency. They have hidden intentions to use it for mobile communications in the event of future changes in use or to profit through transfer.

11. En otras palabras, cinco años atrás una consultoría contratada por el propio MTC le advertía que el espectro en la banda de 2.6 GHz estaba siendo usado de forma ineficiente y con fines especulativos por parte de TC Siglo 21.
12. Adicionalmente, se llamaba la atención al MTC sobre la no aplicación del marco legal, pues en caso de uso ineficiente de espectro correspondía la reversión del mismo. En particular, en la página 34 de la consultoría se indicó lo siguiente:

"As mentioned earlier, spectrum revocation and relocation with legal basis in Peru is not practiced, even though it exists. Spectrum assigned according to



 EL REGULADOR DE LAS TELECOMUNICACIONES	
INFORME	N° 00216-GPRC/2017 Página 5 de 63

Ministerial Resolution no. 087-2002-MTC/15.03 can be revoked, and licenses can be canceled.

The government of Peru suggests the Spectrum Use Goal of "Minimal service expansion plan" to operators, but this goal does not seem to accommodate the service extension guidelines set by the government. This means that specific standards for Spectrum Use Goals or technical requirements have yet to be set in Peru. Operators submit plans for update coverage levels according to the Spectrum Use Goals, but the standard of measurement is unclear. The Peruvian government decides on whether it is efficient use or not based on information supplied, but there are no ways to verify it.

13. Como se puede leer, la consultoría resaltó el hecho de que el marco de supervisión y las metodologías para evaluar el uso eficiente del espectro, no están correctamente establecidos.
14. Finalmente, en dicha consultoría se hicieron algunas recomendaciones que están en línea con lo planteado reiteradamente por el OSIPTEL³.
15. En el año 2013, dentro de los Comentarios del OSIPTEL a las Bases de licitación pública especial para ejecución del proceso "Concesión única para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones y asignación de dos bloques de las bandas 17410-1770 MHz y 2110-2170 MHz"⁴, se señaló lo siguiente acerca de la asignación óptima de espectro⁵:

"...dada la naturaleza del espectro radioeléctrico de ser un bien escaso, las administraciones a nivel mundial han venido realizando acciones de gestión del espectro radioeléctrico para asegurar su correcta administración, garantizando que su asignación sea realizada de manera que se fomente la competencia y se evite el acaparamiento o el uso ineficiente del mismo, con el fin de que el espectro se constituya en un instrumento para expandir las redes y servicios de banda ancha, así como para promover un ambiente de mayor competencia.

(...)

³ Algunas de las recomendaciones propuestas por la consultoría son:

- o Mejora del marco legal con el fin de: i) definir y aclarar taxativamente lo que se entiende por uso eficiente de espectro; ii) Establecer e incluir los procedimientos específicos aplicables para hacer efectivas las revocaciones de espectro y/o la reubicación del mismo; iii) Establecer los mecanismos de compensación adecuados y los respectivos procedimientos.

⁴ Carta de fecha 31 de enero de 2013, dirigida al señor Jesús Guillén, Jefe de Proyectos en Telecomunicaciones de PROINVERSIÓN y con copia a la Dirección General de Regulación y Asuntos Internacionales de Comunicaciones (DGRAIC) del MTC.

⁵ Informe N° 042-GPRC/2013, enviado mediante Carta C.089-GG.GPRC/2013 recibida por el MTC el 31 de enero de 2013.



... para generar mayor competencia, debe buscarse la entrada de nuevos operadores, evitando así la concentración del espectro en manos de pocos operadores (los ya establecidos)."

16. Adicionalmente, se señaló que si bien el ganador en un concurso lo hace bajo sus propios méritos, se debía tener especial cuidado si el ganador resultaba ser un operador incumbente. Así, se sugirieron una serie de condiciones para evitar distorsiones en el proceso competitivo: (i) devolución y reordenamiento de bloques de espectro, (ii) devolución de bloques de espectro subutilizados o no utilizados, previa evaluación realizada por el MTC, (iii) limitaciones en la participación en futuros concursos en bandas estratégicas para el desarrollo de la banda ancha, tal como la banda de 700 MHz.
17. Posteriormente, el OSIPTEL recibió una nueva Versión Final del Contrato de Concesión de la Licitación Pública Especial para la "Concesión Única para la prestación de Servicios Públicos de Telecomunicaciones y Asignación de dos bloques de las bandas 1,710-1,770 y 2,110-2,170 MHz a nivel nacional", la cual comentó a través del Informe N° 133-GAL-GPRC-GFS-GPSU-ST/2013, del 10 de julio de 2013. En relación a las metas de uso de espectro, se recomendó la inclusión de parámetros técnicos cuantificables y verificables de manera obligatoria relacionados, tales como: eficiencia del ancho de banda (eficiencia espectral, por ejemplo cantidad de bits por Hz y por área geográfica - Km²), número de portadoras usadas, número de suscriptores por tipo y patrón de uso en cada portadora usada, etc. Asimismo, se sugirió evaluar la inclusión de indicadores para diferentes áreas (densa, urbano, periferia, rural) y posiblemente con metas diferenciadas.
18. Durante este mismo año, el MTC nos solicitó opinión sobre el potencial impacto de la Transferencia de las Frecuencias comprendidas en el Bloque B solicitada por Digital Way S.A. a favor de Directv Perú S.R.L. Mediante Informe N° 217-GPRC/2013 del 22 de marzo de 2013⁶, el OSIPTEL presentó su opinión.
19. Al respecto, se indicó que dado que se trataba de una operación de conglomerado, no generaba impacto, pues las empresas no operaban en el mismo mercado y sus participaciones eran reducidas. Sin embargo, se advirtió que se podría estar generando una figura de "mercado secundario de espectro", al comercializar el espectro bajo la figura de transferencia, lo cual no está contemplado en el marco normativo del MTC. En particular se señaló:

"...un mercado secundario sin un mecanismo claro de asignación, como parecería ser en este caso, permitiría obtener rentas extraordinarias para los agentes privados sin que el Estado se haya beneficiado directamente.

⁶ Enviado mediante carta C. 294-GG/2013, recibida por el MTC el 2 de abril de 2013.



 EL REGULADOR DE LAS TELECOMUNICACIONES	
INFORME	Nº 00216-GPRC/2017 Página 7 de 63

Asimismo, dado el elevado grado de concentración en los diversos mercados de telecomunicaciones, es posible que la creación de un mercado secundario de espectro pueda genera incluso una mayor concentración de dicho recurso, por lo cual deberán considerarse las salvaguardas necesarias de darse este caso."

20. Del mismo modo, se recomendó al MTC evaluar si Digital Way había realizado un uso eficiente del espectro que deseaba transferir:

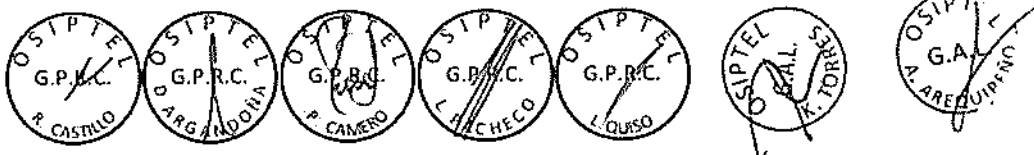
"...se recomienda que el MTC evalúe la normativa, metodologías y procedimientos relacionados a la asignación y uso de espectro, incluyendo los mecanismos de reversión del espectro al Estado en caso de subutilización. Ello con el fin de que este recurso sea usado de forma eficiente, teniendo en cuenta que el valor de las bandas varía en el tiempo según el desarrollo tecnológico, por lo que es necesario evitar que sea adquirido con fines especulativos."

21. Por otro lado, el 12 de diciembre de 2013, mediante Carta Nº C. 1018-GG.GPRC/2013, el OSIPTTEL remitió al MTC el Documento Nº 914-GPRC/2013 donde se presenta una propuesta de topes de espectro. Esta propuesta había sido presentada por representantes del OSIPTTEL en una reunión llevada a cabo el 21 de octubre de 2013 con funcionarios del MTC. La propuesta incluye una evaluación de la situación de otros países en materia de topes de espectro, la situación peruana y un modelo de ingeniería. A partir del análisis, se plantea un tope de 45 MHz en bandas menores a las de 1 GHz, y un tope de 75 MHz en bandas mayores a las de 1 GHz (sin considerar la banda de 3.5 GHz). Del mismo modo, sugería que se revirtiera el espectro en bandas que se encontraban sub utilizadas.

22. En ese mismo año se publicó el Documento de Trabajo Nº 16: "El Espectro Radioeléctrico como herramienta para la promoción de la expansión de los servicios móviles y la competencia en el Perú", el cual se encuentra a disposición del público en la web institucional del OSIPTTEL. Este documento estudia la situación del espectro en el país, así como la experiencia internacional en manejo de espectro. En ese sentido, presenta propuestas de política de manejo de espectro, entre las cuales se encuentran: (i) obligaciones diferenciadas para incumbentes y entrantes en futuras licitaciones; (ii) en materia de competencia se recomienda el establecimiento de topes de espectro, aprobación previa por parte del regulador, control de concentraciones, entre otros; (iii) necesidad de realizar *refarming* especialmente en la banda de 2.6 GHz para que su canalización se adecue a las bandas recomendadas por la UIT y 3GPP.

23. En particular, este estudio identifica los siguientes problemas en que causaron desorden de asignaciones en algunas bandas y en particular hace referencia a TC SIGLO 21 y su tenencia de espectro en la banda de 2.6 GHz:

"...asignaciones heredadas de procesos realizados en décadas pasadas (usualmente a solicitud de parte), transferencias entre concesionarios a modo de mercado secundario, licitaciones llevadas a cabo por parte del gobierno, entre



otros. Lo anterior ha ocasionado que: i) las asignaciones resultantes no puedan ser empleadas para desplegar las últimas tecnologías de acuerdo a las recomendaciones internacionales, ii) otras tecnologías menos evolucionadas sean desplegadas en estas bandas, iii) algunos concesionarios tengan más espectro del que realmente necesitan, iv) exista especulación y acaparamiento de espectro, entre otros. Como ejemplo, otra vez se puede citar a la banda de 2.5 GHz, donde hasta hace poco hubo cuatro (4) concesionarios cada uno con diferentes anchos de banda asignados, siendo la empresa TC Siglo 21 la que llegó a poseer 114 MHz en esta banda, sin hacer mayor uso de la misma. Posteriormente en el 2009, esta empresa transfirió 54 MHz a la empresa Nextel (recientemente adquirida por Entel Chile), a cambio de una contraprestación económica."

24. Posteriormente, detalla las ineficiencias halladas en la canalización de la banda de 2.6 GHz:

"Por otro lado y tal como se ha comentado, la empresa TC Siglo 21 llegó a poseer hasta 114 MHz en la banda de 2.5 GHz sin hacer mayor uso de la misma para la provisión de servicios públicos de telecomunicaciones, luego transfirió 54 MHz a Nextel. Así, en esta banda se ha identificado subutilización de espectro y, si bien operadores como OLO (ex Yota), Velatel (ex Perusat) y Cotel han venido realizando despliegues con la segmentación y canalización actual, empleando la tecnología WiMAX, el uso total de esta banda no es el óptimo. Así, como se ha visto en el capítulo 9, la canalización y asignación en esta banda no están acordes con las recomendaciones internacionales y por tanto no permitirían desplegar tecnologías más avanzadas como LTE, lo cual es desventajoso toda vez que esta banda tiene potencial para albergar hasta 5 operadores cada uno desplegando la tecnología LTE con todas sus prestaciones."

25. El Documento de Trabajo señala también aspectos de mejora en los mecanismos de supervisión y reversión del espectro, en tanto este no había podido corregir los problemas de inadecuada canalización, desorden en las asignaciones y subutilización en algunas bandas. En particular realiza recomendaciones acerca de la necesidad de reformular la supervisión y especificación de metas de uso de espectro, así como el establecimiento de un marco legal para la realización de la revocación y reasignación de las bandas o refarming.
26. En el año 2014, se remitió al MTC el Informe N° 393-GPRC/2014 de fecha 14 de julio de 2014, en el cual se presentaban recomendaciones para los procesos de migración y/o limpieza de bandas de espectro radioeléctrico.
27. En julio de 2015, se alcanzó al MTC el Documento "Recomendaciones para mejorar la gestión del espectro radioeléctrico en el Perú". En primer lugar, se recomendó reestructurar el modo de trabajo de las comisiones relacionadas a la actividad de gestión del espectro radioeléctrico en el país, pues la "Comisión Multisectorial





INFORME

N° 00216-GPRC/2017
Página 9 de 63

Permanente encargada de emitir informes técnicos y recomendaciones para la planificación y gestión del espectro radioeléctrico” estaba conformada en su mayoría por representantes del MTC que se alineaban a las decisiones ya tomadas por parte del Viceministerio de Comunicaciones.

28. En segundo lugar, se recomendó mejorar el marco de supervisión de uso eficiente del espectro. De acuerdo con el Artículo 218 del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones del Perú, el espectro puede revertirse al Estado por incumplimiento de metas de uso o por uso ineficiente. Sin embargo, se identificó la subutilización o inutilización en algunas bandas para las cuales el MTC no realizó ninguna acción de reversión. En particular, se menciona a TC Siglo 21, la cual llegó a poseer hasta 114 MHz en la banda de 2.6 GHz sin hacer uso de la misma para la provisión de servicios públicos de telecomunicaciones. Se advirtió también que esta falta de supervisión ha generado oportunismo y especulación. En tal sentido, se reiteraron recomendaciones realizadas anteriormente tales como definición de metas de uso de espectro acorde con nuevas tecnologías, establecer taxativamente condiciones en las que el espectro será revocado total o parcialmente evitando cláusulas de escape, entre otros.
29. Una tercera recomendación reitera la necesidad de plantear topes de espectro que permita una distribución más equitativa entre operadores. De acuerdo con la experiencia internacional, se recomendó el establecimiento de topes para frecuencias bajas (menos de 1 GHz) y altas (más de 1 GHz).
30. Adicionalmente, se recomendó incorporar modificaciones normativas para conseguir un debido ordenamiento del mercado de reventa del espectro. Ello en atención a los acuerdos entre privados de transferencias de espectro que originaron desorden en la asignación de espectro y no iban en línea con las políticas sectoriales de eficiencia en la distribución del recurso. Se especificó que el problema se agrava en caso se transfiera espectro altamente valorado, pues elimina los beneficios de la subasta como mecanismo eficiente de asignación, se reducen los ingresos del Estado al limitarse la competencia por el recurso y existe riesgo de colusión entre los operadores más importantes en el mercado. Así, se recomendaba el establecimiento de un marco normativo apropiado y con reglas claras.
31. Otras recomendaciones que se establecieron en el documento fueron: establecer canalizaciones que brinden suficiente flexibilidad para fomentar la competencia en las licitaciones, el espectro debe ser gestionado con el objetivo de promover la competencia, establecer nuevas estrategias para el uso del espectro, evitar trasladar a los adjudicatarios los costos de transacción y riesgos relacionados a la limpieza de bandas, las políticas de cobro de canon deben incentivar la expansión y buscar eficiencias y, finalmente, las subastas deben mantener la neutralidad tecnológica y establecer salvaguardas para el uso eficiente del espectro.



32. El problema del uso ineficiente y con fines especulativos del espectro por parte de TC Siglo 21, que había sido advertido de forma constante al MTC, se hizo más evidente el año 2015, cuando esta empresa solicitó transferir su espectro a favor de TVS Wireless.
33. Mediante el Informe 255-GPRC/2015⁷, 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, al no haber remitido información al OSIPTEL respecto de sus usuarios, encontrarse de baja ante la SUNAT, no reportar información sobre sus actividades ante la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV), entre otros.
34. Se indicó también que no se evidenciaba despliegue de infraestructura para hacer un uso eficiente del espectro que le había sido asignado, por lo que se reiteró la necesidad de realizar un proceso de *refarming* en la banda de 2.6 GHz, así como mejoras del marco de reversión del mismo ante incumplimientos. Ello considerando que esta banda es una de las más valoradas en el mundo para brindar servicios móviles con tecnología LTE, por lo que se ha recaudado sumas importantes por la asignación de espectro en esta banda.
35. Luego de recibir la información solicitada al MTC, se elaboró un informe final respecto a la transferencia de espectro de TC Siglo 21 a favor de TVS Wireless, Informe 420-GPRC/2015⁸, del 27 de octubre de 2015.
36. En primer lugar, se recomendó verificar que tanto TVS Wireless como TC SIGLO 21 hubieran cumplido con sus obligaciones de pago de tasas y derechos por FTEL y tasa por explotación comercial por los servicios públicos de telecomunicaciones que tienen concesionados, así como con el pago del canon por uso del espectro radioeléctrico. Del mismo modo, se informó al MTC que ambas empresas mantenían deudas en el aporte por regulación que administra el OSIPTEL.
37. En segundo lugar, a partir de los documentos enviados por el MTC, 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 tal sentido, se recomendó lo siguiente:

"...el MTC, en ejecución de sus competencias como Autoridad Concedente⁹, cuenta con información y sustento suficiente para evaluar la resolución de la concesión que tiene dicha empresa para prestar el Servicio de distribución de radiodifusión por cable en sus dos modalidades (alámbrico u óptico y MMDS), a

⁷ Enviado por Carta 674 – GG.GPRC/2015, recibida por el MTC el 6 de julio de 2015.

⁸ Enviado por Carta 1140 – GG.GPRC.GAL/2015, recibida por el MTC el 3 de noviembre de 2015.

⁹ Cabe señalar que una decisión como la planteada sería consistente con el criterio aplicado por el MTC en su Resolución Ministerial N° 041-2010-MTC-03, que declaró resuelto el Contrato de Concesión que tenía la empresa TC SIGLO 21 S.A.A. para prestar el servicio portador local, al haberse verificado que dicha empresa incumplió con su obligación de prestar el servicio concedido de modo continuo.





INFORME

N° 00216-GPRC/2017
Página 11 de 63

nivel nacional, debido al incumplimiento de sus obligaciones de continuidad del servicio y la suspensión de la prestación de dicho servicio sin autorización previa."

38. En tercer lugar, se identificó una serie de infracciones cometidas por TC SIGLO 21 al no tener concesión para brindar el servicio portador, operar el servicio de valor añadido a internet sin contar con registro para prestar dicho servicio y sin soportarse en un servicio habilitado y, finalmente, al utilizar el espectro de frecuencias asignado para el servicio MMDS para operar el Servicio de Valor Añadido soportado en un Servicio Portador, sin la correspondiente autorización o concesión. En ese sentido, se recomendó al MTC que, como cuestión previa, evaluara la resolución de los contratos de concesión que ostentaba TC Siglo 21, toda vez que se evidenciaba una serie de incumplimientos y obligaciones pendientes de parte de dicha empresa.

39. Finalmente, se señaló que el espectro en la Banda de 2.6 GHz es un recurso escaso y valioso. Como tal, el mecanismo idóneo para su asignación es el de subastas públicas. En particular, se indicó lo siguiente:

"Si el Estado no prevé este mecanismo y permite que un recurso que se ha utilizado de manera altamente ineficiente se transe entre agentes privados, no es posible garantizar ni exigir el uso adecuado del recurso, lo que termina afectando la intensidad competitiva."

40. En tal sentido, se reiteró al MTC, como se había hecho en anteriores oportunidades, la necesidad de reordenar el espectro en dicha banda, en lugar de que transacciones entre privados modifiquen la asignación del espectro, menos aun cuando se trata de un recurso valioso y escaso.

41. A pesar de todos los problemas advertidos por el OSIPTEL en dicha oportunidad, mediante Resolución Viceministerial N° 959-2016-MTC/03 del 22 de junio de 2016, se aprobó la transferencia y no se consideraron los puntos expresados en el Informe 420-GPRC/2015, opinión final del OSIPTEL respecto a dicha transferencia¹⁰.

42. Esta operación generó una afectación a las condiciones de competencia, en tanto el control de tres bloques pasó de un grupo económico que no contaba con asignaciones adicionales de espectro, a un grupo económico que cuenta con asignación de espectro en otras bandas. Así, el operador Claro pasó de no contar con espectro en la banda de 2.6 GHz a controlar empresas que conjuntamente poseían un 40.63% de participación en la banda.

¹⁰ Este hecho fue advertido por el operador Entel Perú S.A., quien mediante escrito de registro N° E-194319-2016 del 15 de julio de 2016, ampliado con escrito de registro N° E-212373-2016 del 5 de agosto de 2016, interpuso recurso de apelación contra la Resolución Viceministerial N° 959-2016-MTC/03 y solicitó la suspensión de la ejecución de dicha resolución; indicando, entre otros argumentos, que no se había considerado el Informe N° 420-GPRC/2015 en la decisión tomada.



43. En febrero de 2017, se llevó a cabo el evento organizado por el MTC: "Regulación de banda ancha y TIC: acciones para mejorar la competencia". En dicho evento el Presidente del OSIPTEL indicó que se debe impulsar procesos integrales de reordenamiento (*refarming*) en determinadas bandas (2.6 GHz) que actualmente no están armonizadas de acuerdo a los estándares internacionales.

Informes presentados por el OSIPTEL respecto a las transferencias materia de evaluación

44. Durante el 2017 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 del Perú S.A.C. 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 del Perú S.A.C. (en adelante Olo) y de la empresa Cablevisión S.A.C. a favor de la empresa TVS Wireless S.A.C.
45. 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.
46. 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. 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.
47. 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.
48. Al margen de las ineficiencias que la transferencia causaría, se identificó también que el operador que se beneficiaría de la transferencia, Olo, ha reducido significativamente el número de usuarios en provincias, pues al segundo trimestre de 2017 reportó contar con únicamente 165 usuarios para los 22 MHz que tiene asignados. En otras palabras, Olo tiene solo 7 usuarios por MHz.





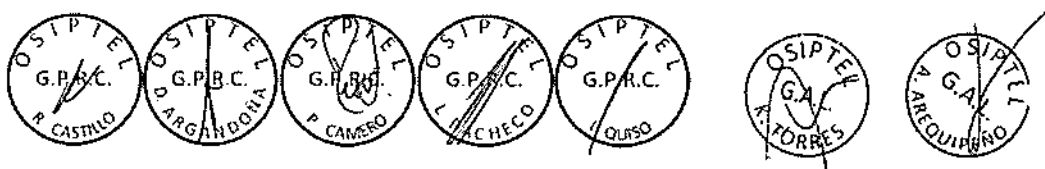
INFORME

N° 00216-GPRC/2017
Página 13 de 63

49. En materia de competencia, se observó que el grupo CLARO es el segundo grupo más importante en el mercado de internet móvil con 37% de participación, mientras que si se considera al servicio de internet móvil con tecnología 4G, su participación se incrementa a 40%, muy cerca del operador líder, Telefónica, con 41%, al cuarto trimestre de 2016.
50. A partir de las altas participaciones del grupo CLARO y el bloqueo de un insumo esencial como lo es el espectro, se identificó un grave riesgo al normal desenvolvimiento del proceso competitivo. En se sentido, se recomendó denegar la aprobación de esta transferencia por cuanto configuraría una situación que atenta contra lo dispuesto en el Art. 6° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones.
51. En relación a la transferencia de Concesión Única de la empresa Velatel Perú S.A.C. a favor de la empresa Olo del Perú S.A.C. (en adelante Olo) y la transferencia de la empresa Cablevisión S.A.C. a favor de la empresa TVS Wireless S.A.C., el OSIPTEL remitió dos informes.
52. El Informe N° 161-GPRC/2017, enviado mediante Carta C. 980-GG/2017 del 6 de setiembre de 2017, presentaba una opinión preliminar respecto a las transferencias. Entre otros aspectos, se advirtió que se había identificado entre los operadores vinculados y pertenecientes a CLARO la existencia de ciertos "acuerdos" cuya naturaleza no queda clara, para aproximarse a la configuración armonizada de la banda. En particular, se presentó evidencia de que el operador CLARO ya ha venido brindando servicios móviles (4G y 4G+) a sus usuarios finales empleando las asignaciones en la banda de 2.6 GHz de TVS Wireless y Cablevisión, con las cuales ha logrado conformar una portadora de 2x20 MHz FDD en la configuración de la Banda 7.
53. Del mismo modo, se evidenció un uso ineficiente del espectro, al existir bloques que no podían aparearse en FDD, así como un acaparamiento del espectro en esta banda por parte del grupo CLARO y el grupo Entel, contrario a lo observado en la experiencia internacional.
54. El Informe N° 166-GPRC/2017, enviado mediante Carta C. 1058-GG/2017 del 25 de setiembre de 2017, presentaba la opinión final del OSIPTEL respecto de las transferencias. En dicho informe se reiteró la calidad del espectro como recurso escaso y esencial para brindar servicios móviles y por consiguiente el impacto de la política de asignación de espectro sobre la dinámica competitiva.
55. 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 de 2.6 GHz. Por ejemplo, al segundo trimestre de 2017, TVS Wireless contaba con 4 usuarios por MHz.



56. Finalmente, se advirtió la alta concentración en el mercado de servicios móviles, lo cual sumado al control del grupo CLARO de un porcentaje importante del espectro en bandas altas genera un grave riesgo al normal desenvolvimiento del proceso competitivo. Ello, debido al establecimiento de barreras estratégicas que impiden a otros operadores acceder a más espectro en bandas altas y, al mismo tiempo, a que se permite al grupo CLARO brindar sus servicios minimizando inversiones a causa de la alta tenencia de espectro. En tal sentido, se recomendó denegar la aprobación de estas transferencias por cuanto configurarían una situación que atenta contra lo dispuesto en el Art. 6° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones.
57. Tal como fue advertido en los informes citados anteriormente, se ha identificado que, de aprobar las referidas transferencias, la intensidad competitiva en el mercado de servicios móviles y, en especial, en el de internet móvil se verían gravemente afectadas. A diferencia de las salvaguardas que puede establecerse en procesos de licitación de espectro, se advierte que en este caso se obtuvo el espectro no mediante un concurso en base a méritos, sino a un mero acuerdo entre privados. Por otro lado, las distorsiones que se generarían como consecuencia de la aprobación de la transferencia son 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.
58. En ese contexto, nos ratificamos en nuestra recomendación de rechazar las transferencias por la afectación que ello generaría al proceso competitivo, tal como se recomendó en nuestros Informes Finales N° 166-GPRC/2017 y 168-GPRC/2017, por lo que no cabe la existencia de salvaguardas. No obstante, dado que el MTC nos ha solicitado presentar salvaguardas, en el supuesto negado de que se decida aprobar esta operación a pesar de los múltiples documentos citados en este informe, que advierten de las consecuencias negativas de ello, debemos precisar que cualquier salvaguarda debe dirigirse a intentar contrarrestar la distorsión generada en el proceso competitivo.
- III. CUESTIÓN PREVIA: PROCEDIMIENTO DE TRANSFERENCIA DE ESPECTRO SE SUJETA A SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO (SAN)**
59. 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 sujetarse al silencio administrativo negativo (SAN).
60. Sobre la base de los fundamentos desarrollados en dichas cartas, en el ANEXO A del presente Informe se adjunta el **Informe Legal emitido por el reconocido jurista**





INFORME

N° 00216-GPRC/2017
Página 15 de 63

especialista en Derecho Administrativo, Dr. Christian Guzmán Napurí, con el cual se ratifica la posición institucional del OSIPTEL sobre este extremo.

IV. DENEGATORIA DE LA TRANSFERENCIA POR ATENTAR CONTRA LO DISPUESTO EN EL ART. 6 DE LA LEY DE TELECOMUNICACIONES

61. Con el pronunciamiento emitido mediante la **Resolución Viceministerial N° 160-2005-MTC-03¹¹**, el MTC dejó sentada oficialmente la interpretación legal del sentido y alcances con que deben aplicarse las normas que rigen el procedimiento de transferencia de concesiones y asignaciones de espectro, en cuanto a la causa justificada para denegar la solicitud de transferencia: Art. 117 del TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones (antes Art. 112) y Art. 6 del TUO de la ley de Telecomunicaciones:

4.2.2 El artículo 6° de la Ley de Telecomunicaciones

El artículo 122° del Reglamento General dispone que procedera la denegatoria de la solicitud de transferencia por causa justificada, entendiéndose como tal, *en segundo término*, a toda situación que pudiera atender contra lo dispuesto en el artículo 6° de la Ley, el que establece:

"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 de la posición dominante de una empresa o empresas en el mercado.

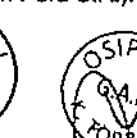
Igualmente, el Estado fomenta la participación de los usuarios de servidores de telecomunicaciones en el establecimiento de tarifas y en la prestación y control de estos servicios."

