

Telefonica

TDP-1430-AR-GER-18

Lima, 3 de mayo de 2018

Señor

JOSÉ AGUILAR REÁTEGUI

Director General de Regulación y Asuntos Internacionales en Comunicaciones

MTC

Presente.

Asunto: Remisión de comentarios al Proyecto de Norma que modifica el Art. 117 del Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones

Referencia: Resolución Ministerial N° 258-2018 MTC/01.03

De nuestra mayor consideración:

Sirva la presente para saludarle cordialmente y para hacer mención a la Resolución en referencia mediante la cual se aprueba para comentarios el Proyecto de Norma que modifica el Art. 117 del Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, otorgando un plazo de 15 días calendario para el envío de los mismos.

Al respecto, a través de la presente, remitimos a vuestro Despacho los comentarios de mi representada con relación al citado Proyecto.

Sin otro particular, aprovechamos la ocasión para manifestarle nuestros sentimientos de consideración y estima.

Atentamente,



MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES



REGISTRO N°: E-120581-2018

FECHA Y HORA: 2018/05/03 17:01:03

REGISTRADOR: ANA LORENA ROSA RODRIGUEZ
AMPUERO

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

8

Ana Claudia Quintanilla
Gerente de Regulación
Telefónica del Perú S.A.A.
Av. Arequipa N° 1155, Piso 8
Lima - Perú

COMENTARIOS AL PROYECTO DE DECRETO SUPREMO QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 117 DEL TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL REGLAMENTO GENERAL DE LA LEY DE TELECOMUNICACIONES

| Texto Propuesto | Comentarios |
|---|--|
| <p>Artículo 117.- Transferencia de concesiones y autorizaciones</p> <p>Las autorizaciones, así como los permisos y licencias de los servicios de telecomunicaciones, son intransferibles total o parcialmente, salvo aprobación previa y expresa del Ministerio. Aprobada la transferencia, el adquirente asumirá automáticamente todos los derechos y</p> | <p>1. Sobre la necesidad de efectuar precisiones al Art. 117.- Transferencia de concesiones y autorizaciones</p> <p>El Informe N°141-2018-MTC/26 (en adelante, el Informe), señala que el MTC ha visto la necesidad de efectuar “ciertas precisiones” en el artículo 117 dado que se han realizado diferentes interpretaciones respecto al tratamiento que se le debe dar a las solicitud de transferencia de concesiones del espectro radioeléctrico.</p> <p>Sobre el particular, nos llama la atención que el MTC, a través del citado Informe, haga mención a que se han realizado “diferentes interpretaciones” cuando ello implicaría por parte del Ministerio un reconocimiento de una contravención al marco legal vigente, particularmente; (i) el principio de legalidad¹; (ii) El principio de no discriminación²; (iii) El principio de predictibilidad³; y, (iv) el principio de uniformidad⁴. Aplicación de criterios</p> |

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

² Constitución: Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho [...] 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

LPAG: Principio de imparcialidad.- Las autoridades administrativas actúan sin ninguna clase de discriminación entre los administrados, otorgándoles tratamiento y tutela igualitarios frente al procedimiento, resolviendo conforme al ordenamiento jurídico y con atención al interés general.

