



MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES



E-237212-2018

FECHA Y HORA: 2018/08/29 16:23:15

REGISTRADOR: RUTHY ANABELLA BERAUN NINA

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

DMR/CE/N° 1394/18

Lima, 29 de agosto de 2018

Señor

JOSÉ AGUILAR REÁTEGUI

Dirección General de Regulación y Asuntos Internacionales de Comunicaciones

Viceministerio de Comunicaciones

MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONESPresente.

De nuestra consideración:

La presente tiene por objeto saludarlo y hacer mención al "Proyecto de Decreto Supremo para el Reordenamiento de una Banda de Frecuencias", publicado en el Portal Institucional del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), el pasado 14 de agosto del presente año (en adelante el "Proyecto").

Sobre el particular, debemos expresar nuestra gran preocupación y discrepancia respecto del Proyecto, en tanto podría suponer una **grave afectación** a derechos relativos a nuestra condición de empresa operadora e inversionista en el sector de telecomunicaciones del país, por las razones de carácter general y específico que señalamos a continuación:

I. COMENTARIOS DE ORDEN GENERAL AL PROYECTO

- 1. El Proyecto podría generar una flagrante violación a los derechos constitucionales y desconocer las garantías y seguridades que como inversionista tiene nuestra empresa**

Como se detallará a lo largo de la presente comunicación, el Proyecto contiene defectos sustanciales y propuestas simplemente ilícitas, así como preceptos y aspectos discrecionales.

Lo anterior, de aprobarse, podría constituir una abierta violación no solo de contratos de concesión con carácter de **contrato-ley**, sino también de tratados internacionales de protección de la inversión suscritos por el Estado peruano. En ese sentido, dada la gravedad de esas afectaciones podría quedar expedita la vía para el inicio de las acciones jurisdiccionales y administrativas pertinentes a efectos de resguardar nuestros legítimos derechos reconocidos en instrumentos jurídicos internacionales, expresos y entre otros.





Estimamos pertinente señalar que el Acuerdo de Integración Comercial Perú-México vigente entre Perú y México entró en vigor el 1 de febrero de 2012, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 001-2012-MINCETUR, publicado en el diario oficial El Peruano el 24 de enero de 2012. Dicho acuerdo contiene diversas disposiciones de protección a la inversión que se violarán si el Proyecto es aprobado por el MTC.

Es importante destacar que, si bien hacemos votos para que ello no se materialice, llegado el extremo de concretarse esta grave afectación a las inversiones del Grupo América Móvil, quedaría expedita también la vía para acudir al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), en demanda frente al Estado Peruano. En efecto, como es de vuestro conocimiento, el Acuerdo Perú-México contiene disposiciones de protección a las inversiones, incluyendo el trato justo y equitativo y la protección y seguridad plenas:

"Artículo 11.6: Nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional consuetudinario

1. Cada Parte otorgará a las inversiones de inversionistas de la otra Parte, trato acorde con el nivel mínimo de trato de conformidad con el derecho internacional consuetudinario, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.

2. Para mayor certeza, los conceptos de "trato justo y equitativo" y "protección y seguridad plenas" no requieren un trato adicional al requerido por el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, o que vaya más allá de éste. Una resolución en el sentido de que se ha violado otra disposición de este Capítulo o de un acuerdo internacional distinto, no establece que se ha violado este Artículo." (subrayado agregado)

Asimismo, prohíbe las expropiaciones directas o indirectas de la inversión efectuada:

"Artículo 11.12: Expropiación e indemnización

1. Ninguna Parte expropiará o nacionalizará una inversión, directa o indirectamente a través de medidas equivalentes a expropiación o nacionalización (en lo sucesivo denominado "expropiación"), salvo que sea: a) por causa de propósito público; b) sobre bases no discriminatorias; c) con apego al principio de legalidad; y d) mediante el pago de una indemnización conforme al párrafo 2. (...) "Propósito público" significa, para el caso de México, utilidad pública, y para el caso del Perú, necesidad pública o seguridad nacional." (subrayado agregado)

La expropiación regulatoria ha sido definida por el Tribunal Constitucional Peruano, a través del voto singular del magistrado César Landa¹ y citando a la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (United Nations Conference on Trade and Development - UNCTAD), como: "aquellos actos estatales que en la práctica producen una pérdida de la administración, el uso o el control de un recurso, o una significativa depreciación en el valor de los bienes". Mientras tanto, las expropiaciones regulatorias son un tipo de expropia-





ciones indirectas definidas como: "aquellas donde la afectación al derecho de propiedad se produce a través de regulación estatal, en ejercicio de su poder de policía." (subrayado agregado)

A un nivel de análisis interno, el Tribunal Constitucional ha señalado² que las expropiaciones regulatorias "son aquellas donde la amenaza de vulneración al derecho de propiedad se produce a través de regulación estatal". Al respecto, el Tribunal agrega que:

"(...) debe entenderse por expropiación indirecta o expropiación regulatoria aquella en donde la Administración Pública a través de una sobre-regulación priva (total o parcialmente) al propietario de un bien de uno o todos los atributos del derecho de propiedad (ya sea del uso, del disfrute o de la disposición). El derecho de propiedad sobre bienes tiene sentido en tanto permite extraer un mayor provecho a los bienes. Si no se puede disponer, usar o disfrutar los bienes, gozar de su titularidad carece de relevancia." (subrayado del propio texto)

Este concepto ha sido vinculado con el derecho de propiedad en esa misma sentencia, en la cual señala que "toda vez que la Constitución reconoce, respeta y protege el derecho de propiedad de los privados como parte del modelo de economía social de mercado al que se adscribe y al establecer la exigencia de un adecuado procedimiento expropiatorio que incluya un pago en efectivo de indemnización justipreciada para intervenir sobre la propiedad de privados, las expropiaciones indirectas se encuentran proscritas."

Es decir, la limitación de la propiedad sobre un bien por medio de una regulación administrativa, aunque no se señale de manera expresa en la Constitución, deviene en inconstitucional. En ese sentido, el razonamiento del Tribunal Constitucional es sencillo: "el solo reconocimiento del derecho de propiedad proscribire la expropiación indirecta"³.

En línea con lo desarrollado en el numeral anterior, el Proyecto plantea la reducción o eliminación de derechos de uso de un recurso (asignaciones de uso de espectro) sin compensación económica alguna.

Lo anterior constituye un acto de expropiación indirecta o específicamente, regulatoria, definido como "el efecto erosivo sobre el derecho de propiedad que genera una medida estatal"⁴. En efecto, dicha disposición limitaría de forma ilegítima el derecho operador y limitaría su posibilidad de acceder a un recurso necesario para realizar su actividad empresarial.

La aplicación de las disposiciones del Proyecto generaría, por tanto, un acto de expropiación regulatoria ilegítimo que se encuentra proscrito por nuestra Constitución y el ordenamiento.

² Sentencia recaída en el expediente No. 00239-2010-PA/TC de fecha 5 de noviembre de 2012.

³ VELÁSQUEZ MELÉNDEZ, Raffo. "Expropiación indirecta. Justificación, regímenes, casos, criterios y usos". En *Ius et Veritas*. No. 46. Lima, 2013, pág. 238.

⁴ VELÁSQUEZ MELÉNDEZ, Raffo. *Op cit.*, pág. 243.





A partir de ello, el Acuerdo Comercial ha establecido el mecanismo para la solución de controversias que se sustenten entre una parte y el inversionista de la otra parte que tenga aparejado un incumplimiento y un daño. En dicho sentido, el Acuerdo Comercial establece que un inversionista de una parte podrá, en representación de una empresa que sea una persona jurídica constituida conforme a la legislación de la otra parte y sea propiedad del inversionista o que esté controlado por éste someter a arbitraje una reclamación en el sentido que la otra parte ha violado una obligación y la empresa ha sufrido pérdida o daño como consecuencia de ello. De acuerdo al literal a) numeral 5 del Artículo 11.20 del Acuerdo Comercial, dicha reclamación será sometida a arbitraje por el inversionista contendiente, conforme al Convenio del CIADI, siempre que tanto la parte contendiente como la parte del inversionista sean partes del Convenio del CIADI, lo cual aplicaría por cuanto tanto el Estado Peruano como el Estado Mexicano son estados miembros de dicho Convenio.

Es importante resaltar y dejar expresamente establecido que América Móvil Perú no se opone a un reordenamiento en la medida que éste sea razonable, ponderado y adecuadamente motivado y que reconozca nuestros derechos e inversiones; todo lo cual no se desprende del Proyecto publicado.

En consecuencia, respetuosamente reiteramos nuestra solicitud para que el Proyecto sea reformulado y se aparte de los términos propuestos en la medida que generará una afectación irreparable y de considerable magnitud en nuestra calidad de inversionistas, lo que obligaría a acudir ante los fueros nacionales e internacionales correspondientes.

2. Incumplimiento de derechos contractuales explícitamente otorgados

Como es de conocimiento del MTC, muchas bandas de espectro fueron otorgadas por el Estado a operadores como producto de una licitación o concurso administrados por PROINVERSIÓN, bajo la normativa de concesiones de infraestructura y servicios públicos y más recientemente de asociaciones público-privadas, estableciendo una serie de obligaciones de cobertura y expansión e inversiones, entre otros.

Los términos de estos contratos de concesión derivados de los concursos de PROINVERSIÓN no son modificables unilateralmente por el MTC. Gozan de una protección constitucional respecto de la protección de los términos contractuales y de una protección particular al constituir contratos-ley.

Solo como un ejemplo, América Móvil Perú cuenta con concesión para la prestación del servicio de comunicaciones personales por contrato suscrito el 10 de mayo de 2005, derivado de un concurso administrado por PROINVERSIÓN, cuya cláusula 2.1 dispone de forma expresa lo siguiente:





"La Sociedad Concesionaria tendrá la exclusividad del Uso de la Banda Elegida durante el Plazo de la Concesión, sujeto al cumplimiento de los términos de este Contrato."

De acuerdo a las definiciones de dicho contrato, la banda a que se refiere es la Banda C, frecuencias de espectro comprendidas entre 1710-1725 MHz y 1805-1820 MHz. El plazo de dicha concesión es de 20 años.