De esta norma se collige, que nuestro marco legal no limita al Estado (representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones) a evitar los abusos de posición de dominio, sino que además le encarga la obligación de fomentar la libre competencia en la prestación de los servicios de telecomunicaciones. En esta línea de entendimiento es que inclusive, *lo faculto de ser el caso, a denegar una solicitud de transferencia de concesión si considera que con su aprobación se pudiera afectar el normal desenvolvimiento de este mercado, a adoptar las medidas que hagan viable el objetivo de la norma.*

Sentadas las bases sobre la correcta interpretación de los artículos 122° del Reglamento General y 6° de la Ley, y considerando que la transferencia de

62. Sobre la base de este precedente administrativo, y en cumplimiento del Principio de Imparcialidad y el Principio de Predictibilidad o de Confianza Legítima,

¹¹ Resolución publicada en el Diario Oficial El Peruano de fecha 08 de abril de 2005, mediante la cual el MTC se pronunció sobre la Transferencia de Concesiones y Asignaciones de Espectro de Telefónica Móviles S.A.C. a Comunicaciones Móviles del Perú S.A. (ex Bellsouth Perú S.A.).



consagrados en el TUO de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General¹², debe entenderse que en este caso el MTC está **plenamente facultado para denegar la transferencia de las concesiones y asignaciones de espectro solicitadas por las empresas vinculadas al Grupo Claro, por cuanto la aprobación de estas operaciones de transferencia implicará necesariamente una flagrante afectación al normal desenvolvimiento del mercado**, lo cual configura una situación que atenta contra lo dispuesto en el Art. 6 de la Ley de Telecomunicaciones.

63. Tal como se señaló en los Informes 166-GPRC/2017 y 168-GPRC/2017, mediante los cuales el OSIPTEL presenta opinión final respecto de las transferencias materia de consulta, la afectación al normal desenvolvimiento del mercado no es causada por un factor aislado como la alta participación del grupo Claro en el mercado de internet móvil o el mercado de internet móvil en 4G o la concentración de espectro en bandas altas. Por el contrario, se configura una **suma de factores, que de manera conjunta, afectarían el proceso competitivo de aprobarse las transferencias.**

- **Alta participación del Grupo Claro en servicios de internet móvil**

64. En primer lugar, el grupo Claro **actualmente ostenta una alta participación en el mercado de internet móvil**, y en especial en el mercado de internet móvil con tecnología 4G. Se consideran ambos mercados debido a que en la actualidad el grupo Claro está utilizando el espectro que posee a través de sus vinculadas en la banda de 2.6 GHz, no para repotenciar los servicios ofrecidos por Olo y TVS Wireless con tecnología WiMax, sino para proveer servicios móviles con tecnología LTE. Es en ese sentido **el mercado de sobre el cual se generarían efectos producto de las transferencias sería el del servicio de internet móvil.**

65. Como puede observarse en las figuras a continuación, el grupo Claro posee en la actualidad el 37% del mercado de internet móvil, solo superado por Telefónica del Perú. Más aún, si se considera la participación en el mercado de internet móvil con tecnología

¹² Conforme a lo establecido en el Artículo IV del Título Preliminar de esta Ley:

"1.15. 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.

Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos.

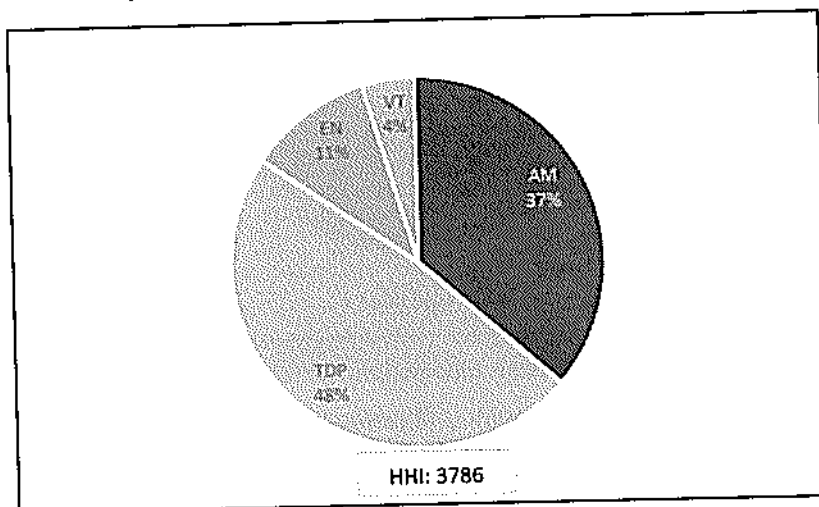
La autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente. En tal sentido, la autoridad administrativa no puede variar irrazonable e inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables.

"1.5. 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.



4G, su participación se incrementa a 40%, muy cercana a la de Telefónica que asciende a 41% al cuarto trimestre de 2016. En ambos casos, se observa mercados altamente concentrados¹³ con un Índice de Herfindahl-Hirschman (HHI, por sus siglas en inglés) de 3786 y 3627, respectivamente.

Figura N° 1: Participación en el mercado de internet móvil al trimestre 2016-IV¹⁴

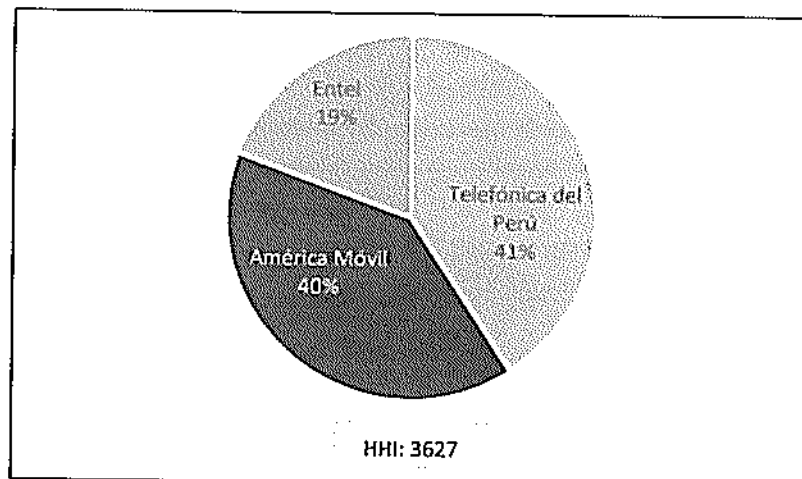


Fuente: Empresas operadoras. Elaboración: GPRC-OSIPTEL

¹³ De acuerdo con el Departamento de Justicia de Estados Unidos (DOJ, por sus siglas en inglés), un mercado con un HHI entre 1500 y 2500 es considerado como medianamente concentrado, mientras que uno con un HHI superior a 2500 se considera altamente concentrado.
<https://www.justice.gov/atr/herfindahl-hirschman-index>

¹⁴ Por su naturaleza, los servicios de Internet móvil no son desagregados en Lima y provincias.

Figura N° 2: Participación en el mercado de internet móvil con tecnología 4G al trimestre 2016-IV ¹⁵



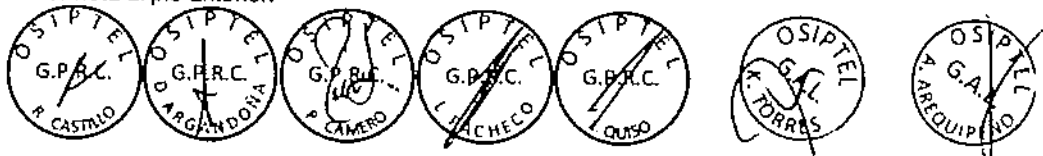
Fuente: Empresas operadoras. Elaboración: GPRC-OSIPTEL

66. Se trata entonces de un operador Incumbente y que por muchos años se ha mantenido como el segundo operador más importante en el mercado de telefonía móvil, después de Telefónica. Incluso con el reciente dinamismo en el mercado móvil a partir del ingreso de los grupos Entel y Viettel, el grupo Claro se mantiene como el segundo con mayor participación en el mercado móvil.
67. Ahora bien, el hecho de que exista un operador con alta participación de mercado no implica por sí mismo que sea altamente probable que abuse de su posición de dominio. Es así que el siguiente paso es evaluar la existencia de barreras de entrada en el mercado. En este caso, la principal barrera está dada por la tenencia del espectro radioeléctrico, sin el cual no se puede proveer de servicios inalámbricos.

• **Fuerte concentración de espectro en bandas altas por parte del Grupo Claro**

68. Por sus características, el espectro puede separarse en bandas altas y bajas. Mientras que las bandas bajas son idóneas para lograr un mayor alcance, las bandas altas son utilizadas en zonas más densas. Así, el espectro en bandas altas permite que los operadores puedan brindar mayor capacidad en servicios móviles, lo cual resulta especialmente útil en áreas densamente pobladas tales como Lima y Callao, donde se concentra el grueso de usuarios de servicios móviles en el país.
69. Como se observa en la siguiente figura, de aprobarse la transferencia de espectro, el grupo Claro pasaría a controlar el 42% del espectro utilizable en bandas altas FDD en Lima y Callao, siendo el agente que presentaría la mayor concentración de este recurso, seguido muy de lejos por Telefónica y Entel con 25% de participación cada

¹⁵ Ver nota al pie anterior.

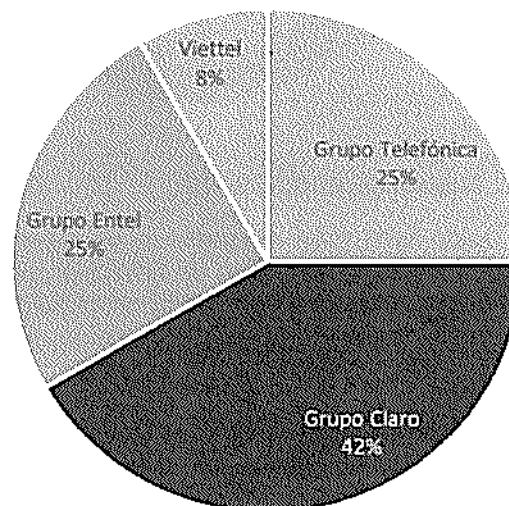


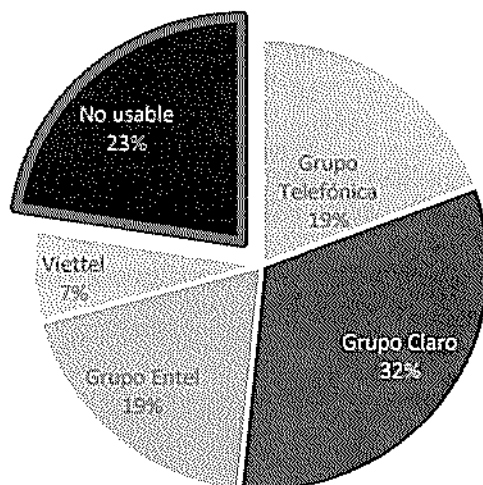
	
INFORME	N° 00216-GPRC/2017 Página 19 de 63

una. Este desorden en la banda de 2.6 GHz genera a su vez Ineficiencias, pues el 23% del espectro en bandas altas FDD no puede ser aprovechado. Así, el grupo Claro es el único que puede hacer uso del espectro FDD en la banda de 2.6 GHz, mientras que en provincias por el desorden en la banda ningún operador cuenta con espectro FDD.

Figura N° 3 Participación de operadores en tenencia de espectro en bandas altas FDD en Lima y Callao

(i) Distribución del espectro en configuración FDD actualmente utilizable

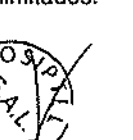
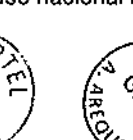
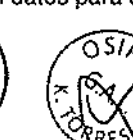


(ii) Distribución del total de espectro FDD en bandas altas


Fuente: MTC. Elaboración: GPRC-OSIPTEL.

70. Este problema se hace aún más evidente si se considera que el grueso de las promociones y lanzamientos de servicios de telefonía móvil se encuentran asociados a internet móvil, tal como la reciente campaña de planes con internet ilimitado¹⁶ o los incrementos en GB incluidos en los planes postpago, manteniendo las tarifas de los mismos.
71. Se proyecta que la dinámica competitiva se siga centrando en planes móviles que incluyan mayor capacidad y velocidad de internet móvil (acceso a aplicaciones sin descontar datos asignados en el plan, uso ilimitado de datos dentro del Perú, entre otros). Para hacer frente a las nuevas ofertas comerciales de los operadores, resulta indispensable contar con una asignación equitativa de espectro radioeléctrico.
72. Una asignación no equitativa podría generar competencia desleal, pues un operador con una gran concentración de espectro tendría que realizar menores inversiones que sus rivales para atender el mismo número de clientes y capacidad.
73. Ello debido a la relación inversa entre la tenencia de espectro y la necesidad de invertir, por lo que a mayor tenencia de espectro, menores serán las necesidades de inversión en comparación con un operador con menor tenencia de espectro. Por ejemplo, Cramton et al (2011) señalan lo siguiente:

¹⁶ Los operadores ofrecen el uso de aplicaciones de forma ilimitada, tanto bajo la modalidad prepago como postpago, algunos de los cuales solo pueden ser utilizados con velocidad 4G. La última campaña lanzada por los operadores ha sido la oferta de planes postpago que incluyen datos para uso nacional ilimitados.





INFORME

N° 00216-GPRC/2017
Página 21 de 63

"To provide wireless communication, providers need a combination of spectrum, technology, and capital (such as cell sites and back haul). With less spectrum, providing the same amount of service generally requires more advanced technology and more investment in capital, such as more cell sites."

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

- **Concentración de espectro como barrera estratégica de entrada al ser un recurso escaso**

75. La gravedad del problema se incrementa si se considera que el Estado no ha hecho disponible espectro en bandas altas con las mismas características que el espectro en 2.6 GHz (v.g. gran ecosistema y economías de escala), que los demás operadores puedan obtener, por ejemplo, a través de subastas. Es más, si un operador quisiera hacerse de espectro en bandas altas en el breve plazo para poder satisfacer la demanda en zonas de alta densidad, se vería impedida de hacerlo¹⁸.

76. Este problema es advertido por la literatura económica que indica que en el caso de las subastas, un operador no solo incluye su valoración por el espectro, sino también el valor que le genera el impedir que otro competidor acceda a ese espectro¹⁹. En otras palabras, el generar una barrera estratégica hacia el resto de operadores es algo valorado por quien se hace de espectro, pues limita la competencia efectiva por parte del resto de operadores, como en este caso.

77. Este control de un porcentaje importante del espectro como insumo esencial que a su vez bloquea el insumo para otros operadores, genera una barrera de entrada

¹⁷ Ello contrariamente a lo afirmado por la Dirección General de Concesiones en Comunicaciones mediante Informe N° 1355-2017-MTC/27. En particular, se indicó lo siguiente: "Ahora bien, cabe recordar que, en virtud de los Decretos Supremos N° 011-2005-MTC y N° 002-2006-MTC, este Ministerio ha establecido límites a la concentración de espectro radioeléctrico únicamente en las bandas de 800 MHz, 900 MHz y 1900 MHz de hasta sesenta (60) MHz por operador, para las bandas de 1.7/2.1 GHz, hasta cuarenta (40) MHz y para la Banda 3 400 – 3 600 MHz hasta cincuenta (50) MHz. Ello nos permite plantear un escenario que la acumulación de espectro radioeléctrico en otras bandas no genera un riesgo de concentración que pueda afectar la competencia en el mercado.

(...) En tal sentido, de lo señalado se puede desprender que el espíritu normativo al no recoger la Banda 2.5 GHz dentro del grupo de bandas que tiene restricción en su asignación, evidencia que no existiría un riesgo de acaparamiento o concentración que pueda afectar la competencia." (Énfasis añadido)

¹⁸ La canalización de la banda AWS extendida (1 750 – 1 780 MHz y 2150 – 2180 MHz) aún no está definida por el MTC, y su ecosistema a nivel internacional recién se está desarrollando.

¹⁹ CRAMTON, Peter et al. "Using spectrum auctions to enhance competition in wireless services". The Journal of Law and Economics. 2011. Disponible en: <http://www.cramton.umd.edu/papers2010-2014/cramton-kwerel-rosston-skrzypacz-spectrum-auctions-and-competition.pdf>



difícilmente superable que consolida la posición de dominio de este grupo económico. Dicha situación adversa a la competencia ya ha venido sucediendo en la banda, específicamente, el grupo Entel no puede armonizar el espectro con el que cuenta en la banda de 2.6 GHz, ya que los acomodos de las asignaciones se han venido dando únicamente entre empresas vinculadas al Grupo América Móvil, y por tanto Entel se ha visto impedido de utilizarlo de forma eficiente, tal como ha sido expuesto en informes anteriores. Ello en la práctica constituye un bloqueo al recurso debido a la concentración del mismo.

78. En ese sentido, no se trata de un único factor que por sí mismo amenace al proceso competitivo, sino que todos en su conjunto (alta participación actual del grupo Claro en internet móvil y en especial en internet móvil con tecnología 4G, acaparamiento de espectro en bandas altas y escasez de espectro disponible que se configura como una barrera estratégica) hacen que de aprobarse de las transferencias se genere una grave afectación a la dinámica competitiva en los servicios de telefonía móvil y en especial de internet móvil.

V. FACULTADES LEGALES DEL MTC PARA ESTABLECER MODIFICACIONES Y TOPES EN LA BANDA 2.6 GHz

5.1 Modificación de Asignaciones de Espectro por utilización de Nuevas Tecnologías

79. En el marco legal vigente está prevista expresamente la facultad del MTC para modificar las asignaciones de espectro cuando ello se justifique en la necesidad de promover la utilización de nuevas tecnologías:

"86. Las asignaciones del espectro radioeléctrico se expedirán a través de resolución administrativa, no formando así parte del título habilitante de la concesión. De esta manera la entidad competente podrá efectuar cambios de una frecuencia autorizada sin tener que modificar los títulos propios de la concesión. Los cambios de asignación se realizarán procurando no afectar derechos de terceros y serán efectivos en los siguientes casos:

- a) Prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones, cuando lo exija el interés público.*
- b) Solución de problemas de interferencia perjudicial.*
- c) Utilización de nuevas tecnologías.*
- d) Cumplimiento de acuerdos internacionales."*

"Artículo 217.- Causales para modificar de oficio una frecuencia asignada

El Ministerio podrá modificar de oficio una frecuencia asignada, procurando no afectar derechos, en los siguientes casos:

- 1. Prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones, cuando lo exija el interés público.**
- 2. Solución de problemas de interferencia perjudicial.**
- 3. Utilización de nuevas tecnologías.**
- 4. Cumplimiento de acuerdos internacionales y del PNAF.**

El Ministerio establecerá los términos y condiciones en los que se efectuarán los procesos de migración de bandas y frecuencias.



	
INFORME	N° 00216-GPRC/2017 Página 23 de 63

80. Bajo este marco legal, en el caso de la Banda de 2.6 GHz se está plenamente justificada la modificación de asignaciones, siendo que dicho espectro originalmente había sido atribuido y asignado para la prestación de servicios portadores y servicios de difusión, pero dicho espectro se ha constituido en un recurso especialmente relevante y de una singular importancia estratégica para el fomento y prestación de servicios móviles avanzados y banda ancha móvil mediante las nuevas tecnologías LTE.
81. Lo anterior también ha sido señalado por el MTC en su Documento de Trabajo publicado mediante Resolución Ministerial N° 015-2012-MTC/03²⁰, en concordancia con las recomendaciones de la UIT y las mejores prácticas internacionales.

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

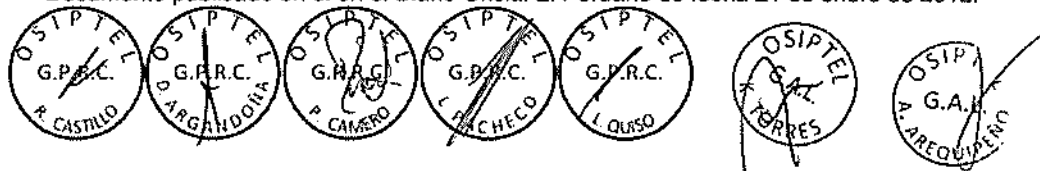
82. En el marco legal vigente está prevista expresamente la facultad del MTC para establecer topes a las asignaciones de espectro, que son de cumplimiento obligatorio para todas las empresas operadoras adicionalmente a las metas de uso, con el fin de garantizar la utilización eficiente del espectro y evitar el acaparamiento de frecuencias que puedan limitar y/o impedir el acceso al mercado de potenciales competidores.
83. Así está dispuesto en los numerales 27 y 85-A de los "Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones del Perú" que fueron aprobados por Decreto Supremo N° 020-98-MTC y modificados por Decreto Supremo N° 009-2006-MTC:

"27. Cuando una concesión involucra el uso del espectro, se requiere que los operadores del servicio cumplan metas de uso del espectro radioeléctrico razonables y justificadas establecidas por el MTC ya que su uso restringe a otro operador potencial de ofrecer servicios usando ese espectro. Por lo tanto, de no cumplir con las metas de uso de espectro radioeléctrico, el operador perderá el espectro radioeléctrico asignado, el cual podrá ser otorgado a otro operador y de ser el caso, la concesión otorgada en los casos expresamente previstos en el contrato.

Asimismo, los operadores del servicio deberán cumplir con los topes a la asignación del espectro radioeléctrico u otros mecanismos que apruebe el MTC a fin de evitar el acaparamiento de dicho recurso, en los casos y condiciones que se fijen para tal efecto."

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

²⁰ Documento publicado en el en el Diario Oficial El Peruano de fecha 21 de enero de 2012.



84. Conforme a estas normas, **está legalmente reconocido que el establecimiento de topes de espectro constituye la herramienta idónea y necesaria mediante la cual el MTC cumple con su función de garantizar la competencia en la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones.**

VI. EL MTC TIENE LA FUNCIÓN CONSTITUCIONAL DE GARANTIZAR LA EFICIENTE ASIGNACIÓN DE FRECUENCIAS, ACORDE CON EL INTERÉS NACIONAL

85. Las acciones que corresponde adoptar al MTC frente a las prácticas de acaparamiento de espectro que vienen realizando las empresas del grupo Claro en la banda de 2.6 GHz, deben ser consistentes con la responsabilidad que la Constitución Política del Perú le atribuye en cuanto a garantizar que la explotación de este recurso natural responda siempre al interés nacional y al bien común, tal como está precisado en las siguientes pronunciamientos vinculantes del Tribunal Constitucional:

- **Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional**, emitida en el Expediente N° 0003-2006-PI/TC (4 de septiembre de 2006):

(...)

4. El espectro radioeléctrico o electromagnético es un recurso natural por medio del cual pueden propagarse las ondas radioeléctricas sin guía artificial. Es una franja de espacio a través de la cual se desplazan las ondas electromagnéticas capaces de portar y transportar diversos mensajes sonoros o visuales, a corta y larga distancia. Es un recurso natural de dimensiones limitadas. En tanto tal, de conformidad con el artículo 66° de la Constitución, forma parte del patrimonio de la Nación y el Estado es soberano en su aprovechamiento, correspondiéndole a éste su gestión, planificación, administración y control, con arreglo a la Constitución, la ley y los principios generales del demanio. Dada su condición de bien escaso o limitado, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones debe ser particularmente eficiente al ejercer las funciones de administración, asignación de frecuencias y control del espectro electromagnético, que le han sido confiadas por el artículo 61° del Decreto Legislativo N.º 702.

(...)

5. (...)

Que los recursos naturales, in totum, sean patrimonio de la Nación, implica que su explotación en ningún caso puede ser separada del interés nacional y el bien común, por constituir una universalidad patrimonial reconocida para los peruanos de todas las generaciones. Los beneficios derivados de su utilización deben alcanzar a la Nación en su conjunto, por lo que queda proscrita su explotación con fines exclusivamente individualistas o privatísticos.

Los recursos naturales reposan jurídicamente en el dominio del Estado, como expresión jurídico- política de la Nación. Reconocer que el Estado es soberano en su aprovechamiento (artículo 66° de la Constitución), significa que es bajo su ius imperium y supervisión que debe desarrollarse su aprovechamiento y goce.



 EL REGULADOR DE LAS TELECOMUNICACIONES	
INFORME	N° 00216-GPRC/2017 Página 25 de 63

- **Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional**, emitida en el Expediente N° 00048-2004-AI/TC (1 de abril de 2005):

13. En este contexto, el papel del Estado implica la defensa del bien común y del interés público, la explotación y el uso racional y sostenible de los recursos naturales que como tales pertenecen a la Nación, y el desarrollo de acciones orientadas a propiciar la equidad social. Por ende, tiene la obligación de acentuar la búsqueda del equilibrio entre la libertad económica, la eficiencia económica, la equidad social y las condiciones dignas de vida material y espiritual para las actuales y venideras generaciones.

VII. ATENCIÓN A SOLICITUD DE SALVAGUARDAS

86. En el marco del proceso de transferencias, la recomendación del OSIPTEL, en concordancia con pronunciamientos anteriores es denegar estas transferencias por las graves implicancias en la competencia por el mercado y la competencia en el mercado de telefonía móvil, las cuales no pueden revertirse con salvaguardas.
87. No obstante, y habiendo solicitado el MTC explícitamente que se le brinden salvaguardas en este caso, consideramos que la única salvaguarda que puede mitigar en cierta medida las distorsiones que se generarían sería la de revertir el exceso de espectro en bandas altas por parte del grupo Claro. Ello es consistente con experiencias internacionales²¹ y con literatura económica que sugiere la reversión de espectro como un posible remedio contra el acaparamiento²².
88. A nuestro parecer, bajo ninguna circunstancia, el grupo Claro debería mantener un bloque mayor a 20+20 MHz en la banda de 2.6 GHz, pues esto alteraría aún más las condiciones de competencia y en el mediano plazo impediría que se mantenga la dinámica competitiva que se ha venido observando en los últimos años con el ingreso del grupo Entel y Viettel.
89. Dado que uno de los principales problemas que generó esta problemática es la ausencia de una metodología para la supervisión del uso del espectro, se debe definir en un plazo menor a 6 meses una metodología para definir qué es uso y uso eficiente del espectro así como una metodología para la supervisión del cumplimiento de dichos conceptos.

²¹ En operaciones de concentración en distintos países cuando existe alta concentración de espectro que amenaza a la dinámica competitiva, se aplican remedios del tipo estructural, asociados a la reversión de espectro radioeléctrico. Por ejemplo, en abril de 2015, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) de Colombia, autorizó la integración de Une EPM y Tigo (filial del GRUPO Millicom). Sin embargo, al pasar el tope de espectro de 135 MHz, se impuso como condición que las empresas debían revertir al estado un total de 50 MHz.

²² En particular, Cramton (2011), señala lo siguiente: "...there can also be an excessive concentration of market power with regard to spectrum or wireless services that causes a concern. Usually such concerns can be solved with targeted divestitures."

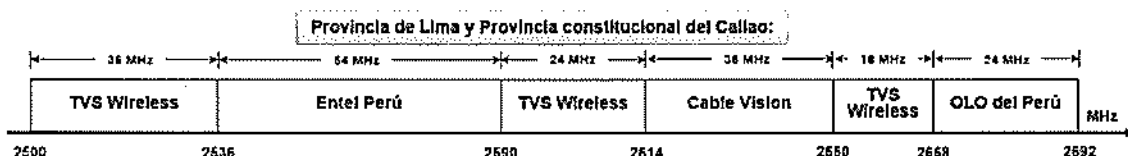


6.1 CONTEXTO DE LA PROPUESTA DE LAS SALVAGUARDAS

90. Como se ha mencionado en informes anteriores, las transferencias y operaciones privadas realizadas en el espectro de 2.6 GHz, no respondieron a una planificación integral por parte del Estado para dicha banda, y principalmente se dieron por iniciativa de las mismas empresas concesionarias con presencia o interés en la banda. Dado que estas empresas buscan maximizar beneficios privados y no sociales, ello ha ocasionado que actualmente se tenga una situación muy desfavorable en términos de eficiencia con respecto al ordenamiento de la banda, cuya problemática se resume a continuación:

- La canalización actual es obsoleta.
- Las asignaciones actuales están desordenadas.
- Los bloques ocupados por los concesionarios presentes en la banda, no están armonizados con los esquemas de estandarización internacionales.
- Imposibilidad de que las EE.OO. concesionarias de esta banda desplieguen la tecnología más eficiente (LTE – FDD).

Figura N° 4 Situación de la banda de 2.6 GHz en Lima y Callao.



irregular de espectro", en el marco de la legislación vigente de telecomunicaciones.