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

2

| | |
|--|---|
| <p>obligaciones derivados de la autorización.</p> <p>Las concesiones y las asignaciones de espectro relativas a aquéllas son intransferibles total o parcialmente, salvo aprobación previa y expresa del Ministerio, la cual será formalizada mediante resolución viceministerial. La adenda respectiva será suscrita en un plazo de sesenta (60) días hábiles, previa presentación del documento que acredite el acuerdo de transferencia. En caso de incumplimiento del plazo antes mencionado por parte del interesado, la aprobación quedará sin efecto de pleno derecho, sin perjuicio de que se expida el acto administrativo correspondiente.</p> <p>Suscrita dicha adenda el adquirente asumirá automáticamente todos los derechos y obligaciones derivados de la concesión.</p> <p><i>Las solicitudes de transferencia de concesión así</i></p> | <p>distintos en la aplicación del silencio administrativo, frente a un mismo marco legal, implica no sólo una inobservancia al marco legal vigente, que vicia de nulidad los actos que se han apartado del mismo sino a su vez una grave afectación al derecho de los administrados que podrían haber recibido un trato más perjudicial por parte de la Administración.</p> <p>De los ejemplos incluido en el citado Informe, Tabla 1: Análisis del tratamiento a las solicitudes de transferencia, se puede observar que en la totalidad <u>de los ejemplos incluidos</u> se ha resuelto considerando el Silencio Administrativo Negativo (SAN) al haber dichas solicitudes de transferencia de concesión involucrado espectro radioeléctrico.</p> <p>En ese sentido, queda claro que no son los ejemplos incorporados en la Tabla 1 los que determinan la necesidad de incluir la precisión al mencionado artículo con relación a la aplicación del SAN en este tipo de solicitudes, toda vez que en los mismos habría existido un criterio uniforme.</p> <p>Consideramos que la muestra de casos escogida para soportar la modificación no contiene sustento alguno para introducir la mencionada precisión, <u>salvo que el MTC se haya decidido apartarse de dicho criterio, que según lo que explicaremos más adelante, buscaba resguardar la correcta asignación de un recurso natural del Estado, como es el espectro radioeléctrico, que es considerado a nivel constitucional como Patrimonio de la Nación</u>⁵.</p> <p>2. Sobre la aplicación que se ha venido dando del Art. 117.- Transferencia de concesiones y autorizaciones</p> |
|--|---|

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

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

como las de asignación de espectro radioeléctrico están sujetas al Silencio Administrativo Negativo.

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

El incumplimiento de esta norma produce la resolución de pleno derecho del contrato de concesión o deja sin efecto las autorizaciones, permisos y licencias correspondientes. Asimismo, el presente artículo será aplicable a los casos de reorganización societaria, conforme a lo dispuesto en la Ley General de Sociedades, con excepción de la transformación.

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

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

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

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

*“Artículo 37.- Procedimientos de evaluación previa con silencio negativo. 37.1. Excepcionalmente, el silencio negativo es aplicable en aquellos casos en los que la petición del administrado puede afectar significativamente el interés público e incida en la salud, el medio ambiente, **los recursos naturales**, la seguridad ciudadana, el sistema financiero y de seguros, el mercado de valores, la defensa comercial, la defensa nacional y el patrimonio cultural de la nación, así como en aquellos procedimientos de promoción de inversión privada, procedimientos trilaterales y en los que generen obligación de dar o hacer del Estado y autorizaciones para operar casinos de juego y máquinas tragamonedas. Las entidades deben sustentar técnicamente que cumplen con lo señalado en el presente párrafo”.*

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

“es un recurso natural de dimensiones limitadas que forma parte del patrimonio de la Nación. Su utilización y otorgamiento de uso a particulares se efectuará en las condiciones señaladas en la presente Ley y su reglamento”.

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

Artículo 199.- Definición Espectro radioeléctrico es el medio por el cual pueden propagarse las ondas radioeléctricas sin guía artificial. Constituye un recurso natural limitado que forma parte del patrimonio de la nación. Corresponde al Ministerio la

administración, la atribución, la asignación y el control del espectro de frecuencias radioeléctricas y, en general, cuanto concierne al espectro radioeléctrico.

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

“los recursos naturales son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares (...)”.

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

“El Estado vela para que el otorgamiento del derecho de aprovechamiento sostenible de los recursos naturales se realice en armonía con el interés de la Nación, el bien común y dentro de los límites y principios establecidos en la presente ley, en las leyes especiales y en las normas reglamentarias sobre la materia”.

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

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

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

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

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

Por tanto, cualquier decisión del MTC en que se haya apartado de dicho criterio – es decir aplicación del SAP a las transferencias de concesiones sin espectro radioeléctrico y aplicación

| | |
|--|--|
| | <p>de SAN a aquellas solicitudes que involucren transferencia de asignaciones de espectro- deben ser revisadas y anuladas por adolecer de un requisito de validez del acto administrativo⁷ y por constituir actos que vulneran los principios de no discriminación y uniformidad recogidos en el marco legal vigente, toda vez que implicaría que nuestra representada recibió un tratamiento distinto y menos favorable respecto de otras empresas operadoras.</p> |
|--|--|

⁷ Artículo 8.- Validez del acto administrativo

Es válido el acto administrativo dictado conforme al ordenamiento jurídico.

Artículo 10.- Causales de nulidad

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

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.