Otro ejemplo es el contrato de concesión suscrito en enero de 2010, para la "prestación de servicios públicos de telecomunicaciones y asignación de frecuencias en la banda 2668-2692 MHz en la Provincia de Lima, la Provincia Constitucional del Callao, la Provincia de Trujillo y el departamento de Lambayeque, y la banda 2668-2690 MHz en el resto del territorio nacional", actualmente de titularidad de la empresa OLO del Perú S.A.C. Adicionalmente esta empresa suscribió el contrato de seguridades y garantías que otorgó el Estado peruano mediante Decreto Supremo 260-2009-EF, que señaló:

"Artículo 1º.- Declaraciones y seguridades

Otórguese mediante contrato, la garantía del Estado de la República del Perú, en respaldo de las declaraciones, seguridades y obligaciones a cargo del Concedente, contenidas en el Contrato de Concesión para la prestación de Servicios Públicos de Telecomunicaciones en la Banda 2668 - 2692 MHz en la provincia de Lima, la Provincia Constitucional del Callao, la provincia de Trujillo y el departamento de Lambayeque, y la Banda 2668 - 2690 MHz en el resto del territorio nacional, a celebrarse con YOTA DEL PERU S.A.C. sociedad constituida por el Consorcio BWDC-METSANCO adjudicatario de la buena pro de la Licitación Pública Especial para la entrega en Concesión de la prestación de Servicios Públicos de Telecomunicaciones en la Banda 2 668 - 2 692 MHz en la provincia de Lima, la Provincia Constitucional del Callao, la provincia de Trujillo y el departamento de Lambayeque, y la Banda 2668 - 2690 MHz en el resto del territorio nacional, conducido por la Agencia de Promoción de la Inversión Privada - PROINVERSIÓN.

Artículo 2º.- Ámbito de las seguridades y garantías

La amplitud de la garantía a que se refiere el artículo precedente, será la que determine el respectivo contrato, observándose lo dispuesto por el Decreto Supremo Nº 059-96-PCM, Decreto Supremo Nº 060-96-PCM y por el Artículo 2º del Decreto Ley Nº 25570, sustituido por el Artículo 6º de la Ley Nº 26438, en concordancia con el Artículo 4º de la Ley Nº 26885 y el Contrato de Concesión para la prestación de Servicios Públicos de Telecomunicaciones en la Banda 2 668 - 2 692 MHz en la provincia de Lima, la Provincia Constitucional del Callao, la provincia de Trujillo y el departamento de Lambayeque, y la Banda 2 668 - 2 690 MHz en el resto del territorio nacional. Esta garantía no constituye una garantía financiera."

Al respecto, la cláusula 2.1 del referido contrato de concesión establece de forma expresa la exclusividad del concesionario respecto del uso de las bandas involucradas en la concesión. Hacemos notar que las adendas suscritas por Olo del Perú el 22 de diciembre de 2017, solo contienen una restricción de transferencia futura respecto de las porciones de espectro involucradas en sus procedimientos originarios (restricción que puede ser modificada sin duda alguna por instrumento posterior). A partir de ello, dicha restricción no puede ser





extendida a otros contratos de concesión o rangos de espectro distintos al espectro asociado a los referidos procedimientos, quedando claramente establecido que no aplica a la banda de espectro adquirida originalmente por la licitación de PROINVERSIÓN.

Adicionalmente, conforme al artículo 3 de la Ley 26285, que señala que “[l]os contratos de concesión que celebre el Estado para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones tienen el carácter de contrato-ley”, recientemente (2017) el MTC ha perdido dos arbitrajes iniciados por empresas concesionarias de contratos de concesión con asignación de espectro. En los laudos se señala el carácter de contratos-ley de dichos contratos y, por tanto, el derecho a su inmutabilidad durante su plazo. En dichos casos, el MTC intentó aplicar topes de espectro y finalmente se vio impedido de hacerlo debido a la protección contractual existente.

Asimismo, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en relación a la protección de los contratos-ley en su sentencia del 3 de octubre de 2003 (expediente 5-2003-AI/TC):

“Pese a ello, puede precisarse que el contrato-ley es un convenio que pueden suscribir los contratantes con el Estado, en los casos y sobre las materias que mediante ley se autorice. Por medio de él, el Estado puede crear garantías y otorgar seguridades, otorgándoles a ambas el carácter de intangibles. Es decir, mediante tales contratos-ley, el Estado, en ejercicio de su ius imperium, crea garantías y otorga seguridades y, al suscribir el contrato-ley, se somete plenamente al régimen jurídico previsto en el contrato y a las disposiciones legales a cuyo amparo se suscribió éste.”

“En ese orden de ideas, este Tribunal precisa que no sólo gozan de inmodificabilidad las cláusulas que compongan el contrato-ley, cuando así se acuerde, sino también el estatuto jurídico particular fijado para su suscripción. Es decir, tanto la legislación a cuyo amparo se suscribe el contrato-ley, como las cláusulas de este último.”

Por otro lado, y en lo que se refiere únicamente a los contratos-leyes, la legislación a cuyo amparo éste se suscribe, “no puede ser modificada legislativamente” como lo prescribe la última parte del artículo 62° de la Constitución. Dicho de otro modo; aunque el legislador pueda modificar el régimen legal de suscripción de un contrato-ley, tal modificación no alcanza a quienes, con anterioridad a ella, hubieran suscrito dicho contrato-ley.” (subrayados agregados)

En consecuencia, cualquier acto del MTC, y por ende del Proyecto, que de una manera u otra modifique la asignación de espectro derivado de concursos administrados por PROINVERSIÓN, será **ILÍCITO**. Dichos contratos deben respetarse en sus propios términos por el Estado Peruano, teniendo en cuenta que el propio Estado ha restringido voluntariamente sus facultades al respecto.

La única forma en que las asignaciones de espectro bajo este régimen de protección contractual puedan ser modificadas es contando con la voluntad expresa de cada empresa operadora afectada. La protección es clara y el MTC no puede obligar a una migración compulsoria a otra banda de espectro.





Adicionalmente, las bandas de espectro asignadas por el Estado a operadores como producto de una licitación o concurso administrados por PROINVERSIÓN, han sido materia de desembolsos económicos a favor del Estado y de compromisos de cobertura que han generado importantes inversiones por parte de los operadores, por lo cual no resulta razonable la exigencia de nuevas obligaciones económicas tal como lo establece el Proyecto.

Por ello, las disposiciones del Proyecto que prevén una modificación unilateral de asignaciones de espectro existentes -derivadas de licitaciones administradas por PROINVERSIÓN- deben ser eliminadas. Con mayor razón, también deben ser eliminadas las referencias a la migración hacia otras porciones de espectro.

Dada la estructura del Proyecto, entendemos que el mismo no será viable dada la restricción señalada. Esperamos, entonces, la publicación de un nuevo proyecto normativo que sea adecuado a las limitaciones legales del MTC, y respecto al cual se otorgue un plazo adecuado para realizar comentarios.

Independientemente de lo ya señalado, el Estado peruano ha suscrito contratos de concesión bajo la Ley de Telecomunicaciones y ha asignado uso de espectro a las empresas bajo un marco normativo establecido y consolidado.

Ello genera derechos de los operadores no solo respecto de lo explícitamente establecido en los contratos de concesión y las asignaciones de espectro, sino también desde una perspectiva de seguridad jurídica derivada de dichas actuaciones estatales. Es irrazonable que el MTC asigne determinado espectro a una operadora, ésta realice una inversión considerable, y luego el MTC decida revertir unilateralmente el espectro. El derecho a la seguridad jurídica está plenamente reconocido en el ordenamiento peruano y recogido normativamente en el principio de confianza legítima previsto en la LPAG, en el numeral 1.15 del artículo IV de su Título Preliminar:

"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."
(subrayado agregado)





El principio de confianza legítima se fundamenta en la buena fe⁵ y en la seguridad jurídica. Este último principio viene a ser uno de los pilares sobre los que se asienta la realización de actividades económicas, especialmente bajo el régimen normativo establecido en la Constitución Política de 1993. Esto ha sido reconocido por el propio Tribunal Constitucional Peruano, al resaltar la importancia de este principio y de la predictibilidad de las conductas públicas:

"El Principio de la Seguridad Jurídica forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. La predictibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad"⁶.

El principio de Seguridad Jurídica permite que los administrados se mantengan a salvo de posibles actos arbitrarios o actuaciones irrazonables de los poderes públicos que varíen injustificadamente los derechos o expectativas previamente otorgadas. Al respecto, el Tribunal Constitucional agrega lo siguiente:

"Tal como estableciera el Tribunal Constitucional español, la seguridad jurídica supone "la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho" (STCE 36/1991, FJ 5). El principio in comento no sólo supone la absoluta pasividad de los poderes públicos, en tanto no se presenten los supuestos legales que les permitan incidir en la realidad jurídica de los ciudadanos, sino que exige de ellos la inmediata intervención ante las ilegales perturbaciones de las situaciones jurídicas, mediante la "predecible" reacción, sea para garantizar la permanencia del statu quo, porque así el Derecho lo tenía preestablecido, o, en su caso, para dar lugar a las debidas modificaciones, si tal fue el sentido de la previsión legal"⁷.

Los actos de las entidades públicas -en nuestro caso los contratos de concesión y las asignaciones de espectro- generan por tanto expectativas y condicionan la actuación de los particulares, pues, en la práctica, estos toman decisiones sobre la base del comportamiento previo de la Administración.

De este modo, la vigencia del principio de Predictibilidad o Confianza Legítima es vital para las actividades privadas -especialmente en los sectores altamente regulados- pues solo en un escenario en el que se pueda anticipar razonablemente la posición de la Administración, los particulares encontrarán incentivos suficientes para formar parte de los procesos económicos.

Queda sumamente claro pues que la asignación de espectro, sea derivada de una licitación ante Proinversión o directamente otorgada por el MTC, genera derechos a las operadoras, que no pueden ser desconocidos por la autoridad de forma unilateral.