95. Es en dicho contexto que el MTC ha recibido las siguientes solicitudes de transferencia de espectro:

- Solicitud de transferencia de espectro de la empresa Velatel Perú S.A.C. a favor de la empresa Olo del Perú S.A.C. (Algunas Provincias fuera de Lima y Callao).
- Solicitud de transferencia de espectro de la empresa Cablevisión S.A.C. a favor de la empresa TVS Wireless S.A.C. (Provincia de Lima y Provincia del Callao).
- Solicitud de transferencia de espectro de la empresa TC Siglo 21 S.A.A. a favor de TVS Wireless S.A.C. (Provincias fuera de Lima y Callao).

96. Como se señaló anteriormente y en los Informes N° 161-GPRC/2017, 162-GPRC/2017, 166-GPRC/2017 y 168-GPRC/2017, se sabe que en la banda de 2.6 GHz en Lima y Callao se tiene en la práctica dos grupos económicos: i) Grupo Entel y, ii) Grupo América Móvil, el cual agrupa a sus subsidiarias Olo del Perú, TVS Wireless S.A.C., y Cablevision, esta última subsidiaria de Olo. Asimismo, en provincias, se sabe que la empresa Velatel es a su vez subsidiaria de la empresa Olo del Perú.

97. En ese sentido, se observa que todos los destinatarios de las solicitudes de transferencia materia de análisis pertenecen al mismo grupo económico (América Móvil), el cual sería el mayor beneficiado de proceder estas operaciones.

98. No obstante, como se ha observado en las secciones anteriores y en los informes de opinión remitidos por el OSIPTEL al MTC en el marco de las citadas transferencias de espectro (Informes N° 166-GPRC/2017, 168-GPRC/2017), la aprobación de las mismas no solucionaría la problemática de esta banda toda vez que:

- Se mantendría el alto nivel de desorden de esta banda.
- Se mantendría una parte de esta banda sin armonizar.
- Se tendría una parte del espectro desperdiciado, lo cual afecta al proceso competitivo y se constituye en una barrera estratégica al ser un recurso escaso y valioso.
- Se mantendría la situación donde el concesionario del otro grupo económico no puede emplear su bloque de espectro en configuración FDD.
- La participación resultante en la tenencia de espectro por parte del grupo América Móvil configuraría un escenario que acarrearía un grave riesgo al normal desenvolvimiento del proceso competitivo.





INFORME

N° 00216-GPRC/2017
Página 29 de 63**6.2 ESQUEMA DE LAS SALVAGUARDAS**

99. En virtud a lo expuesto, consideramos que la afectación grave al proceso competitivo no podría revertirse con salvaguardas. No obstante, en atención a su solicitud, se adjunta el siguiente detalle de medidas a evaluar.

Establecimiento de Topes de Espectro

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

- Publicación de un Decreto Supremo que establezca los nuevos Topes de Espectro en el breve plazo,
- Establecer las disposiciones correspondientes en las adendas de los Contratos de los beneficiarios de las transferencias, con el fin de asegurar una sujeción obligatoria a dichos Topes de Espectro.
- Otras que sean necesarias del tipo estructural para que esta herramienta regulatoria se implemente de manera efectiva, con el fin de que se aplique en el esquema de salvaguardas competitivas a los procesos de transferencia materia de análisis.

101. A continuación se describen los sustentos y consideraciones que caracterizarían dicho mecanismo de topes de espectro.

- i) **Corresponde establecer Topes de Espectro específicos para la banda de 2.6 GHz.**

Ello se sustenta en los siguientes argumentos:

102. Existe un tope específico para la banda de 3.5 GHz (3400-3600 MHz). Mediante D.S. N° 002-2006-MTC se fijó un tope de 50 MHz para las asignaciones de espectro para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones en dicha banda.

103. Existe un tope específico para la banda 1710/2110 MHz. Mediante D.S. N° 011-2012-MTC se fijó un tope específico de 40 MHz para dicha banda.

104. De acuerdo a lo visto en los Informes 0166-GPRC/2017 y N° 168-GPRC/2017, se debe resaltar el estudio realizado por el MTC sobre topes de espectro, denominado Documento de Trabajo "*Topes a la asignación del espectro radioeléctrico para prestar servicios públicos móviles*" publicado mediante Resolución Ministerial N° 015-2012-MTC/03 de fecha 21 de enero de 2012, en el cual no se abordó la problemática de la banda de 2500-2690 MHz, sino que fue



excluida del análisis de concentración²³, y se estableció solamente un tope específico por banda, correspondiente a la banda de 1.7/2.1 GHz, alegando principalmente lo siguiente (Ver página 34 de dicha Resolución):

"(...) de acuerdo a las tendencias internacionales, la banda 1,7/2,1 GHz será utilizada para el despliegue de redes de servicios móviles en banda ancha de cuarta generación, con la cual los operadores actuales -o un eventual nuevo operador-, podrían ofrecer servicios o aplicaciones que priorizarían la transmisión de datos a alta velocidad, complementarios a los servicios que se ofrecen actualmente."

Atendiendo a estas particularidades técnicas de la banda y de acuerdo a los aspectos teóricos de los topes de espectro desarrollados en el numeral 4, sería viable implementar una política de topes de espectro específica para esta banda considerada estratégica. En tal sentido, se propone, establecer como tope por operador para esta banda, un bloque de 20 + 20 MHz".

105. Dicho argumento, al ser general, puede aplicarse también para establecer un tope específico para la banda de 2.6 GHz, considerando además que para la fecha de dicho Documento de Trabajo (2012), la banda de 2.6 GHz ya era la banda más empleada para la provisión de servicios móviles mediante redes LTE y que su ecosistema estaba altamente desarrollado.

106. Además, el citado D.S. N° 011-2012-MTC establece en su Artículo N° 1 lo siguiente:

"Previamente a la asignación de cualquier otra banda de espectro que pudiera ser utilizada para prestar servicios públicos móviles, el Ministerio adoptará una política de topes específica; para lo cual evaluará el desenvolvimiento del mercado de las telecomunicaciones, en particular el de los servicios públicos móviles, la interoperabilidad de cada banda con las redes desplegadas por los operadores móviles, el grado de ocupación de las bandas de frecuencias asignadas para los servicios móviles, así como los avances en la armonización del espectro radioeléctrico a nivel internacional, entre otros aspectos."

107. En ese sentido, y en concordancia con lo establecido en dicho D.S. no habría impedimentos en adoptar una política de topes específica para la banda de 2.6 GHz.

²³ El argumento que se usó en dicha ocasión para excluir dicha banda del análisis de concentración fue el siguiente: "Las bandas de 2,3 GHz, 2,5 GHz y 3,5 GHz, son utilizadas para aplicaciones específicas para la transmisión de datos y acceso a Internet mediante terminales fijos, que no son interoperables con las redes de servicios móviles desplegadas en el Perú." (Página 28 de la Resolución). Sin embargo, dicho argumento se considera inválido toda vez que a la fecha de publicación de dicha Resolución, ya se conocían las potencialidades de la banda para desplegar LTE, el ecosistema estaba altamente desarrollado y además la empresa Olo ya estaba desplegando su red WiMAX 802.16e para la provisión de Internet Móvil.





INFORME

N° 00216-GPRC/2017
Página 31 de 63

ii) **El tope propuesto debe aplicarse a nivel de los grupos económicos presentes en la banda.**

108. Los topes deben aplicarse considerando todas las empresas vinculadas a los grupos económicos presentes en la banda.

109. En efecto, tal como se ha mencionado anteriormente, y que también ha sido recogido en los Informes N° 0166-GPRC/2017 y N° 168-GPRC/2017, en la práctica las empresas vinculadas al mismo grupo económico (América Móvil) han venido combinando partes del espectro que poseen para conseguir bloques armonizados en configuración FDD, y así poder brindar servicios con la tecnología LTE (4G y 4G+). Más aún, también se ha evidenciado que el operador móvil Claro también ha venido usando el espectro de sus empresas vinculadas en la banda de 2.6 GHz, para brindar Internet Móvil.

110. Del mismo modo, la aplicación del tope a los grupos económicos presentes en la banda es una práctica ya adoptada en los mecanismos de tope de espectro aprobados anteriormente, lo cual puede observarse en lo establecido en los D.S. N° 002-2006-MTC y N° 011-2012-MTC:

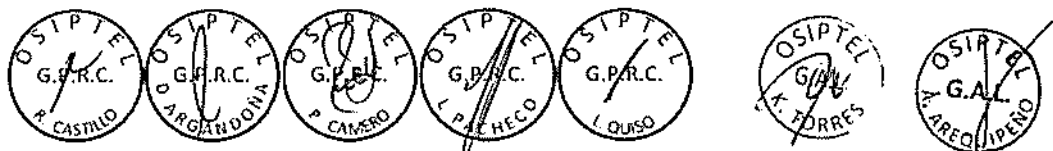
D.S. N° 002-2006-MTC

"Artículo 2°.- La restricción establecida en el artículo 1° del presente decreto supremo, comprende también a las empresas vinculadas directa o indirectamente a alguna de las empresas concesionarias; siendo aplicable para tales efectos la norma especial sobre vinculación y grupo económico aprobada mediante Resolución CONASEV N° 090-2005-RF/94.10"

D.S. N° 011-2012-MTC

"Artículo 3°.- Las restricciones establecidas en los artículos 1 y 2 del presente decreto, comprenden también a las empresas vinculadas directa o indirectamente a alguna de las empresas concesionarias; siendo, aplicable para tales efectos las normas especiales sobre vinculación y grupos económicos aprobadas mediante Resolución SBS N° 445-2000 y Resolución CONASEV N° 090-2005-EF/94.10 y sus modificatorias."

111. En ese sentido, y en concordancia con lo establecido en dichos D.S. no habría impedimentos en adoptar una política de topes aplicables a los grupos económicos presentes en la banda de 2.6 GHz.



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

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

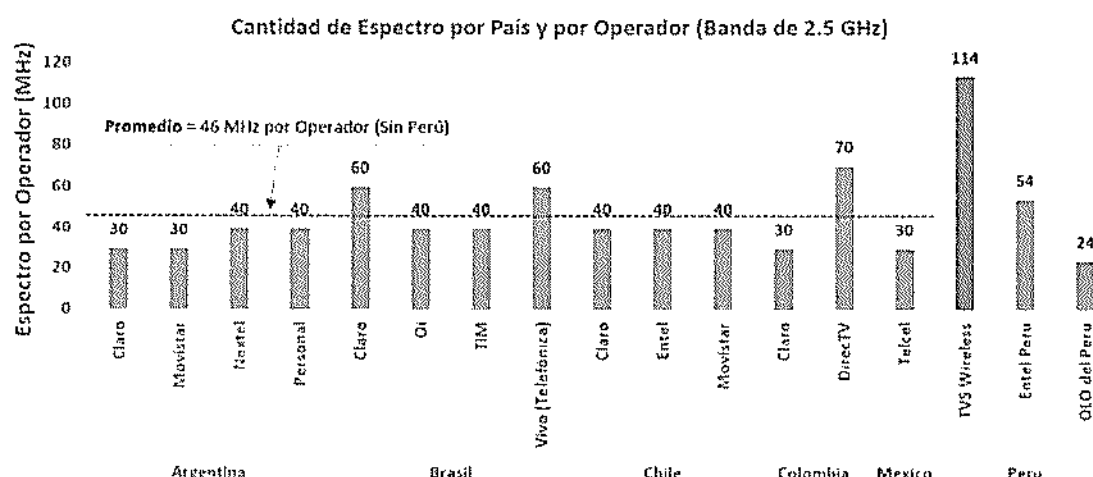
- **La evidencia a nivel internacional muestra que en la mayoría de casos la asignación ha sido en cantidades iguales o inferiores a 20+20 MHz FDD.**

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

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

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

Figura N° 6 Asignaciones de la banda de 2.6 GHz en la región



Fuente: Cullen International. Elaboración: GPRC-OSIPTEL.





INFORME

N° 00216-GPRC/2017

Página 33 de 63

116. Es conveniente resaltar el paralelo con las asignaciones en la banda AWS a nivel de la región, donde se ha observado que las cantidades asignadas han sido de 10+10 MHz y 15+15 MHz²⁴ con la excepción de Paraguay²⁵.
117. En ese sentido, el *benchmark* evidencia que las asignaciones de cantidades de 20+20 MHz en la banda de 2.6 GHz, han sido considerados como suficientes por las distintas administraciones, para que los operadores puedan realizar despliegues y casos de negocio en los distintos países observados.
- **La evidencia a nivel internacional muestra múltiples casos de negocio en grandes metrópolis, con anchos de banda iguales o menores a 20+20 MHz en 2.6 GHz**
118. El uso de la banda de 2.6 GHz está destinada para atender zonas altamente densas, con alta concurrencia de usuarios y con altas demandas de tráfico²⁶.
119. Más aún, los diseños de las subastas de espectro en esta banda, que han considerado en su mayoría la asignación de bloques de 20+20 MHz, revelan que la valorización de los bloques subastados se estimó considerando que esta cantidad de espectro atendería a millones de usuarios en las zonas más densas de los países²⁷.

24

Asignaciones en la banda AWS en países de la región.

País	Operador	1.7/2.1 GHz - AWS (MHz)
Colombia (2013)	Comcel (América Móvil)	—
	Movistar	15-15
	Tigo-ETB	15-15
	UNE (EPS)	—
	Direct TV	—
	Avantel	15-15
	Otras (GSM)	—
México (2010)	Telcel (América Móvil)	15-15
	Movistar	5-5
	Eurocell	—
	Nestel	15-15
Argentina (2014)	Movistar	15-15
	Claro	15-15
	Personal	15-15
	Axcel (Estatal)	—
	Nestel	—
	Nuestro (GSM)	—
	Aldak	15-15

²⁵ La excepción es Paraguay donde se habilitaron bloques de 20+20 MHz.

²⁶ Ver GSMA: <https://www.gsma.com/latinamerica/capacity-for-urban-areas-the-2-6-ghz-band-is-ideal>;

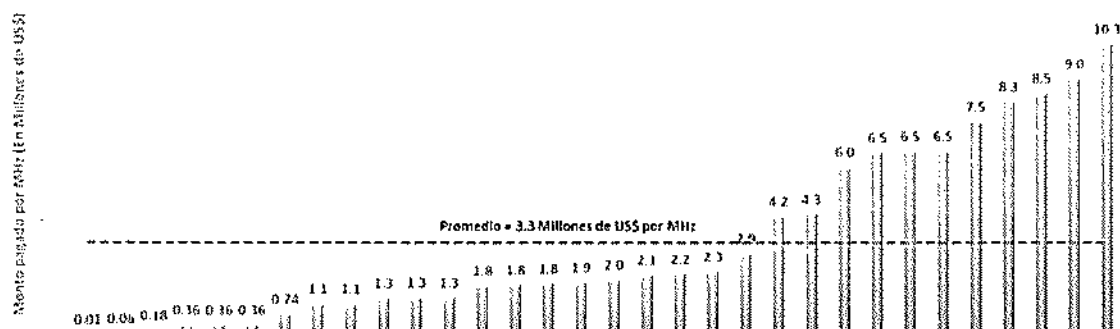
Ver "The Telecommunications Handbook: Engineering Guidelines for Fixed, Mobile and Satellite Systems", Jyrki T. J. Penttinen, 2015, Wiley.

²⁷ En efecto, la valorización del espectro (US\$/MHz) está en función a muchas variables, siendo una de las variables principales el tamaño del mercado a ser atendido. Para ello, se requiere realizar proyecciones de mercado que permitan conocer la cantidad de usuarios que podrán ser atendidos en dicha banda. Usualmente, las proyecciones estimadas pueden resultar en millones de usuarios, dependiendo del tamaño del mercado objetivo de cada país. En esa línea, mientras más grande sea el mercado, más alto sería el valor del espectro.



120. Así, de acuerdo con información reportada por Cullen International, en promedio se ha pagado US\$ 3.3 millones por cada MHz de espectro subastado en la banda de 2.6 GHz. En particular, se ha identificado pagos que van desde US\$ 10.3 mil, hasta US\$ 10.3 millones por MHz, tal como se muestra en la Figura N° 9.

Figura N° 7 Pagos por espectro en la Banda de 2.5 GHz



Fuente: Cullen International. Elaboración: GPRC-OSIPTEL.

121. En esa línea, la indagación internacional evidencia que hay operadores que han podido realizar despliegues LTE importantes y construir casos de negocio exitosos con cantidades iguales o inferiores a 20+20 MHz en la banda de 2.6 GHz. Tal es el caso del operador Claro en Colombia, el cual ha desplegado su red móvil 4G-LTE utilizando únicamente una asignación de 15+15 MHz en la banda de 2.6 GHz, consiguiendo una participación de mercado del 49.34% al 2016-IV²⁸.

122. A manera de ejemplo, países que presentan ciudades dentro de la lista de las 1000 ciudades más densas de mundo²⁹ (v.g. Estocolmo en Suecia, San Pablo en Brasil, Medellín en Colombia, Buenos Aires en Argentina, Santiago en Chile) han optado por subastar espectro en 2.6 GHz y en cantidades típicas de 20+20 MHz, las cuales vienen siendo utilizadas por los operadores para atender dichas zonas, tal como se puede observar en el ANEXO B.

Dicho valor podría ser cobrado en base a una suma monetaria o en base a obligaciones que asuma el adjudicatario frente al Estado.

²⁸ Según las estadísticas del MINTIC.

²⁹ Mayor detalle en: <http://www.demographia.com/db-worldua.pdf>





INFORME

N° 00216-GPRC/2017
Página 35 de 63

123. Asimismo, la evidencia internacional muestra que con 10+10 MHz de espectro para LTE los operadores pueden brindar ofertas comerciales con velocidades nominales de hasta 20 Mbps, 35 Mbps y 75 Mbps, y con velocidades esperadas entre 5 y 12 Mbps, 7 y 34 Mbps, y similares, de acuerdo al diseño de la red.
124. Del mismo modo, se ha observado que los desempeños reales de velocidad que experimentan los usuarios, con un ancho de banda de 10+10 MHz, pueden ser del orden de 8, 10 y hasta 15 Mbps, dependiendo del diseño de la red.
125. En ese sentido, desde el punto de vista de atender un mercado objetivo de alta concurrencia de usuarios, y de la factibilidad de realizar un caso de negocio en zonas urbanas con alta densidad, se aprecia que 20+20 MHz constituye una cantidad suficiente, por lo que un bloque mayor implicaría una barrera estratégica para el resto de competidores, así como competencia desleal al incurrir en menores costos por el acaparamiento del espectro.
- **El análisis tecnológico y de ingeniería de redes de la potencialidad de anchos de banda iguales o inferiores a 20+20 MHz, evidencia que dicha cantidad es adecuada para atender grandes demandas de tráfico y alta concurrencia de usuarios**
126. Ello se evidencia al analizar las potencialidades técnicas para anchos de banda iguales o inferiores a 20+20 MHz para LTE.
127. Desde el punto de vista de ingeniería de redes, de acuerdo a las capacidades de la tecnología LTE en sus versiones R8 y posteriores, por ejemplo, para un ancho de banda de 10+10 MHz, es técnicamente factible brindar velocidades sustancialmente superiores a las conseguidas en redes 3G, dado que con dicha cantidad de espectro, es posible alcanzar velocidades pico teóricas de hasta 75 Mbps por sector de un eNodeB.
128. Para comprobar la suficiencia de brindar servicios móviles con un ancho de banda de 20+20 MHz, se ha realizado una estimación empleando un modelo estándar de dimensionamiento de redes móviles 4G LTE, y para la provincia de Lima y Callao (ver ANEXO E) para el caso de un operador hipotético que solo cuenta con 20+20 MHz de espectro en la banda de 2.6 GHz.
129. Los supuestos generales del modelo son:
- Área de Cobertura: Lima Metropolitana (Todos los distritos de la Provincia de Lima y la Provincia Constitucional del Callao)
 - Espectro disponible: **únicamente 20+20 MHz en la banda de 2.6 GHz.**



- Cada EBC tiene 3 sectores.
- Cada sector implementa un Ancho de Banda de 20+20 MHz (FDD: Duplexaje por División de Frecuencia)
- Uso de 4G LTE con tecnología MIMO 2 x 2 (Multiple Input Multiple Output).
- Eficiencia espectral de 1.4 bps/Hz/celda³⁰.
- Tráfico en la hora pico = 15%
- Mercado objetivo: 25% de la población (2'482,097 usuarios).
- Consumo promedio por usuario: Se muestran diversos escenarios, desde 500 MB/mes hasta 20 GB/mes.
- Porcentaje de GB usados para la descarga = 70% de la bolsa de GB del plan contratado.

130. Los resultados del modelo se muestran en la Tabla N° 1.

Tabla N° 1. Resultados del Modelo.

Planes	EBC Requeridas	Usuarios Atendidos	Usuarios/MHz
0.5 GB/mes	235	2.5 millones	62 mil/MHz
1 GB/mes	471		
2 GB/mes	941		
5 GB/mes	2,353		
10 GB/mes	4,707		
15 GB/mes	7,060		
20 GB/mes	9,414		

131. Como se puede apreciar, en todos los casos, con la cantidad de 20+20 MHz es suficiente para atender al 25% de la población de Lima Metropolitana (2.5 millones), con lo cual se obtiene un índice de 62 mil usuarios/MHz. Como es evidente, ello no implica que no se puedan atender más usuarios. Es preciso señalar que la cantidad de EBC requeridas para atender de forma exitosa a sus usuarios está en función a la cantidad de GB/mes consumido por cada usuario.

132. Con relación a la cantidad de infraestructura necesaria, de acuerdo a los reportes de las empresas operadoras al OSIPTEL, al trimestre 2017-I, en Lima Metropolitana existen 6,182 EBC. En ese sentido, los valores de EBC obtenidos en la Tabla N° 1 están en el orden de los despliegues actuales por parte de los operadores en Lima y Callao, siendo que se está considerando a un operador hipotético que solo tiene espectro en la banda de 2.6 GHz y que además tiene una cuota del 25% del total de la población de Lima Metropolitana.

³⁰ 4G Americas indica que la eficiencia de la tecnología LTE con MIMO 2x2 es de 1.4 bps/Hz/Cell.



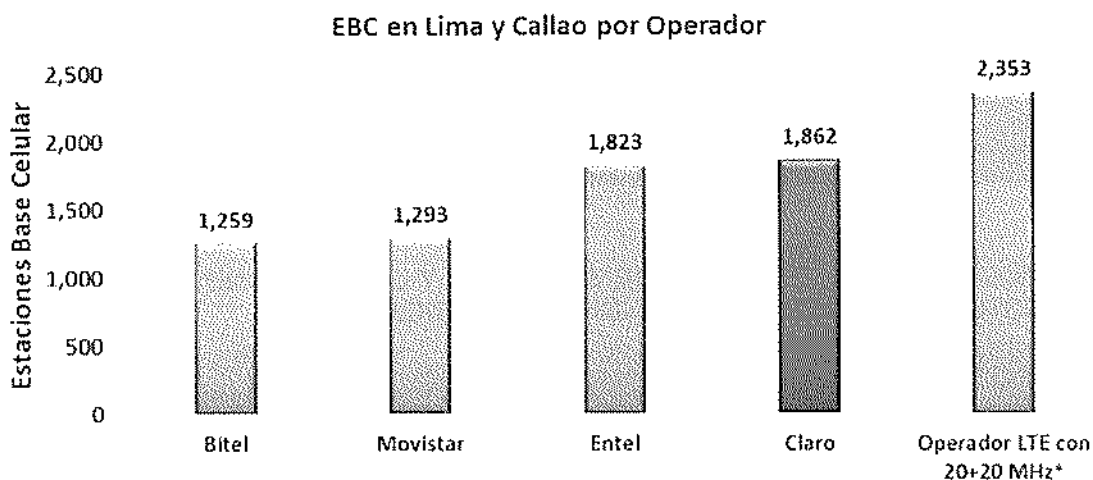


INFORME

N° 00216-GPRC/2017
Página 37 de 63

133. Si un operador posee espectro adicional a los únicos 20+20 MHz que posee nuestro operador hipotético, la cantidad de infraestructura necesaria decrece de manera importante. Tal es el caso del Grupo América Móvil, quienes tienen además espectro en 1900 MHz, 700 MHz, entre otras bandas relevantes para el despliegue de 4G-LTE.

Figura N° 8. EBC por operador en Lima y Callao (2017-I)



Fuente: Empresas Operadoras. Elaboración: GPRC-OSIPTEL. * Se asume consumo promedio de 5 GB/Usuario.

134. Si se observa la cantidad de infraestructura desplegada por América Móvil al primer trimestre de 2017, esta empresa reportó 1,862 EBC. En ese sentido, la **asignación de 20+20 MHz en la banda de 2.6 GHz con esquema FDD para este operador resultaría suficiente para desarrollar un modelo de negocio viable**, toda vez que también dispone de espectro en otras bandas de frecuencia y considerando que ya dispone una cantidad significativa de EBC, en las cuales podría co-ubicar inmediatamente su equipamiento para operar en la banda de 2.6 GHz.

135. En virtud de lo visto en esta sección, se hace evidente que las cantidades asignadas a dos de los concesionarios de la banda en el Perú, a saber, TVS Wireless con 78 MHz (13 bloques de 6 MHz) y ENTEL con 54 MHz (9 bloques de 6 MHz) en Lima y Callao, resultan excesivas.

136. Finalmente, la cantidad resultante que poseería el Grupo América Móvil, de proceder las transferencias, sería de 138 MHz en Lima y Callao, cantidad que resulta excesiva e injustificada en virtud de lo visto en la presente sección.



iv) Canalización asociada al tope de espectro propuesto

137. Complementariamente al valor de los topes de espectro indicados en el acápite anterior, se recomienda que la banda de 2.6 GHz se canalice de la siguiente manera:

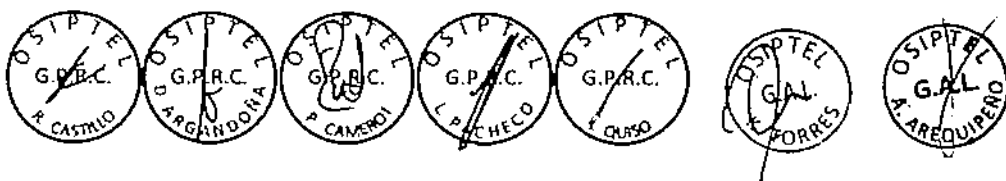
Figura Nº 9. Canalización de la banda de 2.6 GHz.

A1 (10 MHz)	A2 (10 MHz)	B1 (10 MHz)	B2 (10 MHz)	C1 (10 MHz)	C2 (10 MHz)	D (10 MHz)	E (50 MHz)		A1 (10 MHz)	A2 (10 MHz)	B1 (10 MHz)	B2 (10 MHz)	C1 (10 MHz)	C2 (10 MHz)	D (10 MHz)
-------------------	-------------------	-------------------	-------------------	-------------------	-------------------	---------------	------------	--	-------------------	-------------------	-------------------	-------------------	-------------------	-------------------	---------------

6.3 APLICACIÓN DE LOS TOPES DE ESPECTRO Y OBLIGACIONES ASOCIADAS AL ESPECTRO QUE MANTENDRÍA EL GRUPO AMÉRICA MÓVIL

138. Luego de aplicarse los topes de espectro propuestos, el Grupo América Móvil se quedaría con una cantidad de 20+20 MHz en la banda de 2.6 GHz. Como condición a la aprobación de la transferencia, se deberá establecer que la aplicación de los topes de espectro debe acompañarse de manera **obligatoria y complementaria** con las siguientes obligaciones de carácter conductual aplicables a la cantidad de 20+20 MHz que mantendrá el Grupo y que contribuirían a mitigar el problema sobre el proceso competitivo:

- Prohibición de transferir el recurso en los 3 primeros años.
- Obligaciones de acceso a los OSS (Operation Support Systems) de las empresas vinculadas al grupo Claro en todo el espectro operado por ese grupo.
- Obligaciones de Proveedor Importante (Uso compartido, reventa, etc.) en la infraestructura desplegada que utilice esta banda.
- Obligaciones de uso compartido (pasivo y activo, con o sin espectro compartido) de la infraestructura desplegada y *Roaming* nacional para el uso en esta banda.
- Supervisión del uso eficiente del recurso periódica, apenas las metas de uso se hayan modificado de acuerdo a una metodología objetiva y robusta de supervisión del uso eficiente. Para este fin el MTC, en un plazo de 3 meses en conjunto con el OSIPTTEL, elaborará dicha metodología.





INFORME

N° 00216-GPRC/2017
Página 39 de 63**6.4 ALTERNATIVAS PARA EL TRATAMIENTO DEL ESPECTRO EXCEDENTE****PRIMERA ALTERNATIVA:**

139. Claro revierte al Estado todo el excedente. En el caso de Lima y Callao dicho excedente es de 98 MHz. En el caso de Provincias es variable, dependiendo de la provincia en particular.
140. El Estado deberá realizar los debidos procesos de licitación para reasignar el excedente en función de las necesidades del mercado de telecomunicaciones. En esta alternativa no hay pago por compensación y es la que este organismo regulador y agencia de competencia recomienda, a pedido del MTC, dado que el reordenamiento del espectro en bloques de 20+20 MHz implica desde un punto de vista operativo para el grupo América Móvil una asignación superior a denegar la transferencia de espectro, dado que tal como está asignado en la actualidad, esto no permite un uso eficiente para los servicios móviles. En esta alternativa, las asignaciones quedarían tal como se describe en los siguientes numerales.

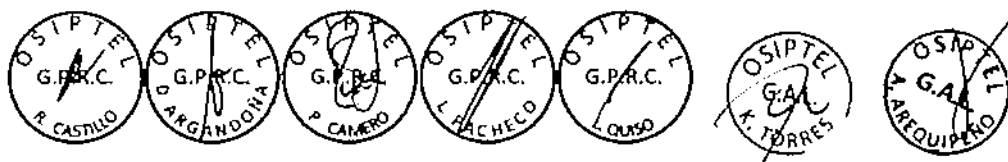
Solicitud de transferencia de espectro de la empresa Cablevisión S.A.C. a favor de la empresa TVS Wireless S.A.C.

141. Si se aprobara esta solicitud de transferencia de espectro, sin ninguna salvaguarda estructural, las asignaciones quedarían de la siguiente manera (Lima y Callao):

Tabla N° 2. Asignaciones en Lima y Callao en el supuesto que proceden las transferencias.

Grupo Económico	Operador	Total de Espectro
América Móvil	TVS WIRELESS	114 MHz
	OLO del Perú	24 MHz
Entel Perú	Entel Perú	54 MHz

142. Como se aprecia, el Grupo América Móvil llegaría a controlar directamente 138 MHz en Lima y Callao. Así, de aplicarse los topes propuestos como salvaguardas, correspondería que el grupo América Móvil devuelva 98 MHz, y la cantidad de espectro remanente debería acomodarse en configuración FDD en bloques de 20+20 MHz (construidos a partir de los canales de 10+10 MHz A1, A2, B1, B2, C1 y C2), que se muestran en la Figura N° 9.
143. Del mismo modo, luego de la aplicación de los topes, de manera complementaria el MTC debería realizar las acciones para que el Grupo Entel devuelva 14 MHz, siendo que los 40 MHz restantes deberían acomodarse en configuración FDD en bloques de 20+20 MHz (construidos a partir de los canales



de 10+10 MHz A1, A2, B1, B2, C1 y C2), que se muestran en la Figura N° 9. De esta forma, la banda sería reordenada y armonizada de acuerdo a los estándares internacionales, y quedarían aún disponibles tres (3) bloques de espectro de 10+10 MHz (FDD) y un bloque de 50 MHz TDD que podrían ser licitados de acuerdo a la planificación del MTC.

144. Para todos los casos, luego de haberse reacomodado las asignaciones de los concesionarios, corresponderá que el MTC realice las acciones de supervisión del uso eficiente del recurso periódica, inmediatamente después de definirse la nueva metodología de supervisión de metas de uso se haya modificado de acuerdo a criterios objetivos y robustos de supervisión del uso eficiente. Para este fin el MTC, en un plazo de 3 meses en conjunto con el OSIPTEL, elaborará dicha metodología.

Solicitud de transferencia de espectro de la empresa Velatel Perú S.A.C. a favor de la empresa Olo del Perú S.A.C. y de la empresa TC Siglo 21 a favor de TVS Wireless S.A.C.

145. El espectro materia de la solicitud de la empresa Velatel Perú S.A.C. a favor de la empresa Olo del Perú S.A.C. es el siguiente: En las provincias de Trujillo y Chiclayo Velatel posee 24 MHz, mientras que en las provincias de Ica, Santa, Piura, Arequipa, Cusco y Huánuco, posee 22 MHz de espectro.
146. El espectro materia de la solicitud de la empresa TC Siglo 21 a favor de TVS Wireless S.A.C. es el siguiente: En las provincias de Trujillo y Chiclayo TC Siglo 21 posee 36 MHz; mientras que en las provincias de Provincias de Arequipa, Piura, Santa, Cusco, Maynas, Ica, Cajamarca, Huancayo, Cañete, Huánuco, Coronel Portillo, San Martín, Huarochirí, San Román, Barranca, Tacna, Huaraz, Mariscal Nieto y Huaura, posee 33 MHz de espectro.

147. Las disposiciones de frecuencia se aprecian a continuación:



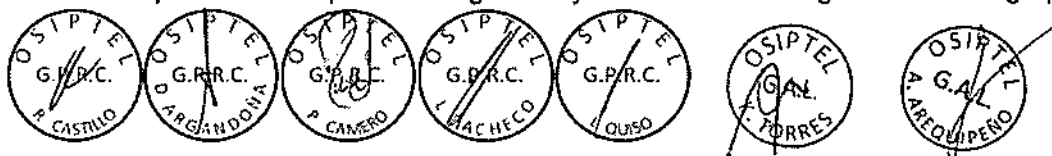
Tabla N° 2. Asignaciones en provincias en el supuesto que proceden las transferencias.

Grupo Económico	Operador	Total de Espectro	Provincias
América Móvil	Olo del Perú	44 MHz	Ica, Santa, Piura, Arequipa, Cusco y Huánuco
	Olo del Perú	48 MHz	Trujillo y Chiclayo
	TVS Wireless	33 MHz	Arequipa, Piura, Santa, Cusco, Maynas, Ica, Cajamarca, Huancayo, Cañete, Huánuco, Coronel Portillo, San Martín, Huarochirí, San Román, Barranca, Tacna, Huaraz, Mariscal Nieto y Huaura
	TVS Wireless	36 MHz	Trujillo y Chiclayo
Entel Perú	Entel Perú	16.5 MHz	Arequipa, Piura, Santa, Cusco, Ica, Cajamarca, Huancayo, Cañete, Huarochirí, San Román, Barranca, Tacna, Huaraz, Mariscal Nieto y Huaura
		12 MHz	Trujillo y Chiclayo
Cotel	Cotel	24 MHz	Trujillo y Chiclayo
		22 MHz	Arequipa, Piura, Santa, Cusco, Maynas, Ica, Cajamarca, Huancayo, Cañete, Coronel Portillo, San Martín, Tacna, Huaraz, y Huaura
		33 MHz	San Román, Huánuco y Mariscal Nieto.

149. Como se aprecia, el grupo económico América Móvil (Olo del Perú y TVS Wireless) llegaría a poseer 84 MHz en Trujillo y Chiclayo; 77 MHz en Ica, Santa, Piura, Arequipa, Cusco y Huánuco; y 33 MHz en el resto de provincias. Por su lado, Entel Perú, tendría 16.5 MHz o 12 MHz dependiendo de las provincias. Por su lado, Cotel tendría 22, 24 o 33 MHz dependiendo de las provincias.

150. Por el contrario, de aplicarse los topes propuestos como salvaguardas, correspondería que el grupo América Móvil devuelva el excedente de espectro para ajustarse al tope. No obstante, con el fin de uniformizar su asignación, de acuerdo a la armonización internacional de la banda, en las provincias donde cuenta con 33 MHz, se recomienda redondear este valor a 40 MHz. Así, la cantidad de espectro remanente de América Móvil debería acomodarse en configuración FDD en bloques de 20+20 MHz (construidos a partir de los canales de 10+10 MHz A1, A2, B1, B2, C1 y C2), que se muestran en la Figura N° 9.

151. Del mismo modo, correspondería al MTC realizar las acciones complementarias para homogenizar y armonizar las asignaciones del grupo Entel,





INFORME

N° 00216-GPRC/2017
Página 43 de 63

para el cual se recomienda que se le asigne el bloque D de 10 +10 MHz en todas las provincias donde cuenta con asignación, y ello para salvaguardar la contigüidad de los bloques que se conformen con los otros canales.

152. En el caso de Cotel y dado su escaso despliegue y cuota de mercado, se sugiere asignarle un bloque de 10+10 MHz en todas las provincias donde tiene presencia.
153. Finalmente, para todos los casos, luego de haberse reacomodado las asignaciones de los concesionarios, corresponderá que el MTC realice las acciones de supervisión del uso eficiente del recurso periódica, inmediatamente después de definirse la nueva metodología de supervisión de metas de uso se haya modificado de acuerdo a criterios objetivos y robustos de supervisión del uso eficiente. Para este fin el MTC, en un plazo de 3 meses en conjunto con el OSIPTEL, elaborará dicha metodología.

SEGUNDA ALTERNATIVA:

154. Si el MTC no considera viable la alternativa 1, se recomienda que sobre el espectro excedente, 98MHz para Lima y Callao y los correspondientes excedentes en Provincias, el Estado deberá realizar un proceso de subasta para la asignación de dicho espectro a operadores móviles interesados. Dicho monto recaudado deberá destinarse a las arcas de recaudación del Estado.
155. En este escenario se contempla una compensación al Grupo Económico Claro.
156. Para el cálculo de esta compensación al grupo Claro, este monto se deberá calcular tomando como base el valor del espectro correspondiente a su uso en servicios portadores (dado que el espectro materia de transferencia está asignado para servicios portadores) o estableciendo un porcentaje del valor obtenido en el monto de la subasta a operadores móviles. Esta alternativa sería consistente con algunas prácticas internacionales (EEUU).
157. El OSIPTEL recomienda como primer mejor la alternativa 1 y como segundo mejor la alternativa 2.
158. Como se señaló anteriormente, la alternativa 1 es la que, a nuestro parecer, mitigaría (mas no eliminaría) en mayor medida las distorsiones sobre la competencia si se aprueban las transferencias³¹. Sin embargo, dado que las salvaguardas pueden ser también del tipo conductual, se presenta a continuación un ejemplo de

³¹ Cabe resaltar que tanto la alternativa 1 como la 2 deberían acompañarse de obligaciones del tipo conductual para mitigar la afectación sobre el proceso competitivo.



este tipo de alternativa y las razones por las que estas salvaguardas de tipo conductual no deberían aplicarse bajo ninguna circunstancia.

159. Las salvaguardas de tipo conductual están sujetas a altos costos de supervisión, pues su cumplimiento debe ser constantemente monitoreado por la autoridad competente. Si bien puede existir algún impacto positivo, este queda sin efecto debido a los altos costos de implementación, operativos y de supervisión por parte del Estado, incluso corriendo el alto riesgo de posibles incumplimientos o fallas de detección de conductas no apropiadas, las cuales alterarían gravemente las condiciones de competencia en el mercado, dada la consolidación de la posición de dominio con la que contaría el grupo Claro y posibles escenarios de conductas de competencia no igualitaria dada gran cantidad de espectro controlada por este Grupo económico.

160. Una salvaguarda de tipo estructural que se aplica una única vez permite mitigar en mayor medida el problema, pues reduce la afectación a la dinámica competitiva. Por el contrario, una solución conductual pura, mantiene la estructura, por lo que un grupo económico como Claro podría abusar de su posición dominante. Esto es advertido por la OECD (2001)³²:

"...behavioural policies, unlike structural policies, do not eliminate the incentive of the regulated firm to restrict competition ... despite the best efforts of regulators, regulatory controls of a behavioural nature, which are intended to control the ability of an integrated regulated firm to restrict competition, may result in less competition than would be the case if the regulated firm did not have the incentive to restrict competition."

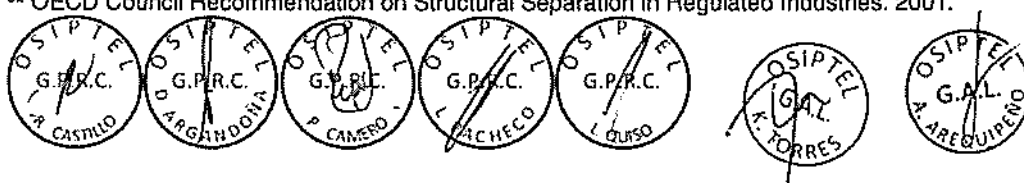
161. Así, las alternativas presentadas a continuación están sujetas a monitoreo, así como a un grave riesgo de incumplimiento, dada la consolidación de la posición de dominio con la que contaría el grupo Claro.

TERCERA ALTERNATIVA:

162. Sobre el espectro excedente (98MHz), el Estado establecerá la obligación de que el Grupo América Móvil alquiler todo este espectro, en bloques máximos de 10+10 MHz, a los operadores interesados en condiciones igualitarias, no discriminatorias y a precios razonables, que serán, de ser necesario, regulados por el OSIPTEL.

163. En este caso, se deberá establecer que un porcentaje de dicho precio cobrado por el alquiler del recurso, deberá ser destinado al Estado.

³² OECD Council Recommendation on Structural Separation in Regulated Industries. 2001.





INFORME

N° 00216-GPRC/2017
Página 45 de 63

164. Estos acuerdos deberán ser comunicados al OSIPTEL y al MTC, esto implica que todos los desacuerdos entre los operados relacionados a este mecanismo serán resueltos por OSIPTEL vía mandato de compartición.
165. EL OSIPTEL no recomienda esta alternativa pues consolidaría el control parcial de este espectro de 98 MHz en el grupo América Móvil.
166. Para efectos de la implementación de la alternativa referida al Alquiler de Frecuencias, el MTC delegaría al OSIPTEL parte de las funciones que le corresponden como autoridad que administra el espectro, toda vez que la emisión del mandato de alquiler implicaría la modificación de las características técnicas contenidas en la respectiva resolución de asignación de espectro. Dicha delegación de funciones del MTC al OSIPTEL se ejecutaría conforme a lo previsto en el inc. 17 del Art. 75 y el inc. 12 del Art. 77 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones.

CUARTA ALTERNATIVA:

167. Sobre el espectro excedente (98MHz), el Estado establecerá al Grupo América Móvil las siguientes obligaciones del tipo conductual:
- Prohibición de transferir el recurso en los 3 primeros años.
 - Obligaciones de acceso a los OSS (Operation Support Systems) de las empresas vinculadas al grupo Claro en todo el espectro operado por ese grupo.
 - Obligaciones de Proveedor Importante (Uso compartido, reventa, etc.) en la infraestructura desplegada que utilice esta banda.
 - Obligaciones de uso compartido (pasivo y activo, con o sin espectro compartido) de la infraestructura desplegada.
 - Supervisión del uso eficiente del recurso periódica, apenas las metas de uso se hayan modificado de acuerdo a una metodología objetiva y robusta de supervisión del uso eficiente. Para este fin el MTC, en un plazo de 6 meses en conjunto con el OSIPTEL, elaborará dicha metodología.
 - Obligación de dar Roaming Nacional en dicha banda a los operadores interesados en condiciones igualitarias, no discriminatorias y a precios razonables, que serán, de ser necesario, reguladas por el OSIPTEL.
168. Respecto a los ingresos producto de la oferta de Roaming y de uso compartido, se deberá establecer que un porcentaje de dicho precio cobrado, deberá ser destinado al Estado. Estos acuerdos deberán ser comunicados al OSIPTEL, en este sentido, los desacuerdos entre los operados relacionados a este mecanismo serán resueltos por OSIPTEL vía mandato.



169. En caso la empresa no hubiese desplegado infraestructura, lo que le impediría ejecutar las ofertas obligatorias antes mencionadas, en este caso se debería establecer que es exigible el alquiler del espectro. Adicionalmente los demás operadores o grupos empresariales podrán optar entre pedir Roaming o pedir compartición pasiva o activa, con o sin espectro. Cualquier desacuerdo entre las partes deberá ser resuelto por el Osiptel vía mandato.

170. EL OSIPTEL no recomienda las alternativas 3 y 4 pues consolidaría el control de este espectro de 98 MHz en el grupo América Móvil.

171. Para efectos de la implementación de la alternativa referida al Roaming, el OSIPTEL ejercería las facultades atribuidas por el Decreto Legislativo N° 1021, en el cual se ha previsto el establecimiento de obligaciones para el acceso a elementos de red.

VIII. ACCIONES QUE PUEDE ADOPTAR EL MTC INDEPENDIENTEMENTE DEL PROCEDIMIENTO DE TRASFERENCIA DE CONCESIONES Y ASIGNACIONES

8.1 Reversión del Espectro por Uso Ineficiente de un Recurso Escaso

172. Conforme al texto expreso del inc. 1 del Art. 218 del TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, **al MTC le corresponde revocar parcial o totalmente las asignaciones de espectro cuando detecte y determine –previo un debido procedimiento- la existencia de alguna de las dos (2) causales que la norma ha establecido con carácter independiente:**

- (i) El incumplimiento injustificado de metas de uso; ó,
- (ii) El uso ineficiente de un recurso escaso.

Cfr.:

“Artículo 218.- Causales de reversión del espectro al Estado

El espectro asignado para servicios públicos, revertirá al Estado en los siguientes casos:

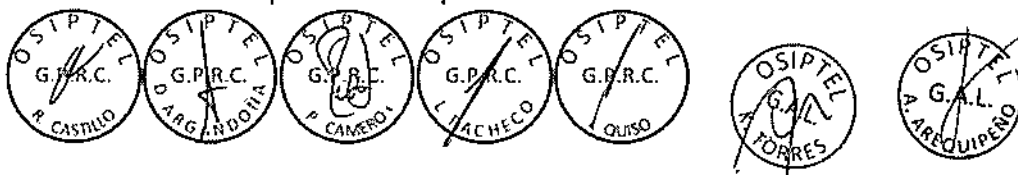
1. Por revocación parcial o total de la asignación, debido a incumplimiento injustificado de metas de uso de espectro o cuando se trate de un recurso escaso y exista un uso ineficiente del mismo.

(...)

El Ministerio, de ser el caso, mediante Resolución Ministerial, establecerá los términos y condiciones en los que se efectuarán los procesos de reversión.

En ningún caso procederá el desembolso de suma alguna a favor de la concesionaria.”

173. Bajo este marco legal, aun cuando no fuera posible aplicar la causal (i) de incumplimiento de metas de uso, igualmente resulta legalmente viable la reversión del espectro por la causal (ii), siendo que en el caso de las asignaciones de espectro que ostentan las empresas del Grupo Claro en la Banda de 2.6 GHz, se ha podido evidenciar que las empresas titulares han venido efectuando **un uso**





INFORME

N° 00216-GPRC/2017
Página 47 de 63

absolutamente ineficiente del espectro asignado, el cual constituye un recurso especialmente escaso.

174. En efecto, sobre la base de los hallazgos descritos en nuestros Informes Finales N° 166-GPRC/2017 y N° 168-GPRC/2017 –previamente remitidos al MTC-, en el ANEXO B del presente Informe se desarrolla el **sustento técnico que permite evidenciar la existencia de los dos elementos que configuran la causal (ii) para la reversión de espectro: el uso ineficiente de un recurso escaso.**
175. Finalmente, cabe resaltar que, tratándose de una norma autónoma, el MTC tiene la facultad legal para tramitar y disponer en cualquier momento la reversión de espectro por la causal señalada, independientemente de cualquier procedimiento de transferencia de concesiones y asignaciones.

8.2 Infracción Muy Grave por Uso de Frecuencias No Autorizadas

176. De acuerdo a los hallazgos descritos en la Subsección E.3 del Anexo E de nuestros Informes Finales N° 166-GPRC/2017 y N° 168-GPRC/2017 –previamente remitidos al MTC-, y tal como se desarrolla en el ANEXO C del presente Informe, **ha quedado evidenciado que la empresa América Móvil Perú S.A.C. (Claro) viene operando su Servicio Móvil haciendo uso de las frecuencias que tienen asignadas las empresas TVS Wireless y Cablevisión para operar el Servicio Portador Local, siendo que la empresa Claro sólo está autorizada a utilizar las frecuencias que expresamente el MTC le ha asignado para la prestación de dichos servicios móviles.**
177. Por tanto, sobre la base de estos hallazgos, **corresponde al MTC determinar las acciones fiscalizadoras y sancionadoras pertinentes contra la empresa Claro, por la presunta comisión de la INFRACCIÓN MUY GRAVE tipificada en el Art. 87 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones:**
- “Artículo 87.- Constituyen infracciones muy graves:**
(...)
2). La utilización del espectro de frecuencia radioeléctrica sin la correspondiente autorización o concesión o el uso de frecuencias distintas de las autorizadas.
(...)”
178. Con el eventual inicio del procedimiento administrativo sancionador por dicha Infracción Muy Grave, el MTC podrá adoptar además las medidas cautelares que considere necesarias, conforme a lo previsto en el Art. 264 del TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones:

“Artículo 264.- Medidas cautelares

De conformidad con los artículos 96, 97 y 98 de la Ley, la autoridad puede disponer la adopción de medidas cautelares tales como la incautación, la clausura provisional, la



suspensión provisional de la concesión o autorización o el decomiso, para aquellos casos donde se presuma la comisión de una infracción calificada como muy grave.

179. Paralelamente, sobre la base de los mismos hechos, **corresponde al MTC determinar también las medidas pertinentes contra las empresas TVS Wireless y Cablevisión**, siendo que dichas empresas vienen usando las frecuencias que tienen asignadas en la Banda de 2.6 GHz para fines distintos a los autorizados por el MTC, **incumpliendo así la prohibición legal expresamente establecida en el Art. 213 del precitado Reglamento** y alterando las características técnicas establecidas en sus respectivas resoluciones de asignación de espectro, las cuales expresamente establecen que **dichas frecuencias han sido asignadas para la prestación del Servicio Portador Local**:

"Artículo 115.- Contenido del contrato de concesión y la resolución de autorización
El contrato de concesión y la resolución de autorización deberán contener, entre otros, las características técnicas específicas de operación de los servicios autorizados y el plazo para realizar la instalación de los mismos, así como los sistemas que sean necesarios para la prestación del servicio.

En el caso de servicios públicos que utilicen medios radioeléctricos, dichas características técnicas estarán contenidas en la respectiva resolución de asignación de espectro.

Los titulares de concesiones y autorizaciones de servicios de telecomunicaciones no podrán modificar las características técnicas de operación de los servicios respectivos sin previa autorización del Ministerio."

"Artículo 213.- Modificación de características técnicas

No son modificables las características de instalación y operación autorizadas para el uso o explotación de frecuencias, la potencia de transmisión y otros parámetros técnicos relativos al uso del espectro radioeléctrico, si antes no se obtiene la correspondiente aprobación del Ministerio. Asimismo, está prohibido usar la frecuencia asignada para fines distintos a los autorizados.

IX. CONCLUSIONES

En los últimos años, se ha realizado una serie de recomendaciones de política de manejo de espectro que permitan un uso eficiente del mismo, ello considerando que se trata de un insumo esencial para proveer servicios de telecomunicaciones, el cual impacta directamente en la competencia.

Nos ratificamos en nuestra posición de que las transferencias materia de evaluación generarían una grave distorsión a la competencia por la alta participación del grupo Claro en el mercado, así como por el control del espectro en bandas altas, que a su vez representa una barrera estratégica para el resto de competidores, los cuales no pueden acceder a espectro adicional.

En el supuesto de que se aprueben las transferencias, una salvaguarda estructural que contemple la reversión del espectro en bandas altas por parte del grupo Claro mitigaría de forma parcial los perjuicios al proceso competitivo identificados, especialmente si es



 EL REGULADOR DE LAS TELECOMUNICACIONES	
INFORME	N° 00216-GPRC/2017 Página 49 de 63

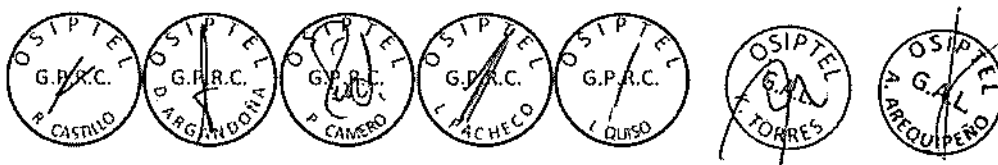
acompañada de forma complementaria de salvaguardas conductuales que, una vez que el grupo Claro deje de controlar el grueso del espectro en la banda de 2.6 GHz, permitan reducir problemas en el proceso competitivo ocasionados por la aprobación de las transferencias.

Si bien existe la posibilidad de salvaguardas conductuales puras, el OSIPTEL no recomienda este tipo de salvaguarda debido a sus altos costos de supervisión y a que los beneficios que se reportaría serían significativamente menores a salvaguardas estructurales, pues se considera que el acaparamiento del espectro mantendría la afectación a la competencia, siendo altamente probable que el grupo Claro abuse de su posición de dominio impidiendo el acceso al espectro materia de las transferencias.



ANEXO A.

Ver Informe Legal emitido por el reconocido jurista especialista en Derecho Administrativo, Dr. Christian Guzmán Napurí (adjunto al presente)



		OSIPTEL 60 2959
INFORME	N° 00216-GPRC/2017 Página 51 de 63	

ANEXO B. Sustento técnico que permite evidenciar la existencia de los dos elementos que configuran la causal (ii) para la reversión de espectro: el uso ineficiente de un recurso escaso

Acerca del Recurso Escaso:

- La Banda de 2.6 GHz corresponde a un recurso escaso, toda vez que cuenta con un total de 190 MHz (70+70 MHz para ser usados en configuración FDD y 50 MHz para ser usado en configuración TDD). Así, el MTC debe implementar sus políticas de espectro de tal forma que en dicha cantidad de Ancho de Banda se cuente con un número adecuado de operadores participantes.
- Desde el punto de vista técnico y como se detalló en el cuerpo del presente Informe, con 20+20 MHz, un operador puede desarrollar un modelo de negocio exitoso.
- A nivel internacional, la Banda de 2.6 GHz cuenta con un ecosistema maduro, y es así que a la fecha es una de las bandas más usadas para el despliegue de redes IMT, tales como LTE.
- De manera adicional usar esta banda para servicios móviles avanzados como LTE está de acorde a las mejores prácticas internacionales y a las recomendaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, CITEL, entre otros.
- En ese sentido, esta banda de espectro debería ser aprovechada al máximo, y urge que el Estado peruano tome acciones de tal forma de asignar este recurso escaso de forma más eficiente, tal como se recomienda en el presente informe.
- Una adecuada política de gestión de la Banda de 2.6 GHz permitiría que los operadores ofrezcan el servicio banda ancha móvil con mejores prestaciones. En efecto, dadas las características radioeléctricas de la banda, tiene potencialidad para ser usada en zonas de alta demanda de tráfico.

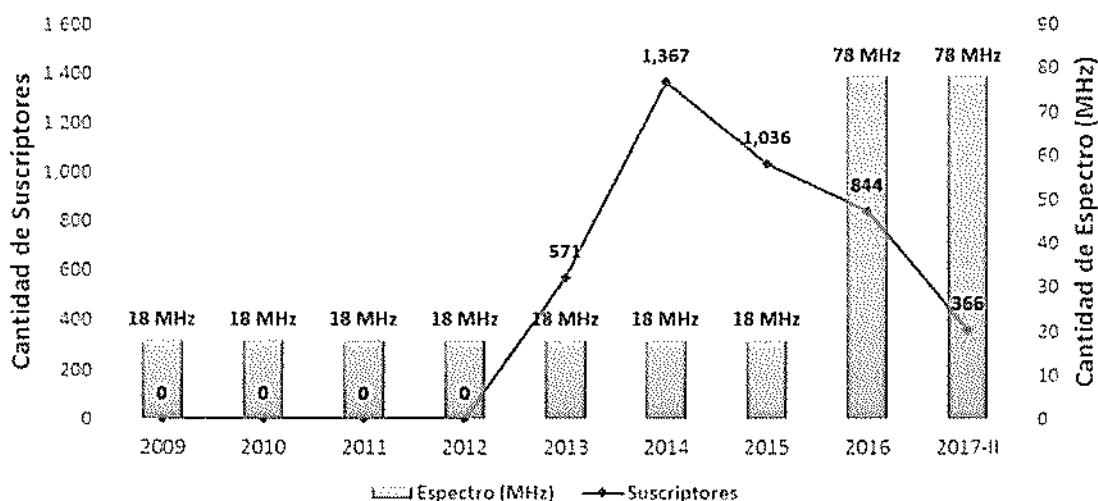
Acerca del Uso No Eficiente:

- El estado actual de la Banda de 2.6 GHz evidencia un uso no eficiente de la banda, toda vez que algunos operadores poseen un gran ancho de banda, mientras que el número de usuarios es reducido.
- Tal como se ha demostrado en el presente informe, los operadores que tienen espectro en la Banda de 2.6 GHz, pese a tener un monto considerable de Ancho de Banda, el número de clientes es reducido y en muchos casos ha disminuido a lo largo de los años.
- La implementación de tecnologías como LTE, permite hacer un re-uso unitario del espectro, lo cual permite que la cantidad de usuarios atendidos por MHz (Usuarios/MHz) dependa de la infraestructura (torres para montar las EBC). Es decir, mientras el operador despliegue más EBC (mayor densidad de EBC = número de EBC/Km²), podrá atender a más usuarios con la misma cantidad de espectro.