⁵ PARADA, Ramón. "Derecho Administrativo I Parte General". Op. Cit. Pág. 427
⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0016-2002-AI/TC.
⁷ Idem.
 América Móvil Perú S.A.C. - Calle 180, Torre Corporativa
 Santa Catalina, La Victoria - Lima 13
 claro.com.pe





3. El Proyecto carece de análisis costo-beneficio adecuado

Una de las particularidades del Proyecto que más llama la atención es la omisión de un análisis de un elemental costo-beneficio que cumpla un estándar mínimo de razonabilidad.

El numeral 6.4 del Informe 348-2018-MTC/26 de la DGRAIC pretende sustentar - infructuosamente en solo dos páginas - el análisis costo - beneficio del Proyecto, cuyos textos son replicados en la Exposición de Motivos de dicho Proyecto, y cuya parte más relevante es la siguiente:

"Con relación a los costos, estos conciernen a los que se incurren por parte del Estado, así como de aquellos vinculados a las empresas operadoras. Al respecto es importante mencionar que, el carácter del reglamento implica que no existirá compensación económica a las empresas por parte del Estado. Asimismo, que bajo la neutralidad tecnológica, las empresas pueden seguir empleando, en la medida que sea posible, los equipos con los que cuenta y pueden brindar los servicios que le ofrezcan la mejor combinación como resultado de las eficiencias técnica y económica.

Por otro lado, se debe considera que las empresas deberán seguir cumpliendo con las obligaciones económicas contraídas, como consecuencia de la nueva asignación después de llevarse a cabo el Reordenamiento. Cabe resaltar que luego de la implementación del mismo, es posible que se libere espectro radioeléctrico el cual puede ser asignado a una operadora mediante concurso público.

En este contexto, es importante reconocer que el impacto económico sobre el bienestar del usuario final será positivo, en la medida que se busca a través del Reordenamiento, que el espectro radioeléctrico sea usado por las empresas operadoras de la mejor manera posible, esto es por ejemplo, evitando o reduciendo posibles congestionamientos en la red que llevan a problemas de cobertura o calidad de servicio provisto o impulsando el uso de nuevas tecnologías, como pueden ser los servicios provistos a través de tecnologías 4G, o eventualmente, 5G.

En el caso específico de las empresas operadoras, que en algunos casos podrán afrontar ciertos costos de implementación y/o adecuación a la nueva tecnología, serán claramente menores frente a los beneficios que les significará tener acceso a la prestación de servicios con mayor dinamismo en el sector y los beneficios para el usuario final que contará con un mayor acceso y mejor calidad de los servicios de telecomunicaciones." (subrayados agregados)

Como puede apreciarse, se trata de afirmaciones genéricas y vacías, sin ningún contenido verificable y sin datos de sustento. Más aún, reconoce una serie de costos de las empresas operadoras, sin considerar el esencial: **la ilegal y eventual pérdida de porciones de espectro**. Ello, por supuesto, solo sería correcto en un escenario irreal o de profunda vulneración del marco vigente de telecomunicaciones.

El punto es que el Proyecto no ha podido, ni podrá, sustentar que el Proyecto contiene mayores beneficios que costos, siendo su análisis inexistente en la realidad.

Por ello, reiteramos nuestra solicitud en el sentido que el MTC no apruebe el Proyecto en esos términos y, si opta por una nueva versión adecuadamente





estructurada y bajo términos racionales, realice un adecuado e indispensable análisis costo-beneficio.

4. Falta de transparencia: no se ha hecho público el informe del Banco Mundial

Conforme a lo señalado en el Taller efectuado por el MTC el 23 de agosto del 2018, el Banco Mundial ha estado apoyando a la entidad en relación con el Proyecto.

Sin embargo, el informe del Banco Mundial no ha sido puesto a disposición de los interesados a efectos de que podamos realizar los comentarios pertinentes. Llama poderosamente dicha falta de transparencia, por lo que se requeriría que el informe del Banco Mundial sea puesto en pleno conocimiento de los interesados, otorgándose, por tanto, un nuevo plazo para efectuar comentarios.

5. Inclusión indiscriminada de causales de reversión del espectro

Sin perjuicio del desarrollo de los comentarios de orden específico relativos a las Cláusulas 13 y 17 del Proyecto, se advierte que el MTC ha asumido una perspectiva absolutamente desproporcionada y punitiva en relación con el régimen de otorgamiento de derechos de uso del espectro.

Esta política punitiva y que desconoce garantías y criterios básicos de seguridad jurídica, se ha venido difundiendo en medios, bajo los argumentos de "evitar el acaparamiento de espectro" o de "asegurar un uso eficiente de las bandas". En el caso específico de las empresas del Grupo OLO se viene argumentando que con relación a la Banda 2,6, éstas tienen una participación muy alta en toda la banda lo cual perjudica y afecta la existencia de la competencia, sosteniéndose incluso que tienen la mayor cantidad de espectro en bandas altas (AWS, 1900, 2.3G y 2.6G, entre otros), bajo premisas que no son ciertas y sin que se haya efectuado un análisis integral, como correspondería

De otro lado, se ha sostenido respecto a las empresas del Grupo OLO que las porciones de la Banda 2,6 que mantienen asignada vienen siendo ocupadas de manera ineficiente, siendo subutilizadas sin permitir un beneficio real a la población. Al respecto debemos precisar que para hacer frente a los problemas de la anterior canalización de la Banda 2,6 (la misma que se mantiene hasta la fecha por no haberse implementado la nueva canalización aprobada mediante Resolución Vice Ministerial N° 242-2018-MTC/03) las empresas del Grupo OLO han implementado diferentes soluciones técnicas para lograr un uso más eficiente de la misma. Asimismo, cabe indicar que a la fecha se viene efectuando un uso intensivo de la Banda 2,6 brindándose servicio en todas las provincias incluidas en los planes de cobertura original, a través de infraestructura desplegada con inversiones del Grupo América Móvil hasta por US\$ 170'000,000.00 (ciento setenta millones de Dólares Americanos). Es oportuno señalar que el uso de la banda en las provincias comprometidas a partir de las





estaciones e infraestructura implementadas, ha sido confirmado por los funcionarios del MTC como resultado de inspecciones realizadas a las empresas del Grupo. En consecuencia, se viene utilizando el espectro de 2.6GHz eficientemente en beneficio de los usuarios, a pesar de las limitaciones técnicas que se mantienen a la fecha como consecuencia de la anterior canalización de la misma; el argumento de un supuesto uso ineficiente de las bandas también resulta falso en el caso concreto de la Banda 2,6 asignada a las empresas del Grupo OLO.

Al respecto, debemos advertir que cualquier modificación arbitraria y desproporcionada en la asignación de espectro sólo acarreará distorsiones en las condiciones competitivas del mercado de los servicios de telecomunicaciones, afectando la eficiencia en la provisión de los servicios y ocasionando un grave e irreversible perjuicio a los propios usuarios, además de violentar la seguridad jurídica y la estabilidad de los contratos.

6. El plazo para comentarios es insuficiente

Debe considerarse que el Proyecto pretende establecer una regulación muy importante y compleja, que implica efectos sustanciales en los operadores actuales que cuentan con asignaciones de espectro vigentes.

No obstante lo anterior, se han establecido tan solo 15 días calendario para la presentación de comentarios al Proyecto. Llama mucho la atención que de forma expresa se haya tomado el plazo más corto dentro de las normas relacionadas con publicación de proyectos normativos, sin tomar en cuenta la magnitud o potencial impacto de la aplicación de las disposiciones del Proyecto.

En efecto, el corto plazo se sustenta en el numeral 19 de los Lineamientos aprobados en el año 1998. No obstante, la Directiva 1-2011-MTC/01 establece que el plazo para comentarios debe ser de treinta (30) días hábiles como mínimo.

Más allá de que el Proyecto trate de servicios públicos de telecomunicaciones, la regla de los Lineamientos establece un plazo mínimo, el cual puede ser mayor y en realidad debe ser mayor si la materia a ser normada es compleja, como ocurre en el presente caso.

Como es de conocimiento del MTC, el Perú también debe cumplir con las disposiciones de los tratados internacionales vigentes, como lo es -por ejemplo- el Acuerdo de Promoción Comercial Perú – EEUU, aprobado por Resolución Legislativa 28766, que menciona en su Capítulo 19 – Transparencia-, lo siguiente:





"Artículo 19.2 Publicación

1. *Cada Parte se asegurará, en los términos en que su legislación lo permita, que sus leyes, reglamentos, procedimientos y resoluciones administrativas de aplicación general que se refieran a cualquier asunto comprendido en el presente Acuerdo, se publiquen prontamente, en la medida de lo posible, o de otra forma sean puestos a disposición para conocimiento de las personas interesadas y de la otra Parte.*
2. *En la medida de lo posible, y en los términos en que su legislación lo permita, cada Parte:*
 - (a) publicará cualquier medida referida en el párrafo 1 que se proponga adoptar, relacionada con los asuntos comprendidos en el presente Acuerdo; y*
 - (b) brindará a las personas interesadas y a la otra Parte la oportunidad para formular comentarios sobre tales medidas.*

Con mayor énfasis en el Capítulo 14 – Telecomunicaciones- se señala:

"Artículo 14.13: Transparencia

Adicionalmente a los Artículos 19.2 (Publicación) y 19.3 (Notificación y Suministro de Información), cada Parte garantizará que:

- (a) se publique prontamente o se ponga a disposición del público la regulación del organismo regulador de telecomunicaciones, incluyendo las bases para dicha regulación, y las tarifas para usuarios finales presentadas ante dicho organismo;*
- (b) se suministre a las personas interesadas, en la medida de lo posible, mediante aviso público con adecuada anticipación, la oportunidad de comentar cualquier regulación que el organismo regulador de telecomunicaciones proponga; y (...)" (la mención a organismo regulador en este contexto, debe entenderse al MTC como competente en relación al espectro)*

Asimismo, el artículo 16.5 del Acuerdo Comercial Perú-México también contiene disposiciones al respecto:

"Artículo 16.5: Procedimientos administrativos

Con la finalidad de administrar en forma compatible, imparcial y razonable todas las medidas de aplicación general que afecten los aspectos que cubren este Acuerdo, cada Parte se asegurará de que, en sus procedimientos administrativos en que se apliquen las medidas mencionadas en el Artículo 16.3 respecto a personas, mercancías o servicios: a) siempre que sea posible, las personas de la otra Parte que se vean directamente afectadas por un procedimiento, reciban conforme a las disposiciones internas, aviso razonable del inicio del mismo, incluidas una descripción de su naturaleza, la exposición del fundamento jurídico conforme al cual el procedimiento es iniciado y una descripción general de todas las cuestiones controvertidas; b) cuando el tiempo, la naturaleza del procedimiento y el interés público lo permitan, las personas de la otra Parte reciban una oportunidad razonable para presentar hechos y argumentos en apoyo de sus pretensiones, previamente a cualquier acción administrativa definitiva; y c) se ajusten a la legislación nacional de esa Parte."