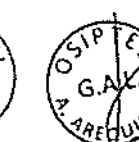


- Como ha sido evidenciado en los Informes N° 161-GPRC/2017, 162-GPRC/2017, 166-GPRC/2017 y 168-GPRC/2017, consideramos que no se han establecido los mecanismos correctos para determinar las metas de uso, lo cual ha llevado a que el espectro no sea utilizado de forma adecuada en la banda de 2.6 GHz. En particular, en los gráficos a continuación puede observarse que al segundo trimestre de 2017 y según información reportada por los propios operadores, las dos empresas que solicitan transferencia de espectro no hacen uso eficiente del espectro que tienen actualmente asignado. Así, TVS Wireless, pese a haber incrementado su espectro en 233%, contó con únicamente 4 usuarios por MHz asignado, mientras que Olo contó con 7 usuarios por MHz asignado en Provincias.

Evolución de espectro y suscriptores de TVS Wireless



Fuente: Reportes de TV Wireless, MTC. Elaboración: GPRC-OSIPTEL.

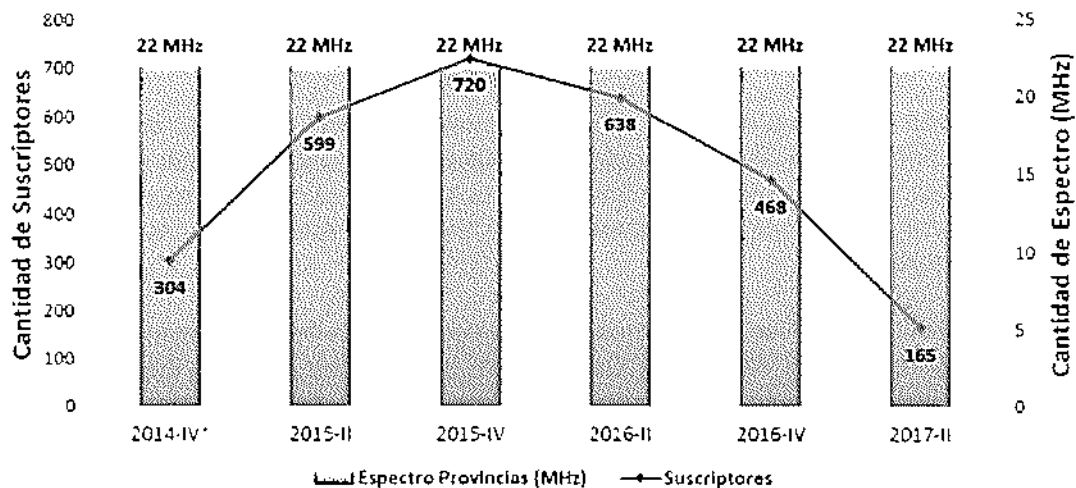




INFORME

N° 00216-GPRC/2017
Página 53 de 63

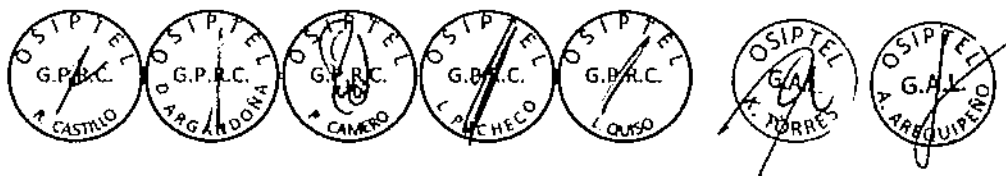
Evolución de espectro y suscriptores de OLO (Provincias)



Fuente: Reportes de OLO, MTC. Elaboración: GPRC-OSIPTEL.

*El primer reporte de OLO para provincias es del 2014-IV.

- Por su naturaleza de recurso escaso, el espectro radioeléctrico debe ser asignado de manera eficiente. En este caso, no se ha mejorado las metas de uso establecidas ni se ha implementado una política de *Refarming* para revertir el espectro subutilizado, por lo que no se ha identificado un uso eficiente del espectro.



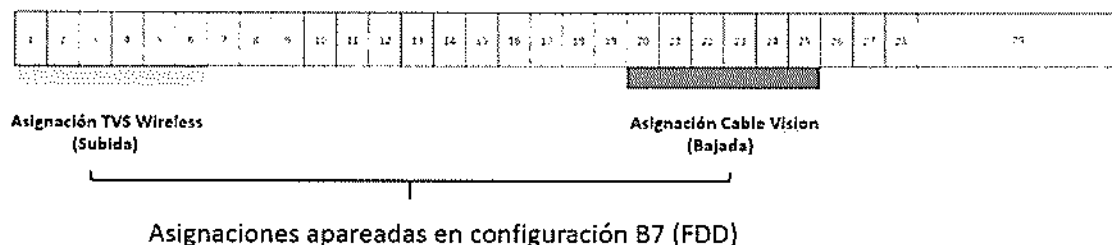
ANEXO C. Figuras “irregulares” de uso colaborativo de espectro entre las empresas vinculadas al Grupo América Móvil presentes en la Banda

C.1 Acuerdo de Comercialización de Tráfico entre TVS Wireless y Cablevisión

A pedido de la empresa Olo, se sostuvo una reunión el día 17 de abril de 2017, entre representantes de dicha empresa y funcionarios del OSIPTel, con el fin de que dicha empresa informe a este organismo sobre sus planes de cambios tecnológicos y físicos, y realizar además algunas consultas con relación al marco regulatorio de supervisión de la cobertura.

En dicha reunión, Olo informó que existe un acuerdo de comercialización de tráfico entre las empresas TVS Wireless y Cablevisión, y que dicho acuerdo fue autorizado por el MTC. Además, confirmaron que las empresas Olo, TVS Wireless y Cablevisión están vinculadas y pertenecen al mismo grupo económico, a saber, América Móvil³³. En específico, detallaron que dicho acuerdo permite que la asignación de TVS Wireless comprendida entre los canales 1 al 6 (2500 - 2536 MHz) pueda ser apareada con la asignación de Cablevisión comprendida entre los canales 20 al 25 (114 - 150 MHz), de manera que dicho arreglo les permitiría emplear la banda armonizada B7 para dichos segmentos.

Figura N° C.1. Asignaciones de TVS Wireless y Cablevisión



C.2 Evidencia del uso del espectro de TVS Wireless y Cablevisión por parte de la empresa Claro para la provisión de servicios móviles

Service Mode:

Para acceder al menú del *Service Mode*, en equipos Samsung, se tiene que marcar el siguiente código “*#0011#” (en equipos de otros fabricantes el código difiere). El *Service Mode* permite conocer algunos parámetros técnicos de la red móvil, específicamente de la tecnología de acceso de radio (2G, 3G, 4G, 4G+ y variantes) a la que el terminal móvil se encuentra conectado.

³³ En particular, se mencionó que América Móvil era dueña de la empresa Olo, y que esta última era a su vez dueña de la empresa Cablevisión.





INFORME

N° 00216-GPRC/2017
Página 55 de 63**Pruebas realizadas:**

En la provincia de Lima, se identificó algunas zonas con cobertura "4G+". Es preciso señalar que el término 4G+ hace referencia a que el operador está ofreciendo la tecnología LTE con agregación de Portadoras. En efecto, cuando se accede mediante LTE sin usar agregación de portadoras, solo se visualiza la letra "4G".

Al ingresar al *Service Mode* del equipo, estando el móvil conectado a la red 4G+ de Claro, se obtuvieron los siguientes resultados:

Figura N° C.2.- Menú del Service Mode en la red 4G+ de Claro

Claro	OSIPTEL	Claro	OSIPTEL
LTE-BASIC Info Band / BW: 20MHz DL & UL Frequency: 2850 / 20850 MIMO Mode/MIMO RI: TBD / 1 Serving Cell ID: 201 (PCI:94) Registered PLMN: 716 10 RSRP: -100 RSRQ: -11 RSSI: -74 TAC: 13191 SINR: 7 RRC: CONNECTED Tx Pwr: 13 Ant RSRP Diff: 6(Avg: -3) CA ADDED: SC_NUM: 1 (S1)BAND: 28.BW: 15Mhz.DL: 9435 (S1)PCI: 73, TM: 3 (S1)RSRP: -81.RSRQ: -7.SINR: - RB(DL/UL): 96/3 Max RB(DL/UL): 96/24 IMEI Status: OK	LTE-BASIC Info Band / BW: 20MHz DL & UL Frequency: 2850 / 20850 MIMO Mode/MIMO RI: TBD / 1 Serving Cell ID: 201 (PCI:94) Registered PLMN: 716 10 RSRP: -99 RSRQ: -10 RSSI: -74 TAC: 13191 SINR: 6 RRC: CONNECTED Tx Pwr: 4 Ant RSRP Diff: 5(Avg: -4) SCell RSRP Diff: 7(Avg: -5) CA ACTIVATED: SC_NUM: 1 (S1)BAND: 28.BW: 15Mhz.DL: 9435 (S1)PCI: 73, TM: 3 (S1)RSRP: -81.RSRQ: -10.SINR: 14 RB(DL/UL): 100/3 Max RB(DL/UL): 100/90 IMEI Status: OK	LTE-BASIC Info Band / BW: 20MHz DL & UL Frequency: 2850 / 20850 MIMO Mode/MIMO RI: TBD / 2 Serving Cell ID: 201 (PCI:94) Registered PLMN: 716 10 RSRP: -100 RSRQ: -8 RSSI: -77 TAC: 13191 SINR: 5 RRC: CONNECTED Tx Pwr: 22 Ant RSRP Diff: 6(Avg: -5) SCell RSRP Diff: 6(Avg: -5) CA ACTIVATED: SC_NUM: 1 (S1)BAND: 28.BW: 15Mhz.DL: 9435 (S1)PCI: 73, TM: 3 (S1)RSRP: -81.RSRQ: -6.SINR: 13 RB(DL/UL): 4/90 Max RB(DL/UL): 100/96 IMEI Status: OK	

Elaboración: Subgerencia de Análisis Regulatorio-GPRC-OSIPTEL.

De igual forma también se realizaron pruebas de "Service Mode" en zonas con solo cobertura 4G.



Figura N° C.3.- Uso de Banda 7 por parte de Claro – Caso 4G

SERVICEMODE	SERVICEMODE
LTE-BASIC Info Band 7 BW: 20MHz DL & UL Frequency: 2850 / 20850 MIMO Mode/MIMO RI: TBD / 2 Serving Cell ID: 202 (PCI: 314) Registered PLMN: 716 10 RSRP: -101 RSRQ: -14 RSSI: -66 TAC: 13791 SINR: -2 RRC: CONNECTED Tx Pwr: 21 Ant RSRP Diff: -12 (Avg: -9) CA: NONE, SC_NUM: 0	LTE-BASIC Info Band 7 BW: 20MHz DL & UL Frequency: 2850 / 20850 MIMO Mode/MIMO RI: TBD / 2 Serving Cell ID: 202 (PCI: 314) Registered PLMN: 716 10 RSRP: -101 RSRQ: -14 RSSI: -66 TAC: 13791 SINR: -2 RRC: CONNECTED Tx Pwr: 21 Ant RSRP Diff: -12 (Avg: -9) CA: NONE, SC_NUM: 0

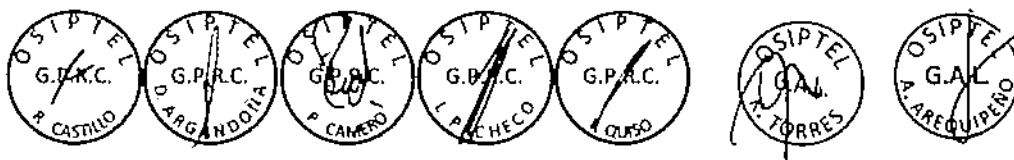
Elaboración: Subgerencia de Análisis Regulatorio-GPRC-OSIPTEL.

Se resalta lo siguiente:

- El **PLMN** (Public Land Mobile Network), es un código que identifica al operador y al país al que pertenece. Está compuesto por el **MCC** (Mobile Country Code) y el **MNC** (Mobile Network Code). En las pruebas se obtuvo lo siguiente:
 - ✓ **MCC** = 716 (indica que la red está ubicada en el Perú)
 - ✓ **MNC** = 10 (indica que las pruebas se están realizando con el operador América Móvil Perú)
- Se accede mediante tecnología **4G** y **4G+**.
- Uso de **Banda 7** y de **Banda 28**. Al respecto, de acuerdo al Grupo 3GPP, la Banda 7 hace referencia a la Banda de 2.6 GHz con Duplexaje FDD (Duplexaje por División de Frecuencia) y la Banda 28 hace referencia a la Banda de 700 MHz esquema APT (Asia-Pacific Telecommunity) con Duplexaje FDD.
- El campo "**DL&UL Frequency: 2850 / 20850**" hace referencia al **EARFCN** (*E-UTRA Absolute Radio Frequency Channel Number*). El EARFCN permite conocer cuál es la frecuencia central de una portadora.
- Se observa un campo "**DL: 9435**", el cual hace referencia al **EARFCN** de la banda de 700 MHz usada por el operador.
- El campo "**Max RB(DL/UL): 100/96**" hace referencia a los **RB** (Resource Blocks o Bloques de Recurso) máximos a los que puede acceder el móvil en un momento determinado. Al respecto, de acuerdo al estándar, si se tiene 100 RB en el Downlink (DL), entonces se está usando 20MHz de ancho de banda.
- Uso de 20 MHz+20 MHz de la Banda de 2.6 GHz para ofrecer el servicio 4G.

Análisis de los EARFCN obtenidos:

El Grupo 3GPP define las siguientes fórmulas para calcular la frecuencia central de una portadora:



	
INFORME	N° 00216-GPRC/2017 Página 57 de 63

$$F_{DL} = F_{DL_{low}} + 0.1(N_{DL} - N_{offs_DL})$$

$$F_{UL} = F_{UL_{low}} + 0.1(N_{UL} - N_{offs_UL})$$

Donde, N_{DL} y N_{UL} hacen referencia al EARFCN en el Downlink y Uplink respectivamente.

Asimismo, para el caso de las Bandas 7 (Banda de 2.6 GHz) y Banda 28 (Banda de 700 MHz), el Grupo 3GPP precisa lo siguiente:

Tabla N° C.1.- Parámetros de las Bandas 7 y 28

Banda	$F_{DL_{low}}$ (MHz)	N_{offs_DL}	$F_{UL_{low}}$ (MHz)	N_{offs_UL}
7	2,620	2,750	2,500	20,750
28	758	9,210	703	27,210

Fuente: Grupo 3GPP.

De esta manera, al incorporar en las ecuaciones, los valores de los EARFCN obtenidos en el menú de *Service Mode* y los valores de la Tabla N° C.1, se obtienen los siguientes resultados:

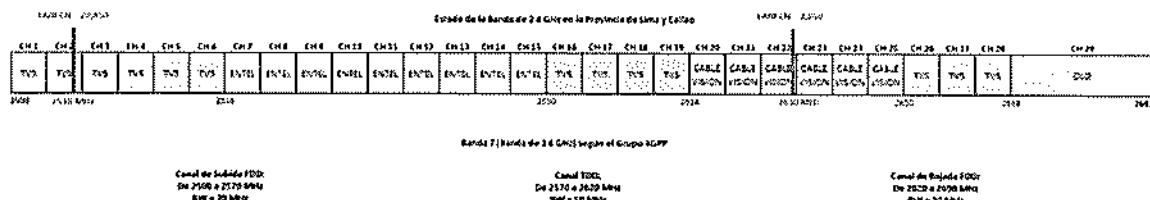
Tabla N° C.2.- Parámetros de las Bandas 7 y 28

Banda	N_{DL}	F_{DL} (MHz)	N_{UL}	F_{UL} (MHz)
7	2,850	2,630	20,850	2,510
28	9,435	780.5	No disponible	No disponible

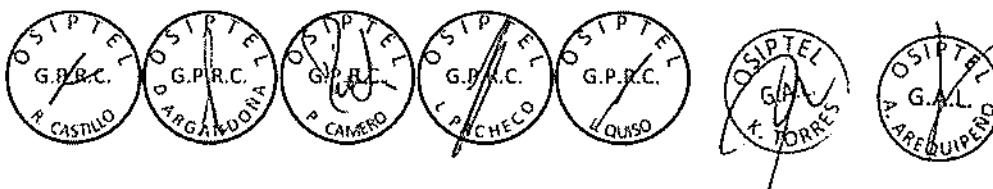
Elaboración: Subgerencia de Análisis Regulatorio-GPRC-OSIPTEL.

- Para el caso de la Banda 28, en efecto la frecuencia central de la porción de espectro de Claro es **780.5 MHz** en el Downlink, lo cual evidencia que Claro está usando los 15+15 MHz de la Banda de 700 MHz.
- Para el caso de la Banda 7, se obtiene que la Frecuencia de la portadora es de 2,630 MHz en el Downlink y 2,510 MHz en el Uplink (se obtiene un espaciamiento de dúplex de 120 MHz).

Figura N° C.4.- Banda 7 (Banda de 2.6 GHz) en el Perú



Fuente: 3GPP, MTC y OSIPTel. Elaboración: Subgerencia de Análisis Regulatorio-GPRC-OSIPTEL.



- Así, se observa que Claro, adicionalmente de la portadora ubicada en 700 MHz, ha implementado una portadora LTE de 2x20 MHz en la Banda de 2.6 GHz, de acuerdo al siguiente detalle:
 - ✓ Portadora de Subida: Ubicada en el Canal 2 del espectro de **TVS Wireless**: Rango de 2500 MHz a 2520 MHz (20 MHz).
 - ✓ Portadora de Bajada: Ubicada en el Canal 22 del espectro de **Cablevisión**: Rango de 2840 MHz a 2860 MHz (20 MHz).
- **Para el caso de 4G+:** Considerando que en la Banda 28 (Banda de 700 MHz) está usando 15+15 MHz, y se obtuvo que en algunos momentos la red ofrece 100 RB como máximo (lo cual evidencia un Ancho de Banda de 20+20 MHz), los 5+5 MHz restantes corresponderían a los usados en la Banda 7 (Banda de 2.6 GHz). Se desconoce si el ancho de banda usado es mayor a 5+5 MHz (en estricto, dados los ERFEN podría ser hasta 20+20MHz).

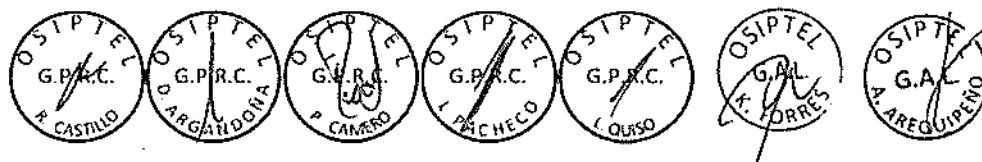
Para el caso de 4G: Se observa que se usa un Ancho de Banda de 20+20 MHz en la Banda de 2.6 GHz la misma que pertenece a TVS Wireless y CABLEVISIÓN




INFORME
N° 00216-GPRC/2017
Página 59 de 63
ANEXO D. Benchmark de asignaciones de espectro en la banda de 2.6 GHz

Región	País	Operador	2.6 GHz (FDD- Banda 7)	2.6 GHz (TDD - Banda 38)
Europa	España	France Telecom (Orange)	40	
Europa	España	Telefónica	40	
Europa	Francia	Bouygues Telecom	30	
Europa	Francia	Free Mobile	40	
Europa	Francia	Orange	40	
Europa	Francia	Société Française du Radiotéléphone	30	
Europa	Suecia	Telia	40	
Europa	Italia	Iliad	20	
Europa	Italia	TIM	30	
Europa	Italia	Vodafone Italia	30	
Europa	Portugal	MEO	40	
Europa	Portugal	NOS	40	
Europa	Dinamarca	TDC	40	
Europa	Holanda	Vodafone	20	
Europa	Holanda	Ziggo	40	
LATAM	Brasil	Claro	40	
LATAM	Brasil	Oi	20	
LATAM	Brasil	On Telecom		35
LATAM	Brasil	Sky		35
LATAM	Brasil	Tim	20	
LATAM	Brasil	Vivo	40	
LATAM	Chile	Claro	40	
LATAM	Chile	Entel	40	
LATAM	Chile	Movistar	40	
LATAM	Chile	Wom		
LATAM	Colombia	Avantel		
LATAM	Colombia	Claro	30	
LATAM	Colombia	Direct TV	30	40
LATAM	Colombia	Movistar		
LATAM	Colombia	Tigo-UNE	50	
LATAM	Argentina	Nextel	30	
LATAM	Argentina	Movistar	30	
LATAM	Argentina	Claro	30	
LATAM	Argentina	Personal	20	20
Norteamérica	Canadá	Bell	40	
Norteamérica	Canadá	Brag Communications	20	
Norteamérica	Canadá	Rogers	40	
Norteamérica	Canadá	Telus	40	
Norteamérica	EEUU	AT&T		
Norteamérica	EEUU	Sprint		
Norteamérica	EEUU	T-Mobile		
Norteamérica	EEUU	Verizon		

Fuente: Cullen Internacional

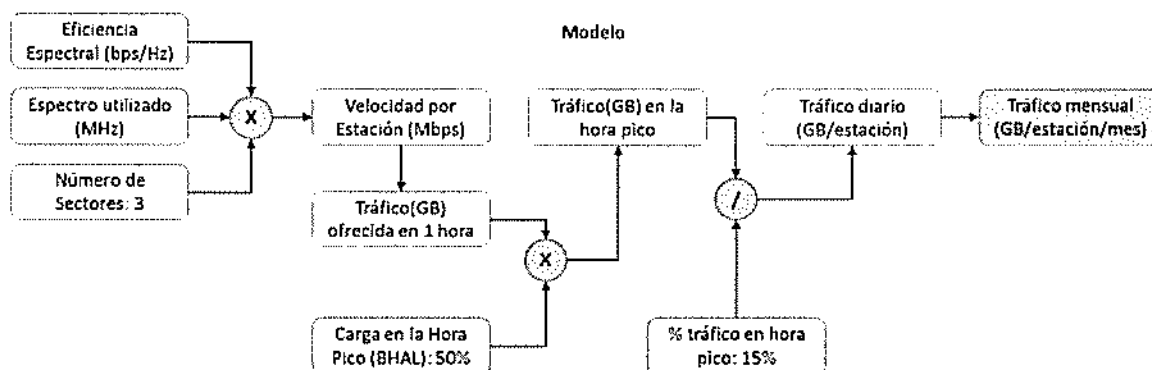


ANEXO E. Modelo de dimensionamiento

El primer paso es calcular la cantidad de datos (en GB) que puede ser ofrecido al mes por cada Estación Base Celular (Site o EBC). Para ello se usará la metodología contenida en el libro *"LTE for UMTS - OFDMA and SC-FDMA Based Radio Access"* de Antti Toskala y Harri Holma. Para el modelo se considerará algunos parámetros de diseño de acuerdo al siguiente detalle:

- Cada EBC tiene 3 sectores.
- Cada sector implementa una Ancho de Banda de 20+20 MHz (FDD: Duplexaje por División de Frecuencia)
- Uso de 4G LTE con tecnología MIMO 2 x 2 (Multiple Input Multiple Output).
- Eficiencia espectral de 1.4 bps/Hz/celda³⁴.
- Tráfico en la hora pico = 15%

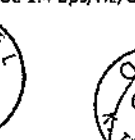
Figura Nº A1.- Modelo para obtener los GB/mes entregados por cada Estación Base Celular (EBC)



Elaboración: GPRC-OSIPTEL, en base a información de *"LTE for UMTS"*, Holma y Toskala.

Usando los parámetros de diseño, se obtiene que cada EBC puede ofrecer hasta 3,691 GB/mes. Asimismo se realizó simulaciones con variaciones en variables como mejora tecnológica (Uso de MIMO 4x2) y con Anchos de Banda menores (uso de 15+15 MHz y 10+10 MHz).

³⁴ 4G Americas indica que la eficiencia de la tecnología LTE con MIMO 2x2 es de 1.4 bps/Hz/Cell.





INFORME

N° 00216-GPRC/2017
Página 61 de 63

Tabla N° A1.- GB/mes (Downlink) entregados por cada Estación Base Celular (EBC)

Tecnología	Ancho de Banda	GB/Site/Mes
LTE (4G)- MIMO 2x2	20+20 MHz	3,691
	15+15 MHz	2,769
	10+10 MHz	1,846
LTE (4G)- MIMO 4x2	20+20 MHz	4,482
	15+15 MHz	3,362
	10+10 MHz	2,241

Elaboración: GPRC-OSIPTEL

Asumiendo que cada usuario realiza el consumo de un número determinado de GB/mes (y que usa el 70% del total de su plan para descargar contenidos) se obtiene la cantidad de usuarios que puede ser atendida por cada EBC.

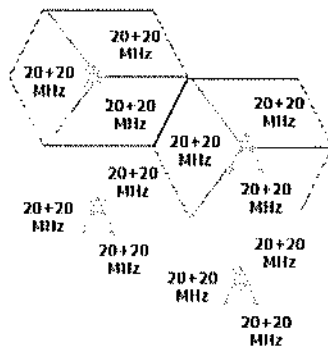
Tabla N° A2.- GB/mes (Downlink) entregados por cada EBC [Uso de 20+20 MHz con LTE MIMO 2x2]

Planes	Descarga (70%)	Usuarios/EBC
0.5 GB/mes	0.4 GB/mes	10,546
1 GB/mes	0.7 GB/mes	5,273
2 GB/mes	1.4 GB/mes	2,636
5 GB/mes	3.5 GB/mes	1,055
10 GB/mes	7.0 GB/mes	527
15 GB/mes	10.5 GB/mes	352
20 GB/mes	14.0 GB/mes	264

Elaboración: GPRC-OSIPTEL

Un factor importante a considerar en los despliegues LTE es que el espectro se reusa en todos los sectores; es decir los mismos 20+20 MHz usados en un sector, son reusados en los sectores adyacentes. Asimismo, el espectro es reusado en las EBC vecinas, tal como se muestra en la Figura N° A2.



Figura N° A2.- Reuso de espectro en LTE


El espectro se reusa en todos los sectores y en todas las EBC (Sites). Es decir, cada Sector tiene habilitados los mismos 20+20 MHz que se usan en los sectores adyacentes.
 Uso de técnica de SFR (Soft Frequency Reuse)

Elaboración: GPRC-OSIPTEL.

En ese sentido, en el supuesto que un operador tiene una sola Banda de Espectro, y su número de usuarios se incrementa, tiene como alternativa incrementar el número de EBC. Para ello, puede usar desde Macrocelas (EBC con gran área de cobertura: en el orden de kilómetros) hasta Pico celdas (EBC área de cobertura reducida: en el orden de decenas de metros).

A continuación se presenta un cálculo más detallado, de un hipotético operador que planea ofrecer el servicio de Internet Móvil con tecnología 4G-LTE en los 49 distritos pertenecientes a Lima Metropolitana, usando 20+20 MHz en la Banda de 2.5 GHz. Para ello se considerarán los siguientes parámetros de diseño:

- Área de Cobertura: Lima Metropolitana (Todos los distritos de la Provincia de Lima y la Provincia Constitucional del Callao)
- Mercado de 25% de la población (2'482,097 usuarios).
- Consumo promedio por usuario: Se muestran diversos escenarios, desde 500 MB/mes hasta 20 GB/mes.
- Porcentaje de GB usados para la descarga = 70%

 EL REGULATORIO DE LAS TELECOMUNICACIONES	
INFORME	N° 00216-GPRC/2017 Página 63 de 63

Tabla N° A3.- Estaciones Base requeridas [Uso de 20+20 MHz con LTE MIMO 2x2]

Planes	EBC Requeridas	Usuarios Atendidos	Usuarios/MHz
0.5 GB/mes	235	2.5 millones	62 mil/MHz
1 GB/mes	471		
2 GB/mes	941		
5 GB/mes	2,353		
10 GB/mes	4,707		
15 GB/mes	7,060		
20 GB/mes	9,414		

Elaboración: GPRC-OSIPTEL



100

100

100



22065- 2017/55801

OSIPTEL FOLIOS
65 2957

Lima, 11 de diciembre de 2017

OSIPTEL
1.1 DIC 2017
RECIBIDO

Señor
Luis Alberto Arequipa Támara
Gerente Legal
Organismo Supervisor de la Inversión Privada en las Telecomunicaciones
Presente.-

De nuestra especial consideración:

Nos dirigimos a usted, a fin de saludarlo muy cordialmente y, a la vez, remitirles el informe mediante el cual analizamos la aplicación del silencio administrativo positivo a los procedimientos administrativos regulados por la normatividad vigente para la transferencia de concesiones de servicios públicos de telecomunicaciones, así como, para la transferencia del espectro radioeléctrico.