Claramente, debido a la intensidad del cambio regulatorio que implica el Proyecto, el plazo de solo quince días calendario para presentar comentarios es evidentemente irrazonable, lo que viola las disposiciones previamente citadas.





Dos semanas no constituyen un plazo adecuado ni razonable para presentar comentarios respecto del Proyecto, en la medida que éste constituirá un cambio abrupto en el entorno normativo del sector. En dicho sentido, solicitamos formalmente que se extienda el plazo para la presentación de comentarios a **cuarenta días hábiles**.

II. COMENTARIOS DE ORDEN ESPECÍFICO AL PROYECTO

Sin perjuicio de los comentarios de orden general anteriormente indicados y a pesar del plazo insuficiente otorgado, aprovechamos la oportunidad para expresarle respetuosamente que los comentarios remitidos conjuntamente con la presente comunicación son comentarios de naturaleza **preliminar**, en tanto que, debido a los impactos que la aprobación del Proyecto en los términos en que ha sido publicado podría tener en el desarrollo del mercado de las telecomunicaciones en el Perú, es necesario contar con un plazo considerablemente mayor al concedido mediante la referida resolución --*únicamente 15 días calendarios*-- para efectuar un análisis mucho más detenido y profundo del mismo.

Por otro lado, debemos precisar que nuestros comentarios de orden específico son propuestos en la medida que la Administración insista en la aprobación del Proyecto, pese al gravísimo perjuicio que ello ocasionaría y a partir de lo cual hemos manifestado nuestro desacuerdo, dejando a salvo la recurrencia a instancias y mecanismos internacionales en caso corresponda. Por ello, estos comentarios preliminares deberán ser considerados sin perjuicio de las acciones jurisdiccionales y administrativas que mi representada pudiese emprender en salvaguarda de sus derechos reconocidos en instrumentos legales expresos.

En caso que nuestros comentarios no sean acogidos, mucho le agradeceremos se explicita, desarrolle y sustente debidamente los motivos por los cuales no se atiende el respectivo comentario o sugerencia.





Artículo del Proyecto	Comentarios
<p>Artículo 3, Numeral 3.4.</p>	<p>Interferencia en procesos judiciales.- El artículo 3.4 del Proyecto señala que “[e]n caso existan procesos judiciales en curso relacionados con la Banda de frecuencias sujeta al Reordenamiento, el MTC puede disponer el Reordenamiento de dicha Banda previa evaluación, estableciendo las medidas de protección que considere necesarias”. Ello es ilegal. El artículo 139.2 de la Constitución, en su parte pertinente, dispone que: “[...] Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones [...]”.</p> <p>Conforme al Tribunal Constitucional (sentencia del 19 de julio de 2012, Exp. 4952-2011-PA/TC):</p> <p><i>“5. El referido avocamiento, en su significado constitucionalmente prohibido, “consiste en el desplazamiento del juzgamiento de un caso o controversia que es de competencia del Poder Judicial, hacia otra autoridad de carácter gubernamental, o incluso jurisdiccional, sobre asuntos que, además de ser de su competencia, se encuentran pendientes de ser resueltos ante aquel. La prohibición de un avocamiento semejante es una de las garantías que se derivan del principio de independencia judicial, puesto que como este Tribunal recordó en la STC 00023-2003-AI/TC:</i></p> <p><i>(...) El principio de independencia judicial exige que el legislador adopte las medidas necesarias y oportunas a fin de que el órgano y sus miembros administren justicia con estricta sujeción al Derecho y a la Constitución, <u>sin que sea posible la injerencia de extraños [otros poderes públicos o sociales, e incluso órganos del mismo ente judicial] a la hora de delimitar e interpretar el sector del ordenamiento jurídico que ha de aplicarse en cada caso [fundamento 29. Cf. igualmente, STC 0004-2006-AI/TC, fundamentos 17-18].</u></i></p> <p><i>Así, el principio de independencia judicial exige “la imposibilidad de aceptar intromisiones en el conocimiento de los casos y controversias que son de conocimiento del Poder Judicial. Pero, de otro lado, la prohibición del avocamiento de causas pendientes ante el Poder Judicial también es una garantía compenetrada con el derecho al juez predeterminado por la ley, cuyo contenido constitucionalmente declarado excluye que una persona pueda ser juzgada por órganos que no ejerzan funciones jurisdiccionales o que, ejerciéndolas, no tengan competencia previamente determinada en la ley para conocer de un caso o controversia” (STC 0003-2005-PI/TC, fund. 151).” (subrayado agregado)</i></p> <p>El artículo 4 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala en la misma línea: “[n]inguna autoridad, cualquiera sea su rango o denominación, fuera de la organización jerárquica del Poder Judicial, puede avocarse al conocimiento de causas pendientes ante el órgano</p>





	<p>jurisdiccional. No se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución, ni cortar procedimientos en trámite, bajo la responsabilidad política, administrativa, civil y penal que la ley determine en cada caso.”</p> <p>Lo que plantea el Proyecto es que el MTC podrá sin ningún reparo definir las asignaciones de espectro sujetas a un proceso jurisdiccional, y además podrá establecer “las medidas de protección que considere necesarias”, sin señalar parámetro alguno.</p> <p>Dada la evidente incompatibilidad con normas de mayor jerarquía, la disposición comentada del Proyecto debe ser eliminada.</p>
<p>Artículo 6, Numeral 6.2.</p>	<p>Discrecionalidad excesiva del MTC en la determinación de obligaciones resultantes del reordenamiento.- El Proyecto establece que en función de las características de la banda, el MTC puede establecer condiciones y obligaciones especiales que generen un mejor -a criterio unilateral del MTC- aprovechamiento de espectro radioeléctrico, para las asignaciones resultantes del Reordenamiento (artículo 6.2). Asimismo, la renovación de derechos de uso de la banda se sujeta a nuevas obligaciones establecidas por el MTC, sin detallarse cuáles podrán ser (Tercera Disposición Complementaria Final).</p> <p>Estimamos que los términos son excesivamente amplios en relación con aquellas obligaciones que el MTC puede unilateralmente imponer. El Proyecto debería establecer los parámetros específicos de aquellas obligaciones que el MTC desea imponer como resultado del reordenamiento y dichas obligaciones deben ser razonables y reconocer el uso, los derechos, los usuarios y las concesiones con las que cuenta la operadora.</p> <p>Si bien el ordenamiento normativo reconoce facultades al MTC en relación con el espectro radioeléctrico, dichas facultades no son ilimitadas. Ya el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en relación a la distinción a las facultades discrecionales de entidades públicas, rechazando que las mismas puedan consistir en situaciones arbitrarias, como por ejemplo en su sentencia del 5 de julio de 2004 (Exp. 90-2004-AA/TC):</p> <p><i>“El requisito de razonabilidad excluye la arbitrariedad. La idea que confiere sentido a la exigencia de razonabilidad es la búsqueda de la solución justa de cada caso. Por lo tanto, según lo expone Fernando Sainz Moreno (vide supra), “una decisión arbitraria, contraria a la razón (entendiendo que en un sistema de derecho positivo la razonabilidad de una solución está determinada por las normas y principios que lo integran, y no sólo por principios de pura razón), es esencialmente antijurídica”.</i></p>





Por lo mismo, las determinaciones administrativas que se fundamentan en la satisfacción del interés público son también decisiones jurídicas, cuya validez corresponde a su concordancia con el ordenamiento jurídico. En ese orden de ideas, tales decisiones, incluso cuando la ley las configure como "discrecionales", no pueden ser "arbitrarias", por cuanto son sucesivamente "jurídicas" y, por lo tanto, sometidas a las denominadas reglas de la "crítica racional".

El concepto de arbitrario apareja tres acepciones igualmente proscritas por el derecho: a) lo arbitrario entendido como decisión caprichosa, vaga e infundada desde la perspectiva jurídica; b) lo arbitrario entendido como aquella decisión despótica, tiránica y carente de toda fuente de legitimidad; y c) lo arbitrario entendido como contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica.

De allí que desde el principio del Estado de Derecho, surgiese el principio de interdicción de la arbitrariedad, el cual tiene un doble significado:

a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho.

b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo.

En consecuencia, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad." (subrayados agregados)

No basta que el MTC pueda señalar que en decisiones posteriores determinará las obligaciones específicas, pues el Proyecto debe desde ya establecer los parámetros específicos con los cuales los operadores pueden conocer de manera previa la lista e intensidad de las obligaciones específicas que se derivarán del reordenamiento. Lo contrario sería afectar principios básicos de seguridad jurídica y predictibilidad. A efectos de que una operadora pueda tomar la decisión de aceptar o no un procedimiento de reordenamiento debe contar, por lo menos, con la información necesaria que le permita analizar las nuevas obligaciones que se le impondrán. Llama poderosamente la atención la difusión de un proyecto que genere una incertidumbre de tal magnitud tratándose de importantes inversiones en el país.

Desde esta perspectiva, estimamos que el MTC debería publicar un nuevo proyecto que contenga los parámetros necesarios para ello, a ser sometido a comentarios de los interesados. Dado que el Proyecto carece de dichos parámetros, las operadoras han sido impedidas de comentar sobre un aspecto vital de la propuesta.

En efecto, a fin de garantizar la adecuada predictibilidad del proceso y de que las empresas operadoras puedan evaluar adecuadamente el impacto económico del acogimiento al reordenamiento dado el muy corto plazo que se establece el numeral 12.9 del Proyecto, consideramos que las obligaciones adicionales que se impondrán a las empresas operadoras que se acojan en virtud de lo dispuesto en





	<p>el literal "g" del numeral 13.1 de artículo 13, deben estar explícitamente detalladas en el la versión final de la norma que se apruebe. De lo contrario, existe el riesgo de que posterior al acogimiento se impongan obligaciones desproporcionadas producto de un "cheque en blanco" que terminen causando el desistimiento de los operadores originando la revisión de las bandas y poniendo en grave peligro la estabilidad la continuidad del servicio y el desarrollo de la inversión de la industria.</p> <p>En ese sentido, si por ejemplo se pretende establecer una obligación de compromiso de expansión de cobertura a una determinada cantidad de centros poblados, la norma que finalmente se apruebe debe establecer de manera explícita el criterio de valorización mediante el cual se pueda determinar antes del acogimiento la cantidad precisa de centros poblados que una operadora deberá cumplir. Nada de ello aparece y por el contrario se plasma una propuesta que genera desconfianza e incertidumbre a los agentes.</p>
<p>Artículo 7, Numerales 7.2. y 7.3.</p>	<p>Afectación de las concesiones de servicios públicos de telecomunicaciones.- Uno de los aspectos más preocupantes del Proyecto es el impacto directo en los derechos derivados de las concesiones de servicios públicos de telecomunicaciones (artículos 7.2, 7.3. y 9).</p> <p>De acuerdo con la Ley de Telecomunicaciones y su Reglamento General, en el Perú rige un mecanismo de contratos de concesión para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones. Desde aproximadamente 2006 el MTC otorga contratos de concesión única, bajo los cuales los servicios específicos son registrados.</p> <p>Si bien inicialmente, en 1993 con la aprobación de la Ley de Telecomunicaciones, el otorgamiento de los títulos habilitantes se encontraba vinculado necesariamente al otorgamiento paralelo de una determinada banda de frecuencias, con la publicación en 1998 del Decreto Supremo 20-98-MTC, <i>Lineamientos de política de apertura del mercado de telecomunicaciones del Perú</i>⁸ se hizo explícito que <i>"las asignaciones del espectro radioeléctrico se expedirán a través de resolución administrativa, no formando así parte del título habilitante de la concesión"</i>.</p> <p>Así se señala incluso en el propio Libro Blanco sobre la apertura de las telecomunicaciones en el Perú, publicado por el OSIPTEL, que describe la diferencia entre los derechos otorgados a través de una concesión (que permite operar el servicio y usar el espectro) y la asignación de una determinada frecuencia de espectro radioeléctrico.</p>





Libro blanco sobre la apertura de las telecomunicaciones en el Perú

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 podría efectuar cambios de una frecuencia autorizada sin tener que modificar los títulos propios de la concesión. Los cambios de asignación se realizarían procurando no afectar derechos de terceros y serían efectivos en los siguientes casos:

En función a lo anterior (y en concordancia con el régimen de concesión única introducido a través de la Ley N° 28737⁹), **la concesión del servicio público de telecomunicaciones no se produce sobre una determinada frecuencia del espectro radioeléctrico sino sobre determinados servicios**, de acuerdo al registro de servicios otorgado por el MTC.

Este mecanismo vigente en Perú de distinción entre título habilitante para prestación de servicios (concesión) y de título para uso de espectro (asignación), ha sido reconocido por la Unión Internacional de Telecomunicaciones – UIT. Así, por ejemplo, el documento "Una reglamentación eficaz, estudio de caso: Perú 2001" emitido por la UIT¹⁰ señala lo siguiente:

⁹ "Artículo 47.- Llamase concesión al acto jurídico mediante el cual el Estado concede a una persona natural o jurídica la facultad de prestar servicios públicos de telecomunicaciones. El Ministerio otorgará concesión única para la prestación de todos los servicios públicos de telecomunicaciones, independientemente de la denominación de éstos contenida en esta Ley o en su Reglamento, con excepción de la concesión para Operador Independiente. La concesión se perfecciona mediante contrato escrito aprobado por resolución del Titular del Sector."

¹⁰ Disponible en: https://www.itu.int/itudoc/itu-d/publicat/pe_ca_st-es.pdf





Recuadro 2: Parámetros para un mercado en competencia

Principales lineamientos de la política de apertura del mercado de telecomunicaciones en el Perú, 1998.

Tarifas. La tendencia es a desregular las tarifas de todos los servicios que reflejen condiciones de competencia efectiva.

Concesiones. Basada en principios de simplicidad, transparencia, objetividad, no-discriminación, celeridad y reserva, dejando al mercado que decida el número de operadores que pueden coexistir en él, salvo limitaciones en la disponibilidad de espectro, en cuyo caso se utilizará mecanismos competitivos (subastas) para su asignación.

Interconexión. Busca un balance entre la necesidad de garantizar el acceso de los operadores a las redes y la de permitir mantener y modernizar la red, generando incentivos para su expansión.

Acceso del usuario final al portador de larga distancia. Durante los dos primeros años se instaurará el sistema de «preselección». Al término de este período, coexistirán las modalidades de «preselección» y la de «llamada por llamada».¹⁹

Facturación, cobranza, fraude y acceso a la información del usuario. Las condiciones económicas por la facturación y cobranza de servicios de terceros no debe basarse en el monto facturado, sino en los costos que origina su prestación, respetando los principios de neutralidad y no-discriminación. Las políticas de descuento deberán ser públicas.

Tasas contables. En tanto subsista el Sistema de Tasas Contables Internacionales, los operadores tienen libertad para negociar la tasa contable en cumplimiento de los lineamientos que se establezcan. Las tasas contables deberán ser transparentes, no discriminatorias y tender gradualmente a costos, debiendo fijarse tasas contables piso para cada uno de los tres primeros años de apertura.

Acceso universal. El nivel de acceso universal para el periodo 1999-2003 incluirá instalar teléfonos públicos en 5000 centros poblados rurales actualmente sin servicio, capaces de transmitir voz, faxes y datos a baja velocidad. El acceso a Internet se dará en aquellas localidades donde resulte conveniente desde el punto de vista costo-beneficio. La provisión del acceso universal se promueve y financia mediante el Fondo de Inversión en Telecomunicaciones, FTTEL, administrado por el organismo regulador, OSIPTEL.

Asignación de recursos escasos: numeración y espectro. La asignación de espectro no formará parte del título de otorgamiento de concesión, permitiéndose la prestación de diversos servicios en una sola banda. La determinación de los montos por derecho de uso de espectro radioeléctrico y la forma de pago de los mismos, será objeto de un reglamento específico.

Regulación de los operadores. Los operadores que presten más de un servicio y que tengan ingresos de al menos USD 15 millones estarán obligadas a llevar contabilidad separada por servicios de acuerdo a las líneas de negocio y lineamientos que se emitan al respecto.

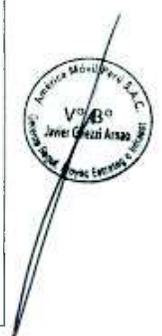
Una reglamentación eficaz – Estudio de caso: Perú

Las *concesiones a solicitud de parte* se otorgan en forma irrestricta para aquellos servicios que utilizan medios físicos, o para aquellos para los cuales no exista restricción en cuanto a disponibilidad de espectro y no esté establecido en el Plan Nacional de Frecuencias. Pese a que no hay restricciones en el número de concesiones que se otorgan en este tipo de servicios, los solicitantes deben cumplir con ciertos requisitos para que se les sea otorgada una concesión: (a) perfil del proyecto técnico – económico; (b) plan mínimo de expansión, (c) proyección de inversión; (d) pago por los conceptos derivados del otorgamiento de la concesión, (e) no hallarse impedido a contratar con el Estado, ni estar incurso en las limitaciones establecidas en la ley; y (f) la documentación legal pertinente.⁶⁰ Para el caso de concesiones telefonía fija, de larga distancia nacional e internacional, se exige una serie de requisitos adicionales.⁶¹

La política sobre asignación de un recurso escaso como es el espectro radioeléctrico no forman parte del título de otorgamiento de concesión, permitiéndose la prestación de diversos servicios en una sola banda. La determinación de los montos por derecho de uso del espectro y la forma de pago de los mismos son objeto de reglamentos específicos.

El Ministerio guía su accionar mediante pautas o lineamientos generales entre los cuales se cuenta la neutralidad tecnológica (los operadores tienen flexibilidad en el uso de tecnologías alterna-

tivas), y la neutralidad de servicios (se permitirá la prestación de diversos servicios en una sola banda, ya que la asignación será por una determinada porción del espectro y no irá atada a un determinado servicio). A su vez, las empresas concesionarias podrán solicitar una ampliación del espectro asignado, siempre y cuando sustenten su solicitud en función a su demanda efectiva atendida y a su demanda proyectada. El uso eficiente del espectro estará garantizado por mediante el establecimiento de metas de uso de frecuencias. Por otro lado, las frecuencias asignadas podrán revertirse al Estado, cuando no se haya dado uso efectivo al espectro asignado, o por el incumplimiento injustificado de las metas de uso de frecuencias establecidas.





De esta manera el derecho de uso de espectro puede ser ejercido por un titular de concesión durante el plazo de duración de dicha concesión. Ello no varía si el titular cuenta con una pluralidad de concesiones. La asignación de espectro no está atada a una concesión particular. Bajo el marco normativo de la Ley de Telecomunicaciones y su Reglamento General una empresa puede contar con una asignación de espectro que usa bajo una primera concesión y luego al vencimiento de ésta puede seguir contando con dicha asignación bajo una segunda concesión vigente.