Así, conforme a los términos de referencia que dieron origen a la orden de servicio N° 20171004, procederemos a absolver las siguientes consultas:

1. ¿Resulta aplicable el Silencio Administrativo Positivo (SAP) para los procedimientos de:

- i. Concesión única para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones en caso no requiera la asignación de espectro;
- ii. Modificación de la concesión para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones en caso no se requiera la asignación de espectro; y,
- iii. Transferencia de concesiones para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, tal como ha sido consignado en el TUPA del MTC?



MONTAÑA
G. GUZMAN
NAPURÍ
ABOGADOS

OSIPTEL FOLIOS
GO. 2958

Asimismo, considerar el caso de reorganización de sociedades.

2. De no resultar legalmente aplicable el SAP en los procedimientos señalados en el numeral precedente, ¿qué acciones se podrían ejercer contra las resoluciones fictas por aplicación del SAP?
3. El TUPA del MTC recoge el procedimiento de transferencia de concesiones en el N°DGCC-003, y en ella no se establece si esa transferencia puede involucrar la transferencia del espectro, por ello es necesario analizar si es posible que se considere en dicho procedimiento a la transferencia del espectro o no, como si fuera un único procedimiento.
4. El procedimiento de obtención de concesión única para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones en caso requiera la asignación de espectro, según el TUPA del MTC se aplica el Silencio Administrativo Negativo (SAN), al igual que el caso de la modificación, por tanto ¿el procedimiento de transferencia de concesión en caso involucre espectro asignado, debería seguir la misma calificación?
5. El otorgamiento de un título habilitante como la concesión única es independiente de la asignación del espectro, por tanto, en el caso que se transfiera dicho título habilitante y el espectro asignado:
 - i. ¿La administración está obligada a llevar un solo procedimiento cuando así lo solicite el administrado, a pesar que solo está regulado en el TUPA del MTC el procedimiento de transferencia de concesión y no la transferencia de la asignación del espectro?
 - ii. ¿Qué base legal ampara a la administración a llevar dos procedimientos diferentes?

iii. Si la administración inicia dos procedimientos, ¿ello vulnera el deber de congruencia establecido en el artículo 196 del TUO de la LPAG? O ¿ello desnaturaliza el procedimiento iniciado por el administrado?

6. ¿Puede existir responsabilidad administrativa funcional si la administración no aplica el SAP establecido en el TUPA para los procedimientos de obtención, modificación y transferencia de la concesión?

7. Al no estar regulado el procedimiento de transferencia del espectro, ¿puede existir responsabilidad administrativa funcional si la administración aplica el SAN en dicho procedimiento?

En ese sentido, luego de haber analizado las consultas planteadas a la luz del marco legal vigente, procederemos a absolverlas en los términos siguientes:

I. BASE LEGAL

- Constitución Política del Perú.
- Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por el Decreto Supremo N.° 013-93-TCC.
- Ley N.° 26821, Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales.
- Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N.° 006-2017-JUS.
- Código penal
- Ley N.° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República
- Texto Único Ordenado del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por el Decreto Supremo N.° 020-2007-MTC.



- Lineamientos de política de apertura del mercado de telecomunicaciones del Perú, aprobado por Decreto Supremo N.º 020-98-MTC.
- Texto Único de Procedimientos Administrativos del MTC, aprobado por el Decreto Supremo N.º 008-2002-MTC.

II. OBJETO

Emitir un informe legal que analice el efecto legal del SAP o SAN aplicable en los procedimientos administrativos de telecomunicaciones, así como la responsabilidad administrativa funcional que pudiera derivarse de su inobservancia.

III. ANÁLISIS:

3.1 RESPECTO DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO

El silencio administrativo es el mecanismo por excelencia de control de la anomía administrativa, pues establece la posibilidad de otorgar efectos jurídicos a la falta de pronunciamiento de la autoridad administrativa en el plazo establecido para ello, pudiendo estos implicar la denegatoria de lo solicitado, en el caso del silencio administrativo negativo; o la concesión de lo solicitado, en el caso del silencio administrativo positivo. El silencio administrativo funciona siempre como una garantía a favor del administrado, otorgándole a este la facultad de ser quien active el efecto jurídico en mérito de su decisión.

En este sentido, ha habido una evolución importante en esta institución a través de los años. La derogada Ley del Silencio Administrativo, N.º 29060, derogó a su vez el régimen establecido por la redacción original de la Ley del Procedimiento Administrativo General — contenido en los artículos 33 y 34 de ella — reemplazándolo por un diseño que otorga una evidente preferencia al silencio administrativo positivo en el contexto de los procedimientos administrativos de evaluación previa. Ese régimen a

su vez fue reemplazado por el Decreto Legislativo N.º 1272, en la lógica de consolidar la regulación existente en materia de procedimiento administrativo.

La regulación actual del silencio administrativo positivo.

Como lo hemos señalado anteriormente, el Decreto Legislativo N.º 1272 se ha dirigido a consolidar nuevamente la regulación existente en materia de procedimiento administrativo, algo que ya en su momento había logrado la Ley N.º 1272. Para ello, incorpora a la norma materia de análisis los supuestos en los cuales se aplica el silencio administrativo positivo¹.

En este orden de ideas, la norma preceptúa que están sometidos a silencio administrativo positivo todos los procedimientos a instancia de parte que no están sujetos al silencio administrativo negativo taxativo contemplado en la norma. Esta disposición es entonces consistente con la que existía anteriormente sobre el particular en la Ley N.º 29060, dejando clara la preferencia que en el ordenamiento existe a favor del silencio administrativo positivo.

Se establece además que se encuentra sometido a silencio administrativo positivo los recursos administrativos destinados a cuestionar la desestimación de una solicitud cuando el particular haya optado por la aplicación del silencio administrativo negativo.

La norma preceptúa además que, como constancia de la aplicación del silencio positivo de la solicitud del administrado, basta la copia del escrito o del formato presentado conteniendo el sello oficial de recepción, sin observaciones e indicando el número de registro de la solicitud, fecha, hora y firma del agente receptor. Ahora bien en el caso de procedimientos administrativos electrónicos, basta el correo electrónico que deja constancia del envío de la solicitud, disposición necesaria en tanto la incorporación de la regulación del procedimiento electrónico en el TUO.

¹ Artículo 34 del TUO.



MONTAÑA
GILZMAN
NAPUR
ABOGADOS

OSIPTEL FONOS
GO 2962

Por otro lado, la norma preceptúa que la Presidencia del Consejo de Ministros se encuentra facultada para determinar los procedimientos sujetos a silencio positivo. Ello ocurre en su calidad de ente rector a lo cual nos hemos referido de manera reiterada en este manual. Se establece además que dicha calificación será de obligatoria adopción, a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial, sin necesidad de actualización previa del Texto Único de Procedimientos Administrativos por las entidades, sin perjuicio de la obligación de las entidades de efectuar la actualización respectiva en los casos en que por Ley, Decreto Legislativo y demás normas de alcance general, se establezcan o se modifiquen los requisitos, plazo o silencio administrativo aplicables a los procedimientos administrativos². Esta disposición se dirige a asegurar la vinculación de las entidades a la calificación efectuada por la PCM, facilitando la tramitación de los procedimientos administrativos.

Finalmente, la norma preceptúa que los procedimientos de petición graciable y de consulta se rigen por su regulación específica. Esta disposición se encontraba establecida en la Tercera Disposición Final de la Ley N.º 29060. En el primer caso la regulación de la petición graciable es bastante escueta en el TUO, sin que se indique si se aplica el silencio administrativo o no. En cuanto a la consulta, a diferencia del acceso a la información pública no existe una norma específica que la regula, por lo cual, como lo hemos señalado antes, se requiere que las entidades emitan una directiva a fin de regular dicha facultad, que forma parte del derecho de petición, que a su vez constituye un derecho fundamental.

Los efectos del silencio administrativo positivo

Conforme la reforma del decreto Legislativo N.º 1272, el TUO preceptúa que la petición del administrado se considera aprobada si, vencido el plazo establecido o máximo para pronunciarse, la entidad no hubiera notificado el pronunciamiento correspondiente, ratificando que no es necesario expedirse pronunciamiento o

² Numeral 43.7 del artículo 43 del TUO.

documento alguno para que el administrado pueda hacer efectivo su derecho, bajo responsabilidad del funcionario o servidor público que lo requiera. Esta redacción parecería nuevamente someter la generación del silencio administrativo positivo a la notificación del acto y no a su sola emisión. Sin embargo, el actual artículo 197 del TUO aclara el panorama, al establecer que la aprobación ocurre transcurrido el plazo establecido o máximo, al que se adicionará el plazo de notificación establecido en la norma.

Asimismo, la reforma preceptúa que lo antes señalado no enerva la obligación de la entidad de realizar la fiscalización posterior de los documentos, declaraciones e información presentados por el administrado. En este punto es preciso recordar que el Decreto Legislativo N.º 1272 amplía claramente la fiscalización posterior a los procedimientos de evaluación previa, y en particular a aquellos sometidos a silencio administrativo positivo. El resultado, como veremos más adelante, podría ser la declaración de nulidad de oficio del acto ficto resultante.

El acto ficto resultante del silencio administrativo positivo

El silencio administrativo positivo, a diferencia del silencio administrativo negativo, configura un acto presunto o una resolución ficta³, con las prerrogativas que la norma jurídica otorga al acto administrativo⁴. Ello nos conduce a afirmar que la Administración no podría resolver posteriormente negando al administrado lo que ha solicitado ni mucho menos revocar el silencio administrativo positivo que se ha generado, dadas las limitaciones existentes a las facultades revocatorias de la administración.

³ DANÓS ORDOÑEZ, Jorge, "El silencio administrativo como técnica de garantía del particular frente a la inactividad formal de la Administración", en *Ius et Veritas*, N.º 13, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1996, p. 227.

⁴ Para una concepción diferente, véase MORILLO-VELARDE PÉREZ, José Ignacio, "El silencio administrativo tras la reforma de 1999: un cambio inadvertido y unas posibilidades inéditas", en *Revista de Administración pública*, N.º 159, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2002, p. 96 y ss.



Al no poder existir dos actos administrativos resolviendo la misma controversia es evidente que el segundo sería nulo, por la imposibilidad jurídica del objeto. Inclusive, una interpretación contraria somete al administrado a una evidente situación de inseguridad, que inclusive puede afectar a los terceros que establezcan relaciones jurídicas con él. Sin embargo, si la resolución final, que ha sido emitida fuera de plazo, es más beneficiosa para el administrado que el silencio administrativo positivo propiamente dicho, debería aplicarse la misma⁶.

La nulidad de oficio

Lo señalado en los párrafos anteriores opera sin perjuicio de la entidad pueda ejercer la facultad de hacer efectiva, sea administrativa o judicialmente, la nulidad de oficio, para lo cual debe acreditarse el agravio al interés general y ejercitarse dentro del término establecido, de conformidad con lo señalado por la Ley del Procedimiento Administrativo General. Esta facultad se justifica en el hecho de impedir que algún particular emplee el silencio administrativo positivo no obstante el incumplimiento de normas de procedimiento, vulnerando a su vez el interés general. A su vez, dicha nulidad podría ser resultado de la fiscalización posterior efectuada por la autoridad administrativa, conforme lo establecido por el TUO.

Es evidente que la nulidad de oficio constituye el único mecanismo que la entidad posee ante la generación de un acto administrativo ficto que vulnere la normativa aplicable, puesto que dicho acto administrativo se encuentra respaldado también por el principio de presunción de validez, establecido por el artículo 9 del TUO, por el cual el acto administrativo es válido mientras no se declare formalmente su nulidad.

⁶ Vid. CALVO CHARRO, María, "Silencio Positivo y acciones declarativas", en *Revista de Administración pública*, N.º 128, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pp. 402 y 403.

⁷ Vid. MARTÍN VALDIVIA, Salvador, "El silencio administrativo como garantía de los derechos de los particulares", en *Revista de Administración pública*, N.º 149, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1999, p. 452.

El Silencio Administrativo Negativo

Como se ha señalado, el silencio administrativo negativo opera ante la inactividad de la Administración, permitiendo al administrado considerar que su solicitud ha sido rechazada. En tal sentido, el silencio administrativo negativo pretende ser un paliativo a la inacción de la entidad, habilitando la interposición de los recursos respectivos, o en su caso, la iniciación del proceso contencioso administrativo⁷. Ello no obsta, sin embargo, para que el particular pueda esperar el pronunciamiento de la Administración.

Inicialmente, el silencio administrativo negativo se había convertido en la regla en la tramitación de procedimientos administrativos. Sin embargo, el Reglamento de la Ley de Simplificación Administrativa incorporó el silencio administrativo positivo para circunstancias derivadas de la tramitación de autorizaciones, licencias y permisos. Más bien, fue el Decreto Legislativo N.º 757 el que convirtió el silencio administrativo negativo en la excepción, revirtiendo la situación existente hasta fines de la década de 1980.

La Ley del Procedimiento Administrativo General, como ya hemos visto, modera la anterior consideración y establece un diseño más bien equilibrado; hasta la promulgación de la Ley del Silencio Administrativo, generando que la mayoría de procedimientos administrativos deban tramitarse teniendo como principio la aprobación automática o el silencio administrativo positivo. Dicha lógica se mantiene en el TUO, como resultado del Decreto Legislativo N.º 1272.

El silencio administrativo negativo como garantía del administrado

⁷ Artículo 197, inciso 197.3 del TUO.

Dada su naturaleza de garantía a favor del administrado, el silencio administrativo negativo no inicia el cómputo de plazos ni términos para su impugnación⁸. El silencio administrativo es la protección del administrado contra la inactividad o la omisión de la Administración, las que violan el deber de resolver que tiene la misma, funcionando tan solo como una ficción procesal, lo cual deja de lado interpretaciones abiertamente erróneas que han considerado el silencio administrativo negativo como un acto presunto⁹.

Supuestos en que el procedimiento de evaluación previa se encuentra sujeto al silencio administrativo negativo

Es evidente que la regulación contenida en la Ley del Silencio Administrativo, al establecer como regla la aplicación del silencio administrativo positivo en los procedimientos de evaluación previa, había restringido los supuestos en los cuales dichos procedimientos se sujetan al silencio administrativo negativo; lo cual se mantiene en el TUO, como resultado de la reforma proveniente del Decreto Legislativo N.º 1272¹⁰. Ello ocurre entonces en un conjunto de supuestos que analizaremos seguidamente, señalados taxativamente por la norma¹¹.

En primer lugar, el silencio administrativo negativo se aplica en aquellos casos en los cuales se afecte significativamente el interés general, y se incida en la salud, medio ambiente, recursos naturales, la seguridad ciudadana, el sistema financiero y de seguros, el mercado de valores, la defensa nacional y el patrimonio histórico cultural de la nación. Esta disposición era a primera vista equivalente a lo dispuesto por la redacción original de la Ley N.º 27444, sin embargo, ello no era así.

⁸ Artículo 197, inciso 197.5 del TUO.

⁹ DANÓS ORDÓÑEZ, "El silencio administrativo como técnica de garantía del particular frente a la inactividad formal de la Administración", art. cit., p. 228.

¹⁰ Artículo 37 del TUO.

¹¹ Primera disposición transitoria, complementaria y final de la Ley N.º 29060.

Aparte de la incorporación de la defensa comercial en la Ley del Silencio Administrativo, que no se encontraba en la Ley N.º 27444, la disposición se interpreta de manera restrictiva, no solo porque la misma establece su aplicación excepcional, sino además porque la afectación al interés general debe ser significativa. Asimismo, los temas enumerados por la norma no generan por sí mismos la aplicación del silencio administrativo negativo, sino únicamente en aquellos casos en los cuales el interés general sea susceptible de ser afectado de manera directa.

El Decreto Legislativo N.º 1272 incorpora una materia adicional respecto de la norma derogada, que son los procedimientos de promoción de inversión privada, los cuales se encuentran regulados por normas especiales. Ello se encuentra justificado en las atribuciones que dichos procedimientos otorgan a los particulares, así como en su importancia para el crecimiento económico.

En segundo lugar, el silencio administrativo negativo es pertinente en los procedimientos bilaterales, en los que generen obligación de dar o hacer a cargo del Estado y en las autorizaciones para operar casinos de juego y máquinas tragamonedas. En el primer caso, se considera que aplicar el silencio administrativo positivo podría perjudicar al reclamado en perjuicio del reclamante una vez generada la inactividad formal de la Administración; sin embargo, en un supuesto de silencio administrativo negativo como el existente la situación le permite al reclamado simplemente acceder a la instancia siguiente del procedimiento, o eventualmente al Poder Judicial, sin perjuicio plausible para el reclamado.

En el segundo caso es evidente que no puede someterse a silencio administrativo positivo un procedimiento en el que se pretende una actuación material del Estado, puesto que aquel está pensado para un dejar hacer de la Administración¹². Este precepto también se encontraba contenido en la norma derogada. En el tercer caso se considera que en el caso de casinos de juego y máquinas tragamonedas,

¹² DANÓS ORDÓÑEZ, "El silencio administrativo como técnica de garantía del particular frente a la inactividad formal de la Administración", art. cit., p. 228.

existe un nivel particularmente intenso de interés general involucrado, razón por la cual dichos procedimientos debe estar sometidos al silencio administrativo negativo.

Asimismo, los procedimientos por los cuales se transfiere facultades de la Administración pública también se encuentran sujetos al silencio administrativo negativo. Esta fue una novedad de la Ley del Silencio Administrativo, y se aplica a todas aquellas autorizaciones que impliquen asignación de función administrativa y en especial, a las concesiones administrativas en general, a las cuales nos vamos a referir más adelante en el presente informe.

De hecho, debe tenerse en cuenta que las concesiones, a diferencia de las autorizaciones, implican el otorgamiento de derechos que no son preexistentes a las mismas¹³. Si bien el Decreto Legislativo N.º 757 hacía referencia a concesiones, estas se restringían a las de Infraestructura, por lo que existen además concesiones de servicios públicos y de recursos naturales, conforme a las normas pertinentes en cada caso concreto.

Por otro lado, se encuentra sometidos al silencio administrativo negativo los procedimientos de Inscripción registral, que en general se regulan por sus propias normas. Esta disposición se encontraba presente también en la norma derogada. En general, el transcurso del plazo sin que se haya procedido a la inscripción genera la posibilidad de asumir que la misma ha sido denegada, sin perjuicio de las responsabilidades de ley. El paliativo respecto de esta previsión resulta ser el hecho de que el acto administrativo resultante posee eficacia anticipada, puesto que los efectos se retrotraen a la fecha de la solicitud.

Finalmente, la norma preceptúa que las autoridades quedan facultadas para calificar de modo distinto en su Texto Único de Procedimientos Administrativos los procedimientos administrativos señalados, con la excepción de los procedimientos

¹³ PARADA VÁSQUEZ, Ramón, *Derecho administrativo. Parte general*, Marcial Pons, Madrid, 1996, t. I, p. 455.



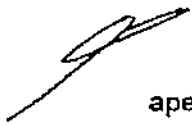
trilaterales y en los que generen obligación de dar o hacer del Estado, sometido ello a que sus efectos reconozcan el interés del solicitante, sin exponer significativamente el interés general.

Esta disposición, incorporada también por el Decreto Legislativo N.º 1272, es muy similar a la que se encontraba establecida en el texto original de la Ley N.º 27444 y tiene por finalidad permitir a las entidades emplear el silencio administrativo positivo en aquellos procedimientos que se encuentran en los supuestos antes señalados pero que en donde dicho empleo se encuentra justificado. Para ello, es obligatorio para la entidad establecer en los Informes que sustentan la elaboración del TUPA, dicha situación.

Finalmente, la norma actual preceptúa que 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. Un primer dato es la eliminación de la excepcionalidad de la medida, pero además la aparente menor rigurosidad que este facultad posee en el TUO.

La materia tributaria y aduanera

La Ley del Silencio Administrativo establecía, en la misma disposición final, que en materia tributaria y aduanera el silencio administrativo se regirá por las leyes y normas especiales aplicables a las mismas. Esta disposición no se encontraba presente en la Ley N.º 27444, pero se hacía mención a los procedimientos tributarios en el Decreto Legislativo N.º 757. Ello se mantiene en la reforma proveniente del Decreto Legislativo N.º 1272.



De hecho, el Código Tributario establece la procedencia del recurso de apelación -el mismo que será resuelto por el superior jerárquico o el Tribunal Fiscal dependiendo del caso- en el caso de la generación del silencio administrativo negativo respecto a una reclamación tributaria que no haya sido resuelta en el plazo previsto



MONTOYA
& GUZMÁN
NÚÑEZ
ABOGADOS

OSIPTEL
80 2970

por el referido código¹⁴. Evidentemente, la falta de pronunciamiento del Tribunal Fiscal en el plazo establecido por el citado código habilita al contribuyente al inicio del proceso contencioso administrativo, máxime si este tramita un procedimiento administrativo trilateral.

Asimismo, tratándose de procedimientos administrativos que tengan incidencia en la determinación de la obligación tributaria o aduanera, la norma señalaba que se aplicaba el segundo párrafo del artículo 163 del Código Tributario, el cual establecía que si dichas solicitudes no son resueltas en el plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, el deudor tributario podrá interponer recurso de reclamación, dando por denegada su solicitud, siendo aplicable el silencio administrativo negativo. La disposición actual no hace mención a disposición alguna del Código antes señalado, dados los cambios a los que está sometida la normativa tributaria.

Los efectos del silencio administrativo negativo¹⁵

El silencio administrativo negativo tiene por efecto habilitar al administrado la interposición de los recursos administrativos o de las acciones judiciales pertinentes, según corresponde, si es que la autoridad administrativa no se ha pronunciado dentro del plazo máximo previsto por la norma o por el Texto Único de Procedimientos Administrativos respectivo. En tal caso, el administrado puede actuar como si se le hubiese denegado lo solicitado.

Asimismo, el silencio administrativo negativo opera en los procedimientos administrativos de evaluación previa expresamente señalados por la Ley del Silencio Administrativo. La tendencia del derecho administrativo moderno está a preferir el silencio administrativo positivo, restringiendo el silencio administrativo negativo a

¹⁴ Artículo 144 del Código Tributario.

¹⁵ Artículo 197, incisos 197.3 y 197.4 del TUO.

situaciones taxativamente enumeradas por la norma legal, como ya lo hemos señalado.

Además, es necesario señalar que, aun cuando opere el silencio administrativo negativo, la Administración mantiene la obligación de resolver, bajo responsabilidad, hasta que se le notifique que el asunto ha sido sometido a conocimiento de una autoridad jurisdiccional o el administrado haya hecho uso de los recursos administrativos respectivos.

Finalmente, y como lo hemos señalado de manera reiterada, dada su naturaleza de garantía a favor del administrado, el silencio administrativo negativo no inicia el cómputo de plazos ni términos para su impugnación¹⁶. El silencio administrativo es la protección del administrado contra la inactividad o la omisión de la Administración, las que violan el deber de resolver que tiene la misma y que es un elemento constitutivo del derecho de petición.

3.2 RESPECTO DE LA NATURALEZA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE TRANSFERENCIA DE CONCESIONES Y DE ASIGNACIÓN DE ESPECTRO RADIOELÉCTRICO

3.2.1 Sobre el servicio público de telecomunicaciones y sus títulos habilitantes



El servicio público constituye una actividad creada y controlada para asegurar la satisfacción de necesidades colectivas de interés general y de carácter material, económico y cultural, sujeta a un régimen de derecho público y que se encuentra sometida a una regulación intensa¹⁷, como es el caso del servicio público de las telecomunicaciones.

¹⁶ Artículo 197, Inciso 197.5 del TUO.

¹⁷ Sobre el particular: KRESALJA ROSSELLÓ, Baldo – “El rol del Estado y la gestión de los servicios públicos”. En: *Temas* N.º 39. Lima: PUCP, 1999, p. 47.

Igualmente, el Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el Expediente N.º 005-2003-AI, define al servicio público de la siguiente manera:

"(...) 7. El servicio público es la prestación que efectúa la administración del Estado en forma directa e indirecta. Esta última se realiza a través de concesiones, y tiene el objeto de satisfacer necesidades de interés general. Mediante la concesión se organiza de la manera más adecuada la prestación de un servicio público por un determinado tiempo, actuando el concesionario por su propia cuenta y riesgo, y su labor o prestación será retribuida con el pago que realizan los usuarios."

Asimismo, se establece que las telecomunicaciones constituyen un servicio público, según se desprende del artículo 47¹⁸ del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por el Decreto Supremo N.º 013-93-TCC (en adelante TUO de la ley), y se clasifica de la siguiente manera¹⁹:

- a) Servicios Portadores
- b) Teleservicios o Servicios Finales
- c) Servicios de Difusión
- d) Servicios de Valor Añadido

Así también lo ha establecido el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N.º STC N.º 00034-2004-PVTC, literalmente lo siguiente: "40. Ahora bien, para el Tribunal Constitucional, lo sustancial al evaluar la intervención del Estado en materia económica no es sólo identificar las causales habilitantes, sino también evaluar los grados de intensidad de esta intervención. (...)"

¹⁸ Artículo 47.- Llámase concesión al acto jurídico mediante el cual el Estado concede a una persona natural o jurídica la facultad de prestar servicios públicos de telecomunicaciones. (...)

¹⁹ Artículo 8.- Las telecomunicaciones en el Perú técnicamente se orientan hacia el establecimiento de una Red Digital Integrada de Servicios y Sistemas. A este efecto los servicios de telecomunicaciones se clasifican en:

- a) Servicios Portadores
- b) Teleservicios o Servicios Finales
- c) Servicios de Difusión
- d) Servicios de Valor Añadido

De otro lado, corresponde señalar que los títulos habilitantes que permiten la prestación de los servicios de telecomunicaciones se encuentran regulados en los artículos 47 al 56 del TUO de la ley, siendo los siguientes:

- a) Concesión
- b) Autorización
- c) Permiso
- d) Licencia

En el caso de la Concesión, esta es definida en el artículo 47 *supra* 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.

En ese sentido, es posible concluir que la concesión constituye un título habilitante por el cual se otorga al administrado un derecho que este no posea (a diferencia de la autorización, que permite el ejercicio de un derecho preexistente, sometido a determinados requisitos²⁰), concretizado en la facultad para la prestación del servicio público de telecomunicaciones, el cual se encuentra sometido a una regulación específica, y se materializa con el contrato de concesión, el cual debe contener lo establecido en el artículo 115 del TUO del reglamento, cuyo tenor literal establece lo siguiente:

"Artículo 115.- Contenido del contrato de concesión y la resolución de autorización

²⁰ PARADA VÁSQUEZ, Ramón, *Derecho administrativo. Parte general*, Marcial Pons, Madrid, 1996, t. I, p. 455.



MONTAÑA
SIGUENZA
NAPURÍ
ABOGADOS

OSIPTEL FOLIOS
66 2374

El contrato de concesión y la resolución de autorización deberán contener, entre otros, las características técnicas específicas de operación de los servicios autorizados y el plazo para realizar la instalación de los mismos, así como los sistemas que sean necesarios para la prestación del servicio.

En el caso de servicios públicos que utilicen medios radioeléctricos, dichas características técnicas estarán contenidas en la respectiva resolución de asignación de espectro.

Los titulares de concesiones y autorizaciones de servicios de telecomunicaciones no podrán modificar las características técnicas de operación de los servicios respectivos sin previa autorización del Ministerio."

Como se puede observar del segundo párrafo del citado artículo, existen dos tipos de concesiones: i) las que requieren del espectro radioeléctrico, y ii) las que no requieren. En caso que requieran, la norma prevé un procedimiento administrativo que concluya con una resolución que lo autorice y en la cual debe detallarse las características técnicas del servicio.

3.2.2 Sobre la posibilidad de transferir el título habilitante de concesión

El artículo 51 del TUO de la ley, respecto de la transferencia de los respectivos títulos habilitantes, señala literalmente lo siguiente:

"Artículo 51.- Los derechos otorgados por el Estado [concesión] en los artículos anteriores son intransferibles, salvo previa autorización del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción [hoy Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en adelante MTC]. La inobservancia de esta condición produce la resolución de pleno derecho del contrato de concesión o la anulación automática en el caso de autorizaciones, permisos y licencias."

En el mismo sentido, el artículo 117 del Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado mediante el Decreto Supremo N.º 020-2007-MTC (en adelante el TUO del reglamento), señala lo siguiente:

Artículo 117.- Transferencia de concesiones y autorizaciones
(...)

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 viceministerial²¹. La adenda respectiva será suscrita en un plazo de sesenta (60) días hábiles, previa presentación del documento que acredite el acuerdo de transferencia.

(...)

La transferencia no podrá ser denegada sin causa justificada. Entiéndase por causa justificada a las señaladas en el artículo 113²², a toda situación que

²¹ De acuerdo a la modificación introducida en el año 2006 al artículo 47 del TUP de la Ley de Telecomunicaciones, la concesión se perfecciona mediante resolución del Titular del Sector.

²² 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 incurso en algunas de las prohibiciones establecidas en la Ley y el Reglamento.
5. El solicitante no hubiera cumplido con los pagos que resultan 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 contemplan en la Ley u otra norma con rango de ley.



MONTIYA
S. GUZMAN
NABUR
ABOGADOS

OSIPTEL | FOLIOS
66 | 2976

podiera atender contra lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley y aquellas que señale la Ley, el Reglamento u otra disposición legal."

De las normas citadas, 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 previa del MTC, a través del procedimiento administrativo respectivo. Asimismo, señala que el órgano competente para resolver dicho procedimiento administrativo es el Viceministro de Comunicaciones del MTC.

De igual modo se observa que la transferencia podrá ser denegada y, como cualquier acto administrativo que pone fin a un procedimiento, debe estar motivado en causa justificada, conforme lo señala el artículo 113, que establece un conjunto de supuestos para denegar la concesión o autorización, a toda situación que pudiera atender contra lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley²³; así como aquellas que señale la Ley, el Reglamento u otra disposición legal.

Finalmente, se establece que el artículo materia de comentario será aplicable a los casos de reorganización societaria, conforme a lo dispuesto en la Ley General de Sociedades, con excepción de la transformación. Esto último es relevante para efectos de la aplicación de lo dispuesto por el artículo 6 del Decreto Legislativo N.° 1310, a lo cual vamos a referirnos más adelante en el presente informe.

En consecuencia, se advierte claramente que el procedimiento administrativo orientado a aprobar o autorizar la transferencia de la concesión debe ser aprobado por

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

²³ Artículo 8.- 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.

el Viceministro de Comunicaciones, constituyendo un procedimiento autónomo, es decir, no depende de ninguna otra autoridad, instancia o procedimiento.

3.2.3 Respetto del espectro radioelétrico en su calidad de patrimonio de la nación en tanto recurso natural

El artículo 66 de la Constitución Política del Perú establece literalmente lo siguiente:

"Artículo 66.- Recursos naturales

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."

Asimismo, cabe señalar que el artículo 3 de la Ley N.° 26821, Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, define a los recursos naturales, de la siguiente manera:

"Artículo 3.- Se consideran recursos naturales a todo componente de la naturaleza, susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tenga un valor actual o potencial en el mercado, tales como:

- a. las aguas: superficiales y subterráneas;
 - b. el suelo, subsuelo y las tierras por su capacidad de uso mayor: agrícolas, pecuarias, forestales y de protección;
 - c. la diversidad biológica: como las especies de flora, de la fauna y de los microorganismos o protistas; los recursos genéticos, y los ecosistemas que dan soporte a la vida;
 - d. los recursos hidrocarbúricos, hidroenergéticos, eólicos, solares, geotérmicos y similares;
 - e. la atmósfera y el espectro radioelétrico;
 - f. los minerales;
 - g. los demás considerados como tales.
- (...)"

En esa misma línea, el artículo 57²⁴ del TUO de la Ley concordado con el artículo 199²⁵ del TUO del Reglamento dispone que el espectro radioeléctrico es un recurso natural de dimensiones limitadas que forma parte del patrimonio de la Nación. Se establece que su utilización y otorgamiento de uso a particulares se efectuará en las condiciones señaladas en el TUO de la Ley y su reglamento, correspondiendo al MTC la administración, la atribución, la asignación y el control del espectro de frecuencias radioeléctricas y, en general, cuanto concierne al espectro radioeléctrico. Lo cual implica que dichas decisiones implican el ejercicio de función administrativa, la cual se canaliza a través del procedimiento administrativo respectivo.

A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional ha señalado en la sentencia recaída en el Expediente N.º 0003-2006-PI/TC, lo siguiente:

(...)

4. El espectro radioeléctrico o electromagnético es un recurso natural por medio del cual pueden propagarse las ondas radioeléctricas sin guía artificial. Es una franja de espacio a través de la cual se desplazan las ondas electromagnéticas capaces de portar y transportar diversos mensajes sonoros o visuales, a corta y larga distancia. Es un recurso natural de dimensiones limitadas. En tanto tal, de conformidad con el artículo 66º de la Constitución, forma parte del patrimonio de la Nación y el Estado es soberano en su aprovechamiento, correspondiéndole a éste su gestión, planificación, administración y control, con arreglo a la Constitución, la ley y los principios generales del demanio. Dada su condición de bien escaso o limitado, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones debe ser particularmente eficiente al ejercer las funciones de administración, asignación de frecuencias y control

²⁴ Artículo 57.- El espectro radioeléctrico es un recurso natural de dimensiones limitadas que forma parte del patrimonio de la Nación. Su utilización y otorgamiento de uso a particulares se efectuará en las condiciones señaladas en la presente Ley y su reglamento.

²⁵ 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.

del espectro electromagnético, que le han sido confiadas por el artículo 61º del Decreto Legislativo N.º 702. (...)"

En ese sentido, el espectro radioeléctrico al ser un recurso natural limitado, que forma parte del patrimonio de la nación y respecto del cual el Estado es soberano, su protección depende exclusivamente de él a través de los actos positivos y expresos que pueda dictar para garantizar el uso eficiente del mismo, los mismos que deben traducirse en la declaración expresa que se origine en la aplicación estricta de todas las disposiciones normativas que establecen la forma de los actos que se emitirán.

Así, tenemos el artículo 202 del TUO del reglamento que preceptúa que la asignación de espectro 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 Plan Nacional de Asignación de Frecuencias. Como ya se ha señalado, dicho acto administrativo necesariamente debe ser resultado de un procedimiento administrativo previo (caso contrario poseería un vicio que generaría su nulidad²⁶) y que concluya con una decisión expresa.

Asimismo, el artículo 204 de la norma antes citada preceptúa que el uso del espectro radioeléctrico requiere de una concesión o autorización del servicio de telecomunicaciones correspondiente, según sea el caso, previo cumplimiento de los

²⁶ TUO de la Ley N.º 27444;

Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causen 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.
3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición.
4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.

requisitos establecidos en el Reglamento, conforme se pueda leer de su tenor literal citado a continuación:

"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."

En tal sentido, queda claro que el procedimiento administrativo orientado a otorgar o asignar el uso del espectro radioeléctrico debe concluir con un acto administrativo expreso del Estado, materializado en una resolución directoral, en la medida que el proceder cauteloso constituye la forma más idónea de garantizar una adecuada protección del recurso natural involucrado, así como garantizar el ejercicio soberano del mismo. Sin embargo, para efectos de la transferencia de la asignación del espectro, este será aprobado previamente por el Viceministro de Comunicaciones del MTC, en aplicación del artículo 117 del TUO del reglamento *supra*.



A mayor abundamiento, se debe señalar que la normatividad vigente establecen claramente la distinción entre el título habilitante denominado "concesión" y el procedimiento administrativo de asignación del espectro, tal como se aprecia del numeral 86 de los Lineamientos de Política del Mercado de Telecomunicaciones del Perú, aprobados por Decreto Supremo N.º 020-98-MTC, cuyo tenor literal se cita a continuación:

"86. Las asignaciones del espectro radioeléctrico se expedirán a través de resolución administrativa, no formando así parte del título habilitante de la concesión. (...)"

De esta manera, queda absolutamente clara la diferencia entre el procedimiento de otorgamiento o modificación de concesión y el procedimiento de asignación del espectro radioeléctrico.



3.2.4 Respecto de la diferente naturaleza de los procedimientos vinculados a la prestación de servicios de telecomunicaciones y al uso y aprovechamiento de los recursos naturales

Como ha quedado claro de los ítems anteriores, los procedimientos administrativos de transferencia de concesión como de asignación del espectro radioeléctrico, constituyen dos procedimientos distintos, dado que persiguen finalidades diferentes como ya se ha explicado; y, más bien, corrobora esta afirmación el hecho que el otorgamiento de la concesión es aprobada por el Ministro de Transportes y Comunicaciones, mientras que la asignación del espectro es aprobada por el Director General de Concesiones en Comunicaciones, dado que se analizan en cada uno de ellos, aspectos no necesariamente vinculados ni conexos.

En efecto, mientras que la transferencia de la concesión constituye una autorización para transferir su concesión a un tercero para que este pueda prestar los servicios públicos de telecomunicaciones, es decir, la concesión se constituye como un requisito para la prestación de tales servicios; la segunda, constituye más bien un acto administrativo que permite al administrado usar, explotar y aprovechar económicamente el recurso natural denominado espectro radioeléctrico.

Y esto, a su vez, le genera una serie de obligaciones que garantizan al Estado su uso racional y eficiente, al ser el espectro radioeléctrico un recurso escaso. Máxime, si como se ha explicado en el ítem anterior, la propia norma dispone que el procedimiento de asignación del espectro no está contenido en el procedimiento de otorgamiento o modificación de la concesión.

Por lo expuesto, es posible afirmar que los procedimientos de transferencia de concesión y de asignación de espectro radioeléctrico no solo son distintos, al perseguir cada uno de ellos finalidades distintas, sino que también son autónomos, no obstante que para obtener la asignación del espectro se requiere haber obtenido previamente la respectiva concesión, a través del procedimiento establecido.

En tal sentido, tanto el título habilitante (concesión administrativa) como el medio para prestar el servicio público de telecomunicaciones (espectro radioeléctrico) deben provenir procedimientos administrativos diferentes, dada la naturaleza distinta de cada uno de ellos, cumpliendo con lo dispuesto por el artículo 3 del TUO de la Ley N.º 27444²⁷.

Como resultado, no debe entenderse que el procedimiento de otorgamiento de concesión y el de asignación de espectro son uno solo, sino más bien que uno es requisito del otro. Es decir, para la asignación del espectro se requiere previamente haber obtenido la respectiva concesión, a través del procedimiento correspondiente, establecido en el Reglamento. Es más, dicha asignación deberá producirse a través de la Resolución Directoral respectiva, mientras que la concesión es otorgada mediante resolución ministerial, conforme lo dispuesto por el artículo 117 del Reglamento, el cual hemos citado líneas arriba.

Más aun, el artículo 205 del Reglamento preceptúa que la asignación de espectro para servicios públicos, estará sujeta al cumplimiento de metas de uso de espectro, las cuales estarán contempladas en el instrumento que lo asigna, que en este caso sería la respectiva resolución directoral. Así, se entiende por metas de uso de espectro conforme a la norma la obligación y compromiso que tiene la empresa concesionaria de utilizar en forma eficiente y efectiva el espectro asignado, de tal manera que se garantice el uso eficiente de dicho recurso.

Adicionalmente, el artículo 218 del Reglamento establece las causales de reversión del espectro al Estado, entre las cuales se encuentran tanto la revocación parcial o total de la asignación, debido al incumplimiento injustificado de metas de uso

²⁷ TUO de la Ley N.º 27444:

Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:
(...)

5. Procedimiento regular.- Antes de su emisión, el acto debe ser convalidado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación.

de espectro o cuando se trate de un recurso escaso y exista un uso ineficiente del mismo, el vencimiento del plazo por el que se le otorgó la asignación, sin que el titular hubiese solicitado la renovación de la misma; así como por la resolución del contrato de concesión del servicio para el cual se asignó el espectro, o por la renuncia a la concesión. La distinción entre estas diversas causales de reversión del espectro en la norma materia de comentario nos muestra con meridiana claridad que estamos ante dos procedimientos diferentes, no obstante que uno de dichos procedimientos, que es el de otorgamiento y transferencia de concesión, constituye el paso previo para la obtención de la asignación del espectro.

Como resultado, el procedimiento de autorización de transferencia de la concesión por parte del Ministerio de Transportes y Comunicaciones se enfoca en el servicio público, el cual es de titularidad del Estado, como ya lo hemos señalado en el presente informe. Mientras que el procedimiento de asignación del espectro radioeléctrico se dirige a la tutela de un recurso natural, bien jurídico que se encuentra tutelado tanto constitucional como legalmente.

3.2.5 Sobre el reconocimiento de títulos habilitantes en caso de reorganización de sociedades y cambios de denominación social

Para efectuar este análisis es necesario incidir con mayor profundidad en una distinción que hemos señalado en el primer punto del presente análisis, que es la que existe entre la concesión administrativa y la autorización. Es así que las concesiones administrativas, a diferencia de las autorizaciones, implican el otorgamiento de derechos que no son preexistentes a las mismas²⁸. Las autorizaciones, en cambio, permiten el ejercicio de derechos preexistentes, que sin embargo requiere el cumplimiento de determinados requisitos por parte del administrado.

²⁸ PARADA VÁSQUEZ, Ramón, *Derecho administrativo. Parte general*, Marcial Pons, Madrid, 1998, t. I, p. 455.



Tenemos en nuestra legislación tanto concesiones administrativas en materia de infraestructura, así como concesiones de servicios públicos (que es a las que nos referimos en este Informe) y de recursos naturales, conforme a las normas pertinentes en cada caso concreto. A su vez, tenemos diversas autorizaciones reguladas por normas especiales, en donde se establece la distinción antes señalada.

Asimismo, en materia de telecomunicaciones el TUO de la Ley distingue con claridad unas de otras, generando una definición de concesión (a la cual ya nos hemos referido con amplitud), así como definiciones específicas de autorización, permiso y licencia. Así la norma materia de análisis 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.*

De las normas antes citadas se deduce entonces que en la legislación en materia de telecomunicaciones se distingue con claridad tanto la concesión administrativa como las autorizaciones, permisos y licencias, que constituyen títulos habilitantes en esta materia.



MONTAÑA
& GUZMÁN
NAPUR
ABOGADOS

OSIPTEL
GG- 2385

Diferencias entre la transferencia de título habilitante y la reorganización de sociedad o cambio de denominación social

Ahora bien, el párrafo final del artículo 117 del Reglamento, que como hemos señalado anteriormente regula el procedimiento de transferencia de concesiones y autorizaciones, establece que dicho procedimiento será aplicable a los casos de reorganización societaria, conforme a lo dispuesto en la Ley General de Sociedades, con excepción de la transformación.

En este orden de ideas, el artículo 6 del Decreto Legislativo N.º 1310 establece una importante disposición en materia de simplificación administrativa dirigida a la subsistencia de los títulos habilitantes 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.



Se establece así que en los casos de fusión de sociedades, todos los registros, certificados, permisos, licencias y autorizaciones de titularidad de las sociedades que se extinguen se entiendan transferidos de pleno derecho a la sociedad absorbente o incorporante. Se establece además que ninguna entidad pública puede desconocer los derechos adquiridos por las sociedades absorbentes o incorporantes como consecuencia de la fusión. Se establece además que esta disposición no aplica para los casos vinculados a recursos hidrobiológicos.

Ahora bien, es preciso efectuar una interpretación literal de la norma. El artículo antes citado no hace referencia expresa a las concesiones, sean de recursos naturales o de servicios públicos, sino a registros, certificados, permisos, licencias y autorizaciones, que constituyen títulos habilitantes distintos, que entrañan un nivel menor de interés general, como ya lo hemos señalado líneas arriba.

Siendo ello así, en este caso sería aplicable el párrafo final del artículo 117 del Reglamento, que señala con meridiana claridad que dicho artículo será aplicable a los casos de reorganización societaria, conforme a lo dispuesto en la Ley General de



MONTAÑA
& GUZMÁN
N.A.P.U.R.I.
ABOGADOS

GRUPTEL FOLIOS
GG 2985

Sociedades, con excepción de la transformación, no siendo aplicable el artículo 6 del Decreto Legislativo N.º 1310.

En consecuencia, la transferencia de la concesión en materia de telecomunicaciones requiere necesariamente la tramitación del procedimiento establecido por el TUO de la Ley y el Reglamento, sin que ello pueda ocurrir de manera automática. Asimismo, dado que el registro de asignación de espectro radioeléctrico se encuentra sujeto al respectivo procedimiento administrativo, y a su vez, dicha asignación se encuentra condicionado al cumplimiento de, entre otros, a la obtención de una concesión; no resulta posible que el registro obtenido por una empresa luego de haber sido absorbida por otra, se entienda transferida a esta última de manera automática o de pleno derecho.

3.3 RESPECTO DEL SILENCIO APLICABLE A LOS PROCEDIMIENTOS DE OTORGAMIENTO DE CONCESIÓN Y DE ASIGNACIÓN DE ESPECTRO RADIOELÉCTRICO, DADA SU ESPECIAL NATURALEZA Y PROTECCIÓN

3.3.1. Sobre la especial protección constitucional para la explotación y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales

Como ya se ha mencionado en el ítem precedente, los recursos naturales tienen una especial consideración constitucional, al estar expresamente regulados en la carta magna, siendo relevante traer a colación nuevamente su redacción en los términos siguientes:

"Artículo 66.- Los recursos naturales

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."

De acuerdo a dicho precepto constitucional, el Estado es soberano en el aprovechamiento de los recursos naturales, lo que significa que él decide en función del interés público cómo se aprovecha.

Adicionalmente, reserva a ley orgánica dos aspectos sustanciales para resolver las consultas materia del presente informe: i) En dicha ley se fijarán las condiciones para la utilización del recurso natural, en este caso, del espectro radioeléctrico; y, ii) las condiciones para el otorgamiento a sus particulares. Esto quiere decir que se encuentran sujetos a reserva de ley orgánica (extendido a las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad²⁹) ambos supuestos, siendo que ninguna otra ley se encuentra facultada para establecer las condiciones para el otorgamiento del recurso natural (espectro radioeléctrico) a los particulares, ni para su utilización.

Sobre el particular, el artículo 1° de la Ley N.° 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, establece las condiciones y las modalidades de otorgamiento a particulares, en cumplimiento del mandato contenido en los artículos 66° y 67° de la Constitución.

Asimismo, el artículo 19 dispone que los derechos para el aprovechamiento de los recursos naturales se otorgan a los particulares mediante las modalidades que se establecen en las leyes especiales para cada recurso natural.

En la ley especial, esto es, el artículo 36 del TUO de la Ley, ciertamente se regula las condiciones para el otorgamiento a los particulares así como su utilización. Pero, además, ha señalado expresamente como condición para su otorgamiento que

²⁹ Para que una determinada norma forme parte del llamado bloque de constitucionalidad no basta que desarrolle preceptos constitucionales, sino que es indispensable que ello ocurra precisamente en función de una disposición constitucional que así lo reclame, o que la naturaleza del precepto así lo indique, como en el caso de los derechos fundamentales. En ese sentido, en el presente caso se advierte que, de acuerdo con el artículo 66 de la Constitución, se reserva a ley orgánica tanto el uso del recurso natural como su otorgamiento a particulares para su aprovechamiento. Por ello, al resultar indubitable la existencia de un mandato constitucional que ordena regular los alcances antes referidos, queda claro que la norma que versa sobre esta materia sí integra el bloque de constitucionalidad. Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional en frondosa jurisprudencia, entre la que se encuentra la recaída en el Expediente N. 0021-2012-AI/TC, 0008-2013-PI/TC, 0009-2013-PI/TC, 0010-2013-PI/TC y 0013-2013-PI/TC

siempre tiene que existir un acto expreso así lo establezca, tal como se lee de su tenor literal que se cita a continuación:

"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."

En efecto, según se lee del referido artículo 36 del TUO de la Ley, ningún trámite administrativo vinculado a los recursos naturales puede ser otorgado a través del silencio administrativo positivo, siendo dicha disposición el resultado de la búsqueda del equilibrio entre la los derechos particulares y el interés público³⁰. Y, en esa medida, los recursos naturales en general, y el espectro radioeléctrico en particular, tienen implícito el interés público.

En igual sentido, resulta pertinente recordar que el Tribunal Constitucional, haciendo referencia al texto constitucional referido a que *los recursos naturales -como el espectro radioeléctrico- son patrimonio de la nación*, ha señalado que ello implica que **su explotación no puede ser separada del interés nacional**, por ser una universalidad patrimonial reconocida para los peruanos de todas las generaciones. **Los beneficios derivados de su utilización deben alcanzar a la Nación en su conjunto**; por ende, **se proscribe su exclusivo y particular goce**.

A partir de ello, el Tribunal, en la sentencia recaída en el Exp. N.° 00048-2004-AI/TC, señaló que los recursos naturales -como expresión de la heredad nacional- reposan jurídicamente en el dominio del Estado, quien tiene la capacidad para legislar, administrar y resolver las controversias que se susciten en torno a su mejor aprovechamiento³¹, siendo que los beneficios resultantes de tal aprovechamiento

³⁰ En efecto, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N.° 0006-2006-PV/TC ha señalado que los recursos naturales, in totum, sean patrimonio de la Nación, implica que su explotación en ningún caso pueda ser separada del interés nacional y el bien común, por constituir una universalidad patrimonial reconocida para los peruanos de todas las generaciones. Los beneficios derivados de su utilización deben alcanzar a la Nación en su conjunto, por lo que queda proscribida su explotación con fines exclusivamente individualistas o privatísticos.

³¹ Sentencia recaída en el Exp. 00028-2008-PI/TC

deben ser a favor de la colectividad en general, correspondiendo al Estado el deber de promover las políticas adecuadas a tal efecto.

En este contexto, es que en el TUO de la Ley se establece que el Estado fomenta la libre competencia de los servicios de telecomunicaciones, debiendo regular el mercado de forma tal que asegure su normal desenvolvimiento buscando evitar concentración de mercado así como prácticas que contravengan la competencia, precisando en su artículo 6 literalmente lo siguiente:

"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."

De esta manera, queda claro 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 de tanto la utilización como el 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.

3.3.2. Respecto del marco general aplicable a los procedimientos administrativos sujetos a silencio administrativo negativo

Sin perjuicio de lo señalado en el ítem anterior, procederemos a analizar lo dispuesto en el Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento



Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N.° 006-2017-JUS (en adelante el TUO de la Ley N.° 27444), específicamente su regulación contenida en el artículo 37 en el que se establece que el silencio administrativo negativo es aplicable en determinados casos, 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 o 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 bilaterales 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 bilaterales 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."

Ahora bien, a continuación procederemos a analizar cada uno de los procedimientos materia de consulta, a la luz de lo dispuesto en la norma citada en el párrafo anterior, concordado con las normas que conforman en el bloque de constitucionalidad.

3.3.3 Procedimiento administrativo de transferencia de concesiones para brindar el servicio de telecomunicaciones

Como hemos mencionado en los acápites anteriores, 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 asegurarla³².

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 público³³.

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

³² Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N.° 0048-2004-AI/TC.

³³ Así también lo ha establecido el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N.° 0048-2004-AI/TC.

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.

En adición a lo señalado, debemos precisar que no es de aplicación el silencio administrativo positivo en los casos de trámites de concesión de servicios de telecomunicaciones, tal como lo dispone el artículo 36 del TUO de la ley, al cual nos hemos referido anteriormente en este informe,

En el mismo sentido, el artículo 111 del TUO del reglamento dispone también la no aplicación del silencio administrativo positivo, 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 silencio administrativo positivo 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, ley general, 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 silencio administrativo negativo.

Finalmente, y 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 silencio administrativo positivo.

3.3.4 Procedimiento administrativo de asignación o uso del espectro radioeléctrico

Como ya se ha explicado precedentemente, 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 protegerlo³⁴.

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 expesos que correspondan, conforme lo establece el artículo 19 de la Ley Orgánica de Aprovechamiento de los Recursos Naturales, cuyo tenor literal señala lo siguiente:

"Otorgamiento de derechos sobre los recursos naturales

Artículo 19.- Los derechos para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales se otorgan a los particulares mediante las modalidades que establecen las leyes especiales para cada recurso natural. En cualquiera de los casos, el Estado conserva el dominio sobre estos, así como sobre los frutos y productos en tanto ellos no hayan sido concedidos por algún título a los particulares.

En la misma línea, el artículo 57 del TUO de la ley señala literalmente lo siguiente:

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

A su vez, el artículo 204 del TUO del Reglamento, como ya se ha señalado *supra*, el uso del espectro radioeléctrico establece literalmente lo siguiente:

³⁴ Así lo ha señalado el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N.º 0015-2010-PI/TC, de fecha 11 de setiembre de 2012.

"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."

Al mismo tiempo, el Estado tiene la obligación de dar cumplimiento al artículo 6 del TUO de la ley, citado *supra*. En esa línea, 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 Perú, referido *supra*, cuyo tenor literal señala lo siguiente:

"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 toques 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."

Entonces, queda claro que las acciones concretas que debe desplegar el Estado en sus diversas instancias, a través del MTC y del OSIPTEL³⁵, están

³⁵ Ley N.º 27336, Ley de desarrollo de funciones de OSIPTEL
Artículo 38.-

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

Decreto Legislativo N.º 1034, que aprueba la ley de represión de conductas anticompetitivas
Artículo 17.- Del OSIPTEL.

La aplicación de la presente Ley al mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones estará a cargo del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL de conformidad con lo dispuesto en la Ley N.º 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y

orientadas a verificar que exista competencia que 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, pues la oferta de servicios estaría limitada a unas pocas empresas que brinden dicho servicio; razón por la cual, la solicitud de asignación del espectro radio eléctrico 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 el 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 las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad, como 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 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 silencio administrativo positivo, en la medida que el artículo 205 *supra* 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

Facultades del OSIPTEL. En tal sentido, las instancias competentes, las facultades de éstas y los procedimientos que rigen su actuación serán los establecidos en su marco normativo.

asigna, es decir, en la resolución directoral; situación que es imposible materialmente de presentarse en el caso que la asignación de su uso se produzca a través del SAP.

En ese sentido, no cabe duda que sostener que el SAP puede otorgar el derecho de usar o aprovechar el espectro radioeléctrico no solo vacía de contenido la obligación constitucional que tiene el Estado de proteger el espectro radioeléctrico, sino que vulnera lo dispuesto en las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad, tales como la Ley Orgánica de Aprovechamiento de los Recursos Naturales y el TUO de la Ley (la que a su vez se desarrolla en el artículo 204 del TUO del reglamento antes señalado).

De las normas glosadas queda claro que: i) el Estado tiene el deber constitucional de proteger los recursos naturales, ii) la obligación de proteger los recursos naturales la realiza el Estado, entre otras, a través de la verificación de la existencia de competencia (que se dé un normal desenvolvimiento del mercado, del control de los efectos de situaciones de monopolio, que no existan o se promuevan prácticas y acuerdos restrictivos derivados de la posición dominante de una empresa, entre otros); iv) 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, v) 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, vi) la decisión expresa consiste en otorgar el uso del espectro radioeléctrico pero a su vez, estableciendo las metas³⁶ para su uso, vii) el SAP, en tanto no constituye una declaración expresa ni mucho 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.

³⁶ 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.

Por lo expuesto, y considerando que el numeral 37.1 dispone que será de aplicación el silencio administrativo negativo cuando se efecte 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, los artículos 19³⁷ de la Ley Orgánica de Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, 36 del TUO de la Ley, y su Reglamento; corresponde la aplicación del silencio administrativo negativo a dicho procedimiento administrativo.

3.4 SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL Y ADMINISTRATIVA FUNCIONAL APLICABLE

De acuerdo a lo señalado por el artículo 6 de la Ley N.° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, "el control gubernamental consiste en la supervisión, vigilancia y verificación de los actos y resultados de la gestión pública, en atención al grado de eficiencia, eficacia, transparencia y economía en el uso y destino de los recursos y bienes del Estado, así como del cumplimiento de las normas legales y de los lineamientos de política y planes de acción, evaluando los sistemas de administración, gerencia y control, con fines de su mejoramiento a través de la adopción de acciones preventivas y correctivas pertinentes."

Asimismo, se establece en el artículo 7 que el control interno comprende las acciones de cautela previa, simultánea y de verificación posterior que realiza la entidad sujeta a control, con la finalidad que la gestión de sus recursos, bienes y

³⁷ Otorgamiento de derechos sobre los recursos naturales

Artículo 19.- Los derechos para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales se otorgan a los particulares mediante las modalidades que establecen las leyes especiales para cada recurso natural. En cualquiera de los casos, el Estado conserva el dominio sobre estos, así como sobre los frutos y productos en tanto ellos no hayan sido concedidos por algún título a los particulares.

operaciones se efectúe correcta y eficientemente. Su ejercicio es previo, simultáneo y posterior.