Como parte vital del régimen normativo peruano, el artículo 208 del Reglamento General permite que una banda de espectro asignado pueda ser usada para varios servicios de telecomunicaciones (siempre que sea consistente con lo dispuesto en el PNAF y la empresa cuente con la concesión -registro- correspondiente a los servicios involucrados):

*“Artículo 208.- Asignación de espectro radioeléctrico en bandas atribuidas para la prestación de más de un servicio público de telecomunicaciones
La asignación de espectro radioeléctrico en bandas atribuidas para la prestación de más de un servicio público de telecomunicaciones, otorga a su titular el derecho a prestar estos servicios, siendo requisito previo para ello que el titular de la asignación de espectro cuente con la concesión que lo habilite a prestar los servicios públicos de telecomunicaciones que correspondan a la atribución de la banda de frecuencias asignada.”*

Sin embargo, de acuerdo al Proyecto (artículo 9) la asignación resultante del reordenamiento establecerá los servicios específicos para los cuales se usará el espectro (debiendo la empresa involucrada adecuar su concesión), lo cual constituye una **gravísima distorsión sustancial del régimen actual** que, como hemos descrito, permite el uso del espectro para la prestación de cualquier servicio y ha sido un principio vigente todos estos años con resultados muy positivos para el mercado y los usuarios. La banda de espectro asignada debe permitir brindar todos los servicios que técnicamente sean posibles y el MTC no cuenta con razones para limitar ello. Dicho de otra forma, el MTC está impidiendo un uso más eficiente del espectro al limitar el tipo de servicio que se puede prestar en la asignación resultante del reordenamiento. Esto es contrario no sólo a la más básica regla de eficiencia, sino también a las reglas normativas que rigen en sector telecomunicaciones, que detallan un escenario en que no es el Estado el que decide la prestación de servicios, sino las empresas concesionarias. El regreso al Estado empresario o al Estado que define decisiones que deben ser empresariales constituye una involución del sistema de desarrollo que el país ha promovido y una afectación sustantiva de la seguridad jurídica a las inversiones.





La distinción entre título habilitante para prestación de servicios y derecho de uso de espectro es violentado por el Proyecto, particularmente en sus artículos 7.2 y 7.3, los cuales señalan que en caso la empresa cuente con varias concesiones, la asignación resultante del reordenamiento se imputará a la concesión más antigua. No existe norma alguna que permita al MTC reducir unilateralmente la asignación de uso de espectro, menos aún bajo la maniobra de imputar dicho derecho a una concesión determinada (la más antigua, en este caso). El Proyecto es ilegal pues viola lo señalado expresamente en la LPAG:

"Artículo 64.- Derechos de los administrados

Son derechos de los administrados con respecto al procedimiento administrativo, los siguientes: (...)

10. A que las actuaciones de las entidades que les afecten sean llevadas a cabo en la forma menos gravosa posible. (...)"

Como es de vuestro conocimiento, la LPAG no sólo aplica en procedimientos administrativos, sino en la actuación general de las entidades públicas.

El Proyecto está optando por la forma más gravosa de afectar a los actuales titulares de asignaciones de espectro.

Al parecer, uno de los objetivos del Proyecto es tratar que las asignaciones actuales pierdan su vigencia lo antes posible. Ello no es adecuado en un marco institucional y normativo en el que se deben respetar los derechos otorgados a particulares. Si bien el espectro radioeléctrico es de titularidad estatal, las normas establecen derechos de asignación a particulares que deben respetarse. Es más, el Proyecto se contradice en este punto, pues su artículo 7.4 señala que la asignación es independiente del título habilitante (concesión), cuando en su propio artículo 7.2 y 7.3. pretende enlazar ambos títulos a efectos de eliminar o reducir derechos del operador.

El sustento del Proyecto basado en un interés público y la propiedad estatal del espectro es insuficiente para afectar sustancialmente los derechos de los titulares de asignaciones de espectro. Ese mismo sustento sería el mismo para que el Estado decida, por ejemplo, terminar unilateralmente una concesión portuaria sin compensación al concesionario. La infraestructura portuaria es de titularidad estatal y el Estado podría sustentar su decisión en un inmaterial interés público.

De hecho, el Proyecto no incluye sustento alguno de esta decisión. El Informe 348-2018-MTC/26 elaborado por la Dirección General de Regulación y Asuntos Internacionales de Comunicaciones – DGRAIC





	<p>contiene desde su página 9 hasta su página 34 simplemente el mismo texto del Proyecto, sin sustento alguno. Estimamos que esta gran omisión debe ser necesariamente corregida en futuros proyectos normativos del MTC.</p> <p>En conclusión, no solo la propuesta comentada es ilegal, sino que no ha sido sustentada. Confiamos en que el MTC no procederá a incorporarla en la norma definitiva por ser contraria al régimen de títulos habilitantes vigente en Perú. De incorporarla deberá modificar sustancialmente la perspectiva, adoptando la regla menos gravosa para los titulares actuales de asignaciones de espectro.</p> <p>En todo caso, estimamos claramente que la persistencia en el error producirá que las entidades jurisdiccionales anulen o suspendan la medida, sin perjuicio de la intervención de los órganos competente encargados de la eliminación de barreras burocráticas ilegales o irrazonables.</p>
<p>Artículo 8, Numeral 8.2.</p>	<p>Limitación de derechos de concesionarios por reserva de bandas.- El artículo 8.2 del Proyecto establece que una vez declarada la reserva de las bandas, los concesionarios no podrán modificar, ampliar ni transferir sus asignaciones de espectro.</p> <p>Ello es absolutamente innecesario y, por ello, irrazonable. A efectos de realizar el reordenamiento no deben restringirse derechos actuales de los titulares de asignaciones de espectro. En caso se ejerzan esos derechos, los mismos podrán encontrarse sujetos al posterior reordenamiento. Solo como ejemplo, podrá realizarse una transferencia de asignación de espectro (aprobada por el MTC) sin problema alguno, dado que el nuevo titular conocerá que su nuevo derecho se regirá por el resultado del reordenamiento.</p> <p>Al respecto, reiteramos la aplicación del artículo 64 de la LPAG:</p> <p><i>“Artículo 64.- Derechos de los administrados Son derechos de los administrados con respecto al procedimiento administrativo, los siguientes: (...) 10. A que las actuaciones de las entidades que les afecten sean llevadas a cabo en la forma menos gravosa posible. (...)”</i></p> <p>La reserva de bandas tiene como efecto solo la imposibilidad de otorgar nuevas asignaciones, no afecta a las previamente otorgadas, como es reconocido de forma expresa en el Informe 78-2018-MTC/26 emitido por la DGRAIC que sustentó la más reciente modificación del Plan Nacional de Atribución de Frecuencias:</p> <p><i>“En ese sentido, esta Dirección General considera que de manera concordante con lo establecido en el artículo 199 del Texto Único</i></p>





	<p>Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 020-2007-MTC, que dispuso que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones administra, atribuye, asigna, controla y, en general, realiza acciones en cuanto concierne a la cautela y asignación del espectro radioeléctrico, ello con la finalidad de salvaguardar la asignación eficiente de las bandas de frecuencias que son utilizadas para la prestación de servicios de telecomunicaciones, y <u>evitar, de esta manera, las nuevas asignaciones de frecuencias disponibles a las empresas operadores de telecomunicaciones. Por ello, corresponde reservar las bandas de frecuencia materia del presente informe.</u>" (subrayados agregados)</p> <p>De hecho este concepto (la reserva solo afecta nuevas asignaciones) se encuentra también reconocido en el propio Informe de la DGRAIC, que sustenta el Proyecto:</p> <p><i>"Posteriormente, mediante Resolución Ministerial N° 095-2018-MTC/01.03, se modifica el Plan Nacional de Atribución de Frecuencias, cambiando entre otras, la Nota P67 para atribuir a título primerio la banda de frecuencias 2500 – 2692 MHz a servicios públicos de telecomunicaciones, utilizando sistemas de acceso inalámbrico y se establece que los titulares de asignaciones en la banda 2500 – 2698 MHz deberán adecuarse a la canalización que apruebe el MTC y <u>los referidos rangos de frecuencia se declaran en reserva, mientras dure tal situación, el MTC no realizará nuevas asignaciones en esta banda, entre otras disposiciones.</u>"</i> (subrayado agregado)</p> <p>Los términos del Proyecto traslucen una predisposición a afectar de la manera más intensa posible los derechos de los titulares actuales de asignaciones de espectro, lo que consideramos no solo ilegal sino además estratégicamente erróneo. Esta perspectiva de ataque a la industria solo generará mayor oposición al Proyecto, desde diversos frentes.</p> <p>Reiteramos también en este caso que la persistencia en este error podría generar que las entidades jurisdiccionales anulen o suspendan la medida, sin perjuicio de la intervención de los órganos competentes encargados de la eliminación de barreras burocráticas ilegales o irrazonables.</p>
<p>Artículo 8, Numeral 8.6.</p>	<p>Ausencia de compensación económica por modificación o eliminación unilateral de asignación de uso de espectro.- El Proyecto es explícito (artículo 8.6) en señalar que la modificación o eliminación unilateral de las asignaciones de espectro vigentes no generarán compensaciones económicas a los operadores.</p> <p>El Proyecto no incluye sustento alguno de esta decisión y prescinde</p>



de considerar los daños y perjuicios que puede generar dicha actuación. El Informe 348-2018-MTC/26 elaborado por la Dirección General de Regulación y Asuntos Internacionales de Comunicaciones – DGRAIC contiene desde su página 9 hasta su página 34 simplemente el mismo texto del Proyecto, sin sustento alguno. Estimamos que esta gran omisión será corregida en futuros proyectos normativos del MTC.

Lo único que se señala al respecto es lo siguiente (página 13 del informe):

"(...) es importante indicar que no se prevé alguna compensación económica para las operadoras, en la medida que el ordenamiento responde al interés público y será realizado en beneficio de la población, traducido en la prestación de mejores servicios de telecomunicaciones. Aunado a ello, debe recordarse que el Reordenamiento se efectuará con el propósito de asegurar un mejor aprovechamiento del espectro radioeléctrico y al acceso por parte de las operadoras de mejores tecnologías para la prestación de los servicios; lo cual se traducirá en mejores condiciones para estas: mayor cobertura, mayor cantidad de clientes, mejoras tecnológicas y, por ende, mayores beneficios económicos."

Esas supuestas mejoras para las operadoras son absolutamente hipotéticas y sin fundamento en los hechos, estadísticas o datos ciertos o siquiera verificables.