Como se ha señalado en el presente informe, el espectro radioeléctrico es un recurso natural es patrimonio de la nación y el Estado es soberano en su aprovechamiento. Lo que quiere decir que dicho recurso natural es un bien del Estado y por tanto, está sujeto al control que pueda realizar la Contraloría General de la República respecto de la adecuada y eficiente gestión que se le dé al mismo.

Igualmente, conforme al artículo 46 del mismo cuerpo legal, se entiende por responsabilidad administrativa funcional aquella en la que incurren los servidores y funcionarios por haber contravenido el ordenamiento jurídico administrativo y las normas Internas de la entidad a la que pertenecen, se encuentre vigente o extinguido el vínculo laboral o contractual al momento de su identificación durante el desarrollo de la respectiva acción de control. Además, la misma norma señala que incurren también en responsabilidad administrativa funcional los servidores y funcionarios públicos que en el ejercicio de sus funciones, desarrollaron una gestión deficiente, dentro de lo cual se entiende respecto del adecuado otorgamiento y utilización de los recursos naturales como el espectro radioeléctrico.

De otro lado, conforme lo dispuesto por el artículo 259³⁸ del TUO de la Ley N.° 27444, las autoridades y personal al servicio de las entidades, independientemente de

³⁸ Artículo 259.- Faltas administrativas

259.1 Las autoridades y personal al servicio de las entidades, independientemente de su régimen laboral o contractual, incurren en falta administrativa en el trámite de los procedimientos administrativos a su cargo y, por ende, son susceptibles de ser sancionados administrativamente suspensión, cese o destitución atendiendo a la gravedad de la falta, la reincidencia, el daño causado y la intencionalidad con que hayan actuado, en caso de:

1. Negarse a recibir injustificadamente solicitudes, recursos, declaraciones, informaciones o expedir constancia sobre ellas.
2. No entregar, dentro del término legal, los documentos recibidos a la autoridad que deba decidir u opinar sobre ellos.
3. Demorar injustificadamente la remisión de datos, actuados o expedientes solicitados para resolver un procedimiento o la producción de un acto procesal sujeto a plazo determinado dentro del procedimiento administrativo.
4. Resolver sin motivación algún asunto sometido a su competencia.
5. Ejecutar un acto que no se encuentre expedido para ello.
6. No comunicar dentro del término legal la causal de abstención en la cual se encuentra incurso.

su régimen laboral o contractual, incurren en falta administrativa en el trámite de los procedimientos administrativos a su cargo y, por ende, son susceptibles de ser sancionados administrativamente suspensión, cese o destitución atendiendo a la gravedad de la falta, la reincidencia, el daño causado y la intencionalidad con que hayan actuado.

La responsabilidad administrativa implica la contravención a las disposiciones y los deberes que se encuentran establecidos en el ordenamiento jurídico administrativo. En particular, la responsabilidad disciplinaria se encuentra referida a la vulneración de los deberes propios del servidor respecto de su entidad, la cual incluye las faltas establecidas en la Ley del Procedimiento Administrativo General.

7. Dilatar el cumplimiento de mandatos superiores o administrativo o contradecir sus decisiones.
 8. Intimidar de alguna manera a quien desee plantear queja administrativa o contradecir sus decisiones.
 9. Incumplir en legalidad manifiesta.
 10. Difundir de cualquier modo o permitir el acceso a la información confidencial a que se refiere el numeral 169.1 de este TUO.
 11. No resolver dentro del plazo establecido para cada procedimiento administrativo de manera negligente o injustificada.
 12. Desconocer de cualquier modo la aplicación de la aprobación automática o silencio positivo obtenido por el administrado ante la propia u otra entidad administrativa.
 13. Incumplir con los criterios, procedimientos y metodologías para la determinación de los costos de los procedimientos y servicios administrativos.
 14. Cobrar montos de derecho de tramitación por encima de una (1) UIT, sin contar con autorización previa.
 15. No aplicar el procedimiento estandarizado aprobado.
 16. Cobrar montos de derecho de tramitación superiores al establecido para los procedimientos estandarizados.
 17. Proponer, aprobar o exigir procedimientos, requisitos o tasas en contravención a los dispuestos en esta ley y demás normas de simplificación, aunque consten en normas internas de las entidades o Texto Único de Procedimientos Administrativos.
 18. Exigir a los administrados la presentación de documentos prohibidos de solicitar o no admitir los sucedáneos documentales considerados en la presente ley, aun cuando su exigencia se base en alguna norma interna de la entidad o en su Texto Único de Procedimientos Administrativos.
 19. Suspender la admisión a trámite de solicitudes de los administrados por cualquier razón.
 20. Negarse a recibir los escritos, declaraciones o formularios presentados por los administrados, o a expedir constancia de su recepción, lo que no impide que pueda formular las observaciones en los términos a que se refiere el artículo 134;
 21. Exigir la presentación personal de peticiones, recursos o documentos cuando la normativa no lo exija.
 22. Otros incumplimientos que sean tipificados por Decreto Supremo refrendado por Presidencia del Consejo de Ministros.
- 259.2 Las correspondientes sanciones deben ser impuestas previo proceso administrativo disciplinario que, se ceñirá a las disposiciones legales vigentes sobre la materia, debiendo aplicarse para los demás casos el procedimiento establecido en el artículo 253 de la presente Ley, en lo que fuere pertinente.



BONTOYA
& GUZMAN
NAPURI
ABOGADOS

OSI TEL FONOS
60 3000

Ahora bien, respecto a la responsabilidad administrativa funcional que se generaría si la administración no aplica el SAP establecido en el TUPA para los procedimientos de obtención, modificación y transferencia de la concesión es preciso señalar que, conforme lo hemos establecido claramente líneas arriba, el silencio administrativo aplicable en estos casos es el negativo, conforme lo dispuesto por las normas que conforman el bloque de constitucionalidad, así como, por el artículo 37 del TUO de la LPAG.

Así, el artículo 159 del TUO de la LPAG establece un conjunto de faltas en las que puede incurrir la autoridad administrativa en la tramitación de los procedimientos a su cargo, entre las que se encuentra incurrir en ilegalidad manifiesta, conforme lo dispuesto por el numeral 9 del citado artículo. Así, la aplicación del TUO de la LPAG a este procedimiento implica el cumplimiento del principio de legalidad, más no lo establecido en el TUPA, donde la determinación del silencio administrativo aplicable es claramente ilegal.

A ello debemos agregar que, conforme lo dispuesto por el numeral 8 del artículo 84 del TUO de la LPAG la autoridad administrativa tiene el deber de Interpretar las normas administrativas de forma que mejor atienda el fin público al cual se dirigen, preservando razonablemente los derechos de los administrados. En este caso, el fin público es la prestación del servicio público de telecomunicaciones, así como la tutela del espectro radioeléctrico.

Asimismo, respecto a la existencia de responsabilidad administrativa funcional si la administración aplica el SAN en dicho procedimiento, al no estar regulado el procedimiento de transferencia del espectro es preciso señalar que, como ya lo hemos indicado, en estos casos el silencio administrativo aplicable es el negativo. En consecuencia, emplear un silencio administrativo diferente al que se encuentra establecido en la Ley generaría responsabilidad administrativa respecto del funcionario

que emplea el silencio administrativo que no es el que corresponde, al incurrir en ilegalidad manifiesta.

En este punto es preciso señalar que, conforme lo dispuesto por el numeral 1 del artículo 84 del TUO de la LPAG, las autoridades administrativas deben actuar dentro del ámbito de su competencia y conforme a los fines para los que les fueron conferidas sus atribuciones, lo cual implica -en el caso del MTC- tutelar el espectro radioeléctrico como recurso natural.

Además, en aplicación del numeral 2 del artículo 84 de la norma antes citada las autoridades administrativas deben desempeñar sus funciones siguiendo los principios del procedimiento administrativo previstos en el Título Preliminar del TUO de la LPAG, deber que se encontraría vulnerado también si es que el MTC emplea el silencio administrativo que no corresponde conforme lo establecido por la Ley.

Ahora bien, es necesario que el procedimiento de transferencia de espectro se encuentre establecido en el TUPA, a fin de que se encuentren compendrados debidamente sus requisitos y su tramitación, a fin de que no se generen las responsabilidades administrativas establecidas en el artículo 56 del TUO de la LPAG.

IV. SOBRE LAS CONSULTAS FORMULADAS

Consulta 1:

1. Sobre el silencio administrativo positivo:

- a. **¿Resulta aplicable el Silencio Administrativo Positivo (SAP) para los procedimientos de concesión única para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones en caso no requiera la asignación de espectro?**

Como se ha señalado en el análisis del presente Informe, los procedimientos administrativos orientados a otorgar una concesión

administrativa, en la medida que se trata de transferencia de facultades del Estado al sector privado, en aplicación del numeral 37.2 del artículo 3 del TUO de la LPAG, se encuentra sujeto a silencio administrativo negativo.

- b. **¿Resulta aplicable el Silencio Administrativo Positivo (SAP) para los procedimientos de modificación de la concesión para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones en caso no se requiera la asignación de espectro?**

Como se ha señalado en la respuesta anterior y en aplicación del TUO de la LPAG, todo procedimiento que involucre la transferencia la facultades de la administración pública a un particular, se encuentra sujeto a silencio administrativo negativo, independientemente si involucra o no el espectro radioeléctrico.

- c. **¿Resulta aplicable el Silencio Administrativo Positivo (SAP) para los procedimientos de transferencia de concesiones para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, tal como ha sido consignado en el TUPA del MTC?**

Tal como se ha señalado, el TUPA constituye un documento de gestión orientado a sintetizar en un solo texto, todos los procedimientos administrativos que se tramitan en una determinada entidad. Como tal, no tiene capacidad legal para generar nuevos procedimientos administrativos ni puede contravenir los textos señalados en las leyes o reglamentos que lo crean.

En ese sentido, en caso que el TUPA del MTC considere a los procedimientos de concesión (a través de los cuales se transfieren facultades de la administración pública a un particular) con silencio administrativo positivo, claramente estaría contraviniendo lo

señalado en el numeral 37.2 de la LPAG, así como el TUO de la Ley, así como su reglamento, el que forma parte del bloque de constitucionalidad antes señalado.

Adicionalmente, si el administrado hubiera hecho uso del SAP, el MTC debe tramitar, a la brevedad, una nulidad de oficio de dichos procedimientos administrativos, respetando el derecho de defensa que le asiste al administrado en el marco de un procedimiento de gravamen, como lo es la nulidad de oficio.

d. **Sobre las consultas referidas en los literales precedentes, teniendo en cuenta la reorganización de sociedades**

Como lo hemos señalado anteriormente en el análisis del presente informe, el artículo 6 del Decreto legislativo N.º 1310 es claro al señalar en qué casos se entienden transferidos los títulos obtenidos por una empresa que posteriormente es sometida a una reorganización empresarial o es absorbida por otra, cuyo tenor literal establece 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.

6.2 La transferencia de la titularidad aplica a partir de la entrada en vigencia de la fusión y debe ser comunicada por las sociedades absorbentes o incorporantes a las entidades de la



administración pública correspondientes en la cual se manifieste que se mantienen las condiciones que permitieron el otorgamiento de los títulos, consignando los datos de los documentos por los que se formalizó la fusión, los datos de su inscripción en los Registros Públicos y los cambios en el RUC en caso fuere necesario. Las entidades realizan por este solo mérito los cambios que corresponden en sus propios registros.

6.3 Las sociedades absorbentes o incorporantes se subrogarán de manera automática en la posición de las sociedades que se extinguen en todo procedimiento administrativo que se encuentre en trámite referido a las sociedades que se disuelven por la fusión, desde la fecha de la comunicación de la fusión a la entidad pública correspondiente.

6.4 Las reglas establecidas en este artículo son de aplicación también a los procesos de escisión y de reorganización simple de sociedades, respecto de los registros, certificados, permisos, licencias y autorizaciones y procedimientos administrativos relacionados a los bienes, derechos, obligaciones u operaciones que se transfieran como consecuencia de la escisión o la reorganización simple y que se identifiquen en la escritura pública correspondiente.

6.5 En los casos de cambio de denominación social, los registros, certificados, permisos, licencias y autorizaciones se mantienen vigentes y las entidades correspondientes de la administración pública realizan los cambios en sus propios registros por el solo mérito de la presentación de copia simple de la escritura pública de modificación de estatutos y Declaración Jurada.

6.6 Bajo ningún concepto se debe exigir trámite o documento adicional a la comunicación de la reorganización societaria o el cambio de nombre, bajo responsabilidad del titular de la entidad pública.

6.7 El ejercicio de los derechos señalados en el presente artículo no limita la facultad de las entidades de la administración pública de ejercer sus competencias en materia de fiscalización posterior a fin de evaluar si las circunstancias que permitieron el otorgamiento de los títulos habilitantes se mantienen, así como verificar la veracidad de la información contenida en la Declaración Jurada. Las entidades públicas pueden revocar los títulos habilitantes siempre y cuando las condiciones para su otorgamiento, conforme a lo dispuesto en las normas aplicables, hayan variado como consecuencia de la fusión, escisión, reorganización simple o cambio de denominación social.

Del referido dispositivo legal, y sin entrar a analizar la coherencia normativa en la que una norma no puede ser aplicada como una isla, se advierte claramente cuáles son los títulos materia de aprobación automática o de pleno derecho, entre los que no se encuentra la concesión.

Asimismo, siendo que los registros son reconocimientos de determinada situación soportada en algún título previo, este sigue la suerte del referido título. En esa medida, dado que la concesión no se encuentra dentro de los actos que se aprueban de manera automática o de pleno derecho, los actos accesorios a este, tampoco podrían ser aprobados de la misma forma. Entenderlo así no solo contraviene la lógica más elemental, sino que se buscaría obtener por vía indirecta aquello que no podría obtenerse por vía directa.

En efecto, dado que el registro de asignación de espectro radioeléctrico se encuentra sujeto a la asignación de este (es decir, luego de un procedimiento administrativo de asignación de espectro), y a su vez, dicha asignación se encuentra condicionado al cumplimiento de, entre otros, a la obtención de una concesión; no resulta posible que el registro obtenido por una empresa luego de haber sido absorbida por otra, se entienda transferida a esta última de manera automática o de pleno derecho.

2. De no resultar legalmente aplicable el SAP en los procedimientos señalados en el numeral precedente, ¿qué acciones se podrían ejercer contra las resoluciones fictas por aplicación del SAP?

Tal como se señaló en el literal c) de la respuesta anterior, el MTC se encuentra en la obligación de iniciar un procedimiento de nulidad de oficio de aquellos procedimientos violatorios de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad y del TUO de la LPAG. Nos referimos a los

4. El procedimiento de obtención de concesión única para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones en caso requiera la asignación de espectro, según el TUPA del MTC se aplica el Silencio Administrativo Negativo (SAN), al igual que el caso de la modificación, por tanto ¿el procedimiento de transferencia de concesión en caso involucre espectro asignado, debería seguir la misma calificación?

Como ya se ha señalado en las respuestas anteriores y en el análisis realizado en el presente informe, todo procedimiento que implique la transferencia de competencias de la administración pública a un particular debe tener silencio administrativo negativo por la importancia que reviste el que el Estado se desprenda de una de sus atribuciones, y que ello ocurra porque operó el silencio administrativo.

Ahora bien, en el caso de la asignación del espectro radioeléctrico, en la medida que este constituye una forma de otorgamiento y utilización a los particulares, reviste una importancia singular para la Constitución Política del Perú, en la medida que reserva su regulación a una ley orgánica, y esta a su vez termina de cerrar la regulación en una ley especial del recurso natural, todas las cuales forman parte del denominado bloque de constitucionalidad.

Así, en el artículo 6 del TUO de la Ley, ley especial del recurso espectro radioeléctrico, se especifica clara y expresamente que no se admite el silencio administrativo positivo en los trámites vinculados al recurso natural denominado espectro radioeléctrico. Ello quiere decir que ninguna otra ley, incluida el TUO de la LPAG, puede incorporar condiciones distintas a las que contienen el bloque de constitucionalidad, como lo es el otorgar un recurso natural o su utilización, a través del silencio administrativo positivo.

Sin perjuicio de ello, debemos señalar que el TUO de la LPAG señala que el silencio administrativo aplicable a los trámites vinculados al espectro radioeléctrico es negativo.

En efecto, como se ha explicado en extenso *supra*, el numeral 37.1 del artículo 37 del TUO de la LPAG, establece que se aplica el silencio administrativo negativo en los casos vinculados a, entre otros, los recursos naturales en los que se afecte significativamente el interés público.

Dado que el interés público, en el caso de los recursos naturales, está vinculado al bien común y al interés general, los beneficios que se obtengan como consecuencia de uso y explotación deben ser devueltos a la colectividad. En ese sentido, una de las formas de medir ese beneficio se traduce en dos ámbitos. Por un lado, en un mayor retorno de los beneficios económicos de la explotación del recurso que se traduce en mayor y mejor obra y servicios públicos; y, por otro lado, el beneficio común se traduce en la menor tarifa que se pague por el servicio ofrecido.

En el presente caso, el mayor ingreso por la explotación del recurso, así como la menor tarifa por el servicio está vinculado directamente a una mayor oferta, es decir, a una mayor competencia en el mercado. Solo teniendo mayor competencia es que se pueden alcanzar esos objetivos.

Por ello, es que si el Estado no verifica si existe una afectación al mercado, o una concentración de la competencia u otros afines, entonces habrá una afectación no menor al interés público que es representado por toda la nación usuaria de los servicios de telecomunicaciones. Y, en tanto exista afectación significativa, el silencio administrativo aplicable al espectro radioeléctrico es el negativo.

5. El otorgamiento de un título habilitante como la concesión única es independiente de la asignación del espectro, por tanto, en el caso que se transfiera dicho título habilitante y el espectro asignado ¿La administración está obligada a llevar un solo procedimiento cuando así lo solicite el administrado, a pesar que solo está regulado en el TUPA del MTC el procedimiento de transferencia de concesión y no la transferencia de la asignación del espectro?

Tal como se ha señalado en la respuesta 3, el procedimiento de transferencia de concesiones es diferente al procedimiento de transferencia de espectro (derivado del procedimiento de asignación de espectro), persiguiendo fines y objetivos distintos, lo que se pone de manifiesto cuando los procedimientos de transferencia de concesión y asignación de espectro son resueltos por órganos distintos al interior del MTC; por lo cual, no pueden ser considerados conexos.

En esa medida, resulta aplicable lo dispuesto en los numerales 125.2 y 125.3 del artículo 125 del TUO de la LPAG, cuyo tenor literal es como sigue:

***Artículo 125.- Acumulación de solicitudes**
(...)

125.2. Pueden acumularse en un solo escrito más de una petición siempre que se trate de asuntos conexos que permitan tramitarse y resolverse conjuntamente, pero no planteamientos subsidiarios o alternativos, salvo lo establecido en el numeral 215.4 del Artículo 215 de la presente Ley.

125.3. Si a criterio de la autoridad administrativa no existiera conexión o existiera incompatibilidad entre las peticiones planteadas en un escrito, se les empleará para que presente peticiones por separado, bajo apercibimiento de proceder de oficio a sustanciarlas individualmente si fueran separables, o en su defecto disponer el abandono del procedimiento.

Como se puede observar del texto citado, la norma permite que en un escrito puedan tramitarse más de una petición, siempre que se cumplan con las siguientes condiciones copulativamente:

- I. Se trate de asuntos conexos
- II. Que se puedan tramitar conjuntamente
- III. Que puedan resolverse conjuntamente

En efecto, como ya se ha señalado, ambos procedimientos persiguen fines distintos, por lo cual no podemos hablar que se trata de asuntos conexos. Asimismo, como ya lo hemos señalado, en el caso de las concesiones que implican asignación de espectro, este último procedimiento requiere que se haya otorgado previamente la concesión respectiva, siendo entonces que la tramitación de un procedimiento administrativo sería más bien requisito para el otro.

Por ello, la respuesta a la pregunta es negativa. Es decir, la entidad no solo no está obligada a tramitar ambas solicitudes dentro de un solo procedimiento, sino que está impedida de hacerlo, por las razones que acabamos de exponer.

6. **El otorgamiento de un título habilitante como la concesión única es independiente de la asignación del espectro, por tanto, en el caso que se transfiera dicho título habilitante y el espectro asignado ¿Qué base legal ampara a la administración a llevar dos procedimientos diferentes?**

Como se ha señalado en la respuesta anterior, la base legal para llevar dos procedimientos diferentes se encuentra en el artículo 125 del TUO de la LPAG, la misma que -como se ha explicado- establece el procedimiento previo antes de sustanciar las solicitudes en procedimientos diferentes.

7. El otorgamiento de un título habilitante como la concesión única es independiente de la asignación del espectro, por tanto, en el caso que se transfiera dicho título habilitante y el espectro asignado, si la administración inicia dos procedimientos, ¿ello vulnera el deber de congruencia establecido en el artículo 196 del TUO de la LPAG? O ¿ello desnaturaliza el procedimiento iniciado por el administrado?

Como se ha señalado en la respuesta anterior, para iniciar dos procedimientos diferentes, debido a que no se cumplen con los requisitos establecidos en el artículo 125 para sustanciarlos en un solo procedimiento, se debe emplazar —en primer lugar— al administrado, bajo apercibimiento de tramitarlas individualmente. Solo en caso que no lo haya realizado el administrado, a instancias de la entidad, o que este no haya respondido, es que de oficio la entidad puede desdoblarlo.

Ahora bien, respecto de si aquello vulnera el principio de congruencia, en la medida que el propio TUO de la LPAG contempla dicha posibilidad, es que el referido principio no podría ser vulnerado.

No obstante ello, cabe señalar que el numeral 196.2 del artículo 196 del TUO de la LPAG, preceptúa que en los procedimientos iniciados a petición del interesado, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por éste, sin que en ningún caso pueda agravar su situación inicial y sin perjuicio de la potestad de la administración de iniciar de oficio un nuevo procedimiento, si procede.

Este principio implica que la autoridad administrativa debe pronunciarse respecto a la integridad de lo solicitado por el administrado en su solicitud, pero no se encuentra vinculada de manera rígida a las pretensiones de las partes³⁹, en tanto debe resolver todas las cuestiones que se presenten

³⁹ GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, ob. cit., p. 328.

dentro del procedimiento, aun cuando no hayan sido propuestas por el administrado, con el fin de resolver de manera integral, en mérito del principio de verdad material⁴⁰.

En consecuencia, el hecho que desdoble las solicitudes -siempre que se haya seguido el procedimiento antes referido- para que sean sustanciadas en dos procedimientos distintos, en la medida que en cada uno de estos procedimientos se pronuncien sobre todos los aspectos señalados en las respectivas solicitudes, no afectará el principio de congruencia establecido en el TUO de la LPAG.

8. ¿Puede existir responsabilidad administrativa funcional si la administración no aplica el SAP establecido en el TUPA para los procedimientos de obtención, modificación y transferencia de la concesión?

Si la entidad advierte que se ha aprobado un procedimiento por SAP, de manera inmediata debe tramitar un procedimiento de nulidad de oficio para reencausar el procedimiento administrativo y agilizar la evaluación del mismo para que el administrado pueda tener una respuesta expresa.

Si bien en el TUPA de la entidad se establece que al procedimiento de transferencia de concesión se le aplica el SAP, sabemos que es ilegal. No obstante, el funcionario se encuentra ante la disyuntiva de qué aplicar: o

⁴⁰ 1.11. Principio de verdad material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.

En el caso de procedimientos tripartitos la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a estas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público.

aplica el TUPA (sabiendo que es ilegal) o aplica el SAN (desconociendo el TUPA).

En la medida que los funcionarios y servidores públicos no pueden aplicar el control difuso, lo que correspondería es que si una empresa invoca el SAP o el propio funcionario lo advierte, este debe inmediatamente iniciar el procedimiento de nulidad de oficio por vulnerar las normas que conforman el bloque de constitucionalidad así como el artículo 37 del TUO de la LPAG.

De esta manera no desconoce el SAP de manera arbitraria ni negligente, lo que le servirá al funcionario para eximirse de responsabilidad, en la medida que se está cumpliendo con un deber legal.

Finalmente, los funcionarios a cargo del procedimiento se encuentran obligados a iniciar el trámite de modificación del TUPA de la entidad para adecuarlo al marco constitucional y legal vigente. Caso contrario, si se generarían responsabilidades para los funcionarios competentes, conforme se explica en la respuesta a la pregunta siguiente.

9. **Al no estar regulado el procedimiento de transferencia del espectro, ¿puede existir responsabilidad administrativa funcional si la administración aplica el SAN en dicho procedimiento?**

En el análisis del presente informe, se concluyó que la transferencia del acto administrativo que asignó el espectro está sujeto al silencio administrativo negativo, conforme a lo establecido en la Constitución Política del Perú, las normas que conforman el bloque de constitucionalidad (la Ley Orgánica de Aprovechamiento Sostenible de los recursos naturales y el TUO de la Ley), así como el numeral 37.1 del artículo 37 de la LPAG.

En esa medida, no resulta legalmente posible que exista responsabilidad administrativa funcional por actuar en cumplimiento de un deber legal, como

el establecido en las normas citadas en el párrafo anterior, y como lo señalan claramente las normas que regulan la responsabilidad administrativa de los servidores públicos.

De otro lado, el TUPA del MTC debe ser urgentemente modificado en la parte referida a los procedimientos vinculados al espectro radioeléctrico a fin de considerarlos con silencio administrativo negativo. De esta manera, se evitará inducir a error a los administrados en la tramitación de dichos procedimientos.

Ahora bien, aún cuando la administración haya inducido a error al administrado y este haya invocado el SAP, dicho error no genera derechos a los administrados, sobre todo si vulneran leyes, lo que constituye una causal de nulidad prevista en el artículo 10⁴¹ del TUO de la LPAG. Por ello, la administración debe iniciar inmediatamente después de haber tomado conocimiento del SAP, el procedimiento de nulidad de oficio contra dicho acto ficto.

De no iniciarse este procedimiento, los funcionarios y servidores de la entidad pública sí podrían ser pasibles de determinación de responsabilidad administrativa funcional, por omisión de funciones que pueden desencadenar en perjuicios económicos al Estado y a los usuarios de los servicios de telecomunicaciones.

Incluso, su conducta podría configurar alguno de los siguientes tipos penales:

⁴¹ 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.

(...)

3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición.

"Artículo 280.- El que, a sabiendas, ejecuta cualquier acto que pone en peligro la seguridad de naves, aeronaves, construcciones flotantes o de cualquier otro medio de transporte colectivo o de comunicación destinado al uso público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años. (...)"

"Artículo 314.- Responsabilidad de funcionario público por otorgamiento ilegal de derechos

El funcionario público que sin observar leyes, reglamentos, estándares ambientales vigentes, por haber faltado gravemente a sus obligaciones funcionales, autoriza el otorgamiento, renovación o cancelación de autorización, licencia, concesión, permiso u otro derecho habilitante en favor de la obra o actividad a que se refiere el presente Título [delitos ambientales, dentro de los cuales se encuentran los vinculados a recursos naturales], será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de siete años, e inhabilitación de un año a siete años conforme al artículo 36 incisos 1, 2 y 4.

El servidor público que sin observar leyes, reglamentos, estándares ambientales vigentes se pronuncia favorablemente en informes u otro documento de gestión sobre el otorgamiento, renovación o cancelación de autorización, licencia, concesión, permiso u otro derecho habilitante en favor de la obra o actividad a que se refiere el presente Título [delitos ambientales, dentro de los cuales se encuentran los vinculados a recursos naturales], será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de siete años, e inhabilitación de un año a siete años conforme al artículo 36 incisos 1, 2 y 4.

La misma pena será para el funcionario público competente para combatir las conductas descritas en el presente Título y que, por negligencia inexcusable o por haber faltado gravemente a sus obligaciones funcionales, facilite la comisión de los delitos previstos en el presente Título."



GUZMAN
NAPURI
ABOGADOS

OSIPTEL FOLIOS
66 3015

V. CONCLUSIÓN:

En el presente informe, nos remitimos a las respuestas a las consultas formuladas, en calidad de conclusiones.

VI. RECOMENDACIÓN:

Se recomienda que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones inicie con, carácter urgente, la modificación del TUPA a fin de incorporar el procedimiento de transferencia de la asignación del espectro radioeléctrico, así como, calificar a los procedimientos vinculados al espectro radioeléctrico con silencio administrativo negativo.

Atentamente,

CHRISTIAN GUZMAN NAPURI
Socio