Más aún, el uso de expresiones genéricas como "responde al interés público" o "beneficio de la población" solo refleja una verdadera ausencia de sustento jurídico-técnico, que no responde a nuestro sistema jurídico. No es una materia cuestionable el hecho que la asignación de derecho de uso de espectro constituye un acto administrativo sujeto a la LPAG. Así lo han reconocido operadores y autoridades sin excepción, así como el Poder Judicial en casos de revisión de decisiones relacionadas a las asignaciones.

Por ello, la asignación de espectro se encuentra directamente regida por el artículo 212 del LPAG, que regula la revocación de actos administrativos:

"Artículo 212.- Revocación

212.1 Cabe la revocación de actos administrativos, con efectos a futuro, en cualquiera de los siguientes casos:

212.1.1 Cuando la facultad revocatoria haya sido expresamente establecida por una norma con rango legal y siempre que se cumplan los requisitos previstos en dicha norma.

212.1.2 Cuando sobrevenga la desaparición de las condiciones exigidas legalmente para la emisión del acto administrativo cuya permanencia sea indispensable para la existencia de la relación jurídica creada.

212.1.3 Cuando apreciando elementos de juicio sobrevinientes se





favorezca legalmente a los destinatarios del acto y siempre que no se genere perjuicios a terceros.

212.1.4 Cuando se trate de un acto contrario al ordenamiento jurídico que cause agravio o perjudique la situación jurídica del administrado, siempre que no lesione derechos de terceros ni afecte el interés público.

La revocación prevista en este numeral solo puede ser declarada por la más alta autoridad de la entidad competente, previa oportunidad a los posibles afectados otorgándole un plazo no menor de cinco (5) días para presentar sus alegatos y evidencias en su favor.

212.2 Los actos administrativos declarativos o constitutivos de derechos o intereses legítimos no pueden ser revocados, modificados o sustituidos de oficio por razones de oportunidad, mérito o conveniencia.

Artículo 214.- Indemnización por revocación

214.1 Cuando la revocación origine perjuicio económico al administrado, la resolución que la decida deberá contemplar lo conveniente para efectuar la indemnización correspondiente en sede administrativa.

214.2 Los actos incurridos en causal para su revocación o nulidad de oficio, pero cuyos efectos hayan caducado o agotado, serán materia de indemnización en sede judicial, dispuesta cuando quede firme administrativamente su revocación o anulación." (subrayado agregado)

Como es de conocimiento del MTC, el 21 de diciembre de 2016 se publicó el Decreto Legislativo N° 1272, mediante el cual se modificaron diversos artículos de LPAG, entre ellos el artículo II del Título Preliminar.

Así, antes de la modificación de la LPAG, el numeral 2 del Artículo II del Título Preliminar establecía que los procedimientos especiales creados y regulados como tales por ley expresa, atendiendo a la singularidad de la materia, se regían supletoriamente por la LPAG en aquellos aspectos no previstos y en los que no son tratados expresamente de modo distinto.

No obstante, con la modificación introducida mediante el Decreto Legislativo N° 1272, se estableció que las leyes que crean y regulan los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados que las previstas en la LPAG.

En tal sentido, ninguna norma del MTC, ni el Proyecto, puede recortar ni limitar los derechos de los administrados previstos en la LPAG, en este caso específico, aquellos señalados para la revocación de actos administrativos.

Desde esta perspectiva, normativamente sustentada, el Proyecto debe respetar las reglas que la LPAG contiene respecto de la revocación de las resoluciones de asignación de espectro a las operadoras, incluyendo la compensación económica integral correspondiente, como lo dispone de forma expresa dicha ley.





	<p>La única forma que este régimen no sea directamente ejercido sería con la voluntad expresa de cada empresa operadora afectada, de renunciar o modificar los derechos otorgados por el acto administrativo de asignación de derechos de uso de espectro.</p> <p>Se ha afirmado en medios que la Ley de Telecomunicaciones de 1993 ya preveía la reversión y por ello el Proyecto no constituye un cambio en las reglas de juego del sector. Ello es incorrecto, la Ley de Telecomunicaciones publicada el 1993 no menciona la reversión de espectro como una facultad unilateral y discrecional del MTC. De hecho, ni siquiera menciona el término "reversión". Solo faculta al MTC a la administración, gestión, otorgamiento de derechos sobre el espectro, lo que no es materia de discusión. Repetimos: la Ley de Telecomunicaciones no estableció (ni establece) la facultad unilateral y discrecional del MTC de declarar una reversión de asignaciones de espectro. Mucho menos prevé esa facultad sin compensación al afectado.</p> <p>En conclusión, no solo la propuesta comentada es ilegal, sino que no ha sido sustentada. Asimismo, como previamente hemos señalado, la propuesta constituye una expropiación regulatoria ilícita. Confiamos en que el MTC no procederá a incorporarla en la norma definitiva.</p> <p>En todo caso, al igual que en extremos anteriores de la propuesta, la persistencia en el error producirá que las entidades jurisdiccionales anulen o suspendan la medida, sin perjuicio de la intervención de los órganos competente encargados de la eliminación de barreras burocráticas ilegales o irrazonables.</p>
<p>Artículo 9 y Artículo 12, Numeral 12.9.</p>	<p>Aplicación del Decreto Legislativo 1310.- El Informe 348-2018-MTC/26 que respalda el Proyecto, incluye un análisis detallado -a diferencia de los aspectos medulares del Proyecto- a efectos de sustentar que el Proyecto no debe pasar por el análisis de calidad regulatoria previsto en el Decreto Legislativo 1310.</p> <p>Se basa en que el reglamento de la mencionada norma señala que aplica para proyectos normativos que creen procedimientos administrativos de iniciativa de parte y que el Proyecto no crea, modifica o establece procedimientos administrativos de iniciativa de parte.</p> <p>Ello es incorrecto, el Proyecto si crea varios procedimientos administrativos de iniciativa de parte. No es una materia cuestionable el hecho que la asignación de derecho de uso de espectro constituye un acto administrativo sujeto a la LPAG. Así lo han reconocido operadores y autoridades sin excepción, así como el Poder Judicial en casos de revisión de decisiones relacionadas a las asignaciones.</p>





	<p>El artículo 9 del Proyecto crea los procedimientos administrativos de modificación de la concesión o autorización basados en reordenamiento de espectro. Dichos procedimientos son de iniciativa de parte.</p> <p>Asimismo, el artículo 12.9 establece que los operadores deben manifestar su acogimiento (o no acogimiento) al reordenamiento. Ello implica la existencia de un procedimiento administrativo iniciado por el operador con su solicitud de acogimiento, que concluye con un acto administrativo: la asignación (nueva) de espectro.</p> <p>El hecho que el Proyecto no modifique el TUPA del MTC no implica que no pueda crear o modificar procedimientos administrativos. Si fuera aprobado sí de crearían o modificarían procedimientos administrativos a iniciativa de parte. Ello tiene como consecuencia que debe cumplirse con el análisis de calidad regulatoria previsto en el Decreto Legislativo 1310. De no hacerlo, la norma final será nula y así deberá ser declarada por las autoridades jurisdiccionales competentes.</p>
<p>Artículo 13, Numerales 13.1. Literal h</p>	<p>Pago de Canon.- El Proyecto establece que, de ser necesario, se establecerán nuevas consideraciones para la determinación del pago del canon por la porción del espectro radioeléctrico resultante del reordenamiento. Esta situación se suma a los escenarios de incertidumbre sujetos a la discrecionalidad de del MTC, generando mayor inseguridad jurídica para los operadores considerando incluso la metodología para determinación del Canon modificada recientemente mediante Decreto Supremo 003-2018-MTC.</p>
<p>Artículo 15, Artículo 16</p>	<p>El reordenamiento de la banda (en caso resulte más eficiente para el operador) debería considerar la posibilidad de reasignación del espectro en la misma u otra banda similar, a criterio del operador.</p>
<p>Artículo 13, Numerales 13.2 y 13.8, Artículo 17, Numeral 17.2.</p>	<p>Inclusión indiscriminada de causales de reversión del espectro.- Sin duda, el Proyecto ha asumido una perspectiva absolutamente punitiva y desproporcionada en relación con el régimen de otorgamiento de derechos de uso del espectro, sin sustento válido alguno.</p> <p>Los artículos 13.2 (reversión por no suscribir adenda), 13.8 (reversión por oposición al reordenamiento), 17.2 (reversión por no cumplir los literales b, c, g y h del numeral 17.1) y por no cumplir con la conexión gratuita a OSIPTEL (segunda disposición complementaria); establecen numerosas causales de reversión de espectro.</p> <p>Esta perspectiva es errónea. El mensaje del Proyecto es que el MTC desea revertir espectro ante el escenario más ligero de oposición al</p>





	<p>reordenamiento. Al respecto, respetuosamente tenemos a bien manifestarle que dicha propuesta constituye una medida totalmente radical y arbitraria que puede poner en grave peligro la continuidad del servicio y el desarrollo de la inversión en la industria. Asimismo las modificaciones arbitrarias en la asignación de espectro pueden distorsionar las condiciones competitivas en el mercado móvil, pues puede afectar la permanencia de una empresa en la industria, lo cual puede afectar severamente la eficiencia asignativa (precios bajos que reflejan costos eficientes) que se ha venido desarrollando durante los últimos 10 años, ocasionando un grave e irreversible perjuicio al bienestar social.</p> <p>Claramente estas disposiciones no cumplen un estándar mínimo de razonabilidad, por lo cual podrán ser anuladas, suspendidas, dejadas sin efectos o inaplicadas por los órganos jurisdiccionales competentes, así como por la autoridad encargada de eliminación de barreras burocráticas ilegales o irrazonables.</p>
<p>Artículo 13, Numerales 13.4</p>	<p>Vigencia del reordenamiento es excesivamente corta.- El Proyecto propone que dentro del plazo de un año de emitida la resolución que aprueba el reordenamiento el MTC no podrá realizar un nuevo reordenamiento de la banda. Este plazo resulta absolutamente insuficiente, considerando la inseguridad que tendrán los operadores (sobre todo al no haber compensación por el reordenamiento).</p> <p>Cabe señalar que según el Proyecto, los costos en que incurra el operador por adecuaciones de las redes y otros derivados pueden verse incrementados por nuevos reordenamientos de corto plazo (artículos 8.6. y 13.4).</p> <p>Desde cualquier perspectiva, el plazo de un año es absolutamente insuficiente. Los operadores podrían ni siquiera haber terminado todas las adecuaciones necesarias en dicho plazo. Como es de conocimiento del MTC, las inversiones requieren plazos adecuados para su recuperación.</p> <p>Estimamos que un plazo adecuado entre reordenamientos es como mínimo de cinco (5) años. Dicho plazo permitirá no solo la adecuación técnica, sino también el desarrollo comercial de los servicios a ser prestados con el espectro bajo las nuevas asignaciones.</p>
<p>Artículo 13, Numeral 13.8.</p>	<p>Amenaza a operadoras que pretendan cuestionar el reordenamiento.- Un aspecto específico del Informe 348-2018-MTC/26, que pretende sustentar el Proyecto, es que contiene una amenaza directa contra aquellas operadoras que intenten cuestionar</p>





	<p>el reordenamiento (página 34):</p> <p><i>"Se debe tener en cuenta que el espectro radioeléctrico es una herramienta valiosa e indispensable para prestar servicios de telecomunicaciones por lo tanto <u>si se evidencia una conducta obstaculizadora de las políticas sectoriales por parte de una operadora, se procederá a resguardar el espectro radioeléctrico, revertiéndolo a favor del Estado. Dicha reversión no está sujeta a algún derecho de compensación a favor de la operadora</u>, asimismo debido a la naturaleza del Reordenamiento se imposibilita la opción de regresar a la situación original respecto a las asignaciones." (subrayado y énfasis agregados)</i></p> <p>Este planteamiento es recogido en el artículo 13.8 del Proyecto. No recordamos un antecedente de este tipo, en el cual la autoridad indica expresamente una amenaza contra los administrados que se opongan a su mecanismo propuesto. Recordamos respetuosamente que el derecho de defensa se encuentra reconocido en la Constitución Política y que ninguna autoridad puede eliminarlo o instigar a que no sea usado por los afectados.</p> <p>El texto citado constituye no solo una abierta ilegalidad sino también un precedente grave respecto del desarrollo de políticas públicas.</p>
<p>Artículo 14, Numeral 14.2.</p>	<p>Regla aplicable a servicios móviles debe ser aplicable a otros servicios.- El Proyecto (artículo 14.2) establece que las obligaciones resultantes del reordenamiento no son exigibles cuando los derechos de uso de la porción del espectro materia de reordenamiento han sido obtenidos por concurso público para la prestación del servicio móvil.</p> <p>Esta regla crea una excepción arbitraria. El parámetro de esta regla está definido por la obtención de la asignación a través de un concurso o licitación. Ese parámetro debe ser aplicado, entonces, en todos los casos respecto de los cuales el espectro fue asignado a través de un concurso, sin diferenciar el servicio inicialmente involucrado.</p> <p>En este punto el Proyecto realiza una discriminación arbitraria. El tipo específico de servicio no constituye un factor de diferencia suficiente que pueda sustentar el trato distinto.</p>
<p>Segunda Disposición Complementaria Final</p>	<p>Conexión gratuita a OSIPTEL.- Otro de los puntos altamente cuestionables del Proyecto es el previsto en su Segunda Disposición Complementaria Final, que obliga a todas las operadoras sujetas al reordenamiento, de manera gratuita, establecer una conexión con OSIPTEL a efectos de que esta entidad pública tenga acceso directo a los sistemas de gestión de la empresa.</p>





	<p>Como en los otros puntos, esta disposición carece de un sustento mínimo en el Informe de la DGRAIC.</p> <p>Tiene su precedente en una cláusula que PROINVERSIÓN insertó en la licitación por una porción de la banda de 700 MHz. Sugerimos al MTC que recabe los extensos cuestionamientos que los postores señalaron respecto de dicha disposición. La misma permaneció en los contratos suscritos y su legalidad dependió de la aceptación voluntaria por parte de los adjudicatarios de la licitación.</p> <p>Otro escenario, completamente distinto, es una disposición unilateral a través de una norma. Respetuosamente señalamos que el MTC carece de facultades para establecer unilateralmente una medida de tal intensidad e intervencionismo estatal en la operación empresarial, contraria al esquema de economía social de mercado y subsidiariedad estatal previsto en la Constitución.</p> <p>No solo es ilícito el intervencionismo señalado, sino también la obligación de la empresa de construir la conexión y proveerla gratuitamente. Las empresas operadoras pagan tributos todos los años tanto al MTC como al OSIPTEL a efectos de que cada uno, en los ámbitos de su competencia, ejerzan sus funciones supervisoras. Mediante el planteamiento del Proyecto se traslada al operador privado el costo de las funciones estatales del OSIPTEL. De hecho, OSIPTEL no tiene competencia alguna en relación al espectro radioeléctrico, por lo cual, además, la inclusión de este planteamiento es impertinente a la materia que pretende desarrollar.</p> <p>Solicitamos formalmente que esta disposición sea eliminada del Proyecto. En todo caso, la persistencia en el error producirá que las entidades jurisdiccionales anulen o suspendan la medida, sin perjuicio de la intervención de los órganos competente encargados de la eliminación de barreras burocráticas ilegales o irrazonables.</p>
<p>Comentarios al Anexo I</p>	<p>En el Anexo I "Mecanismos para la cuantificación, distribución del reordenamiento y determinación de las obligaciones resultantes" se propone una metodología de determinación de las obligaciones con incentivos perversos, pues desalienta que las empresas operadoras se acojan al reordenamiento y que por lo tanto no puedan proveer sus servicios de manera más eficiente a través de un mejor uso del espectro.</p> <p>En efecto, como demostraremos a continuación, la metodología propuesta en el Proyecto establece que una empresa operadora que se acoja al reordenamiento de la banda siempre deberá asumir una obligación adicional a fin de mantener la misma cantidad de espectro</p>





que poseía antes del reordenamiento. Esto ocurre incluso cuando dicha banda se ha obtenido previamente por concurso público, pagando y asumiendo compromisos de inversión por su adjudicación.

Para demostrar ello, asumiremos un caso hipotético y simplificado, en el cual una empresa operadora de servicios móviles sólo posee 10 Mhz en una única provincia de Lima, la cual tiene 10 habitantes, habiéndose obtenido dicho espectro mediante concurso público, teniendo el espectro asignado un tiempo de canalización mayor a 8 años, y encontrándose dicho espectro actualmente en uso.

Pues bien, siguiendo la expresión (1) del Anexo I, la empresa operadora antes del reordenamiento obtendría el siguiente QOperadora:

$$\begin{aligned}
 Q_{Operadora} &= BW * HAB * F_{Mercado} * (f_1) * (f_2) * (f_3) \\
 Q_{Operadora} &= 10Mhz * 10 * 1.4 * (0.9) * (0.9) * (1) \\
 Q_{Operadora} &= 10 * 10 * 1.4 * (0.81)Mhz \\
 Q_{Operadora} &= 113.4 Mhz
 \end{aligned}$$

Posteriormente al reordenamiento, siguiendo la expresión (2) del Anexo I, y asumiendo que el Q'Operadora alcanza su máximo valor, es decir, que este excede en 2% al QOperadora se obtendría la siguiente expresión:

$$\begin{aligned}
 Q'_{Operadora} &= 1.02 * (Q_{Operadora}) \\
 Q'_{Operadora} &= 1.02 * (113.4 Mhz) \\
 Q'_{Operadora} &= 115.7 Mhz
 \end{aligned}$$

Reformulando Q'Operadora, se obtiene la siguiente expresión:

$$\begin{aligned}
 BW * HAB * F_{Mercado} &= 115.7 * Mhz \\
 X Mhz * 10 * 1.4 &= 115.7 * Mhz
 \end{aligned}$$

Considerando que la cantidad de habitantes y el Fmercado están dados, la cantidad de X Mhz que le correspondería a la empresa operadora después del reordenamiento sería:

$$X = 8.3$$

Con este caso sencillo, claramente se puede observar que después del reordenamiento la empresa operadora tendría menos espectro que antes del mismo, es decir, su dotación de espectro se redujo de 10 Mhz a 8.3 Mhz, lo que representa una pérdida del 17% respecto a la situación inicial.





Por lo tanto, para que la empresa operadora pueda recuperar su dotación inicial de espectro, tiene que solicitar 1.7 MHz adicionales, lo cual implica que la empresa deba asumir obligaciones adicionales a pesar de que dicho espectro fue obtenido por concurso público, se realizó un pago en efectivo por su adjudicación, se cumplieron obligaciones de expansión y se hicieron compromisos de inversión previamente.

Para demostrar ello, siguiendo la expresión (3) del Anexo I, se calcula el valor de $P_{Operadora}$:

$$P_{Operadora} = BW * HAB * F_{Mercado}$$

$$P_{Operadora} = 1.7Mhz * 10 * 1.4$$

$$P_{Operadora} = 23.8 Mhz$$

Con ello, finalmente se calcula la Obligación resultante para la empresa operadora:

$$OE_{Operadora} = (K_{Basico} + K_{Adicional}) * PUV_{BANDA}$$

$$OE_{Operadora} = (0 + K_{Adicional}) * PUV_{BANDA}$$

$$OE_{Operadora} = (K_{Adicional}) * PUV_{BANDA}$$

$$OE_{Operadora} = (P_{Operadora} * f_{VIGENCIA}) * PUV_{BANDA}$$

Si asumimos que el PUVBANDA es 1 millón USD/Mhz y que restan 10 años de los 20 años de concesión con lo cual $f_{VIGENCIA}$ sería 50%, la obligación resultante sería:

$$OE_{Operadora} = (23.8Mhz * 50%) * 1Mill USD/Mhz$$

$$OE_{Operadora} = 11.9Mill USD$$

Resulta paradójico que una empresa operadora que obtuvo espectro por concurso público, realizó un pago en efectivo por su adjudicación e hizo compromisos de inversión previamente, tenga que asumir obligaciones adicionales para poder acogerse al reordenamiento de la banda y poder ofrecer sus servicios de manera más eficiente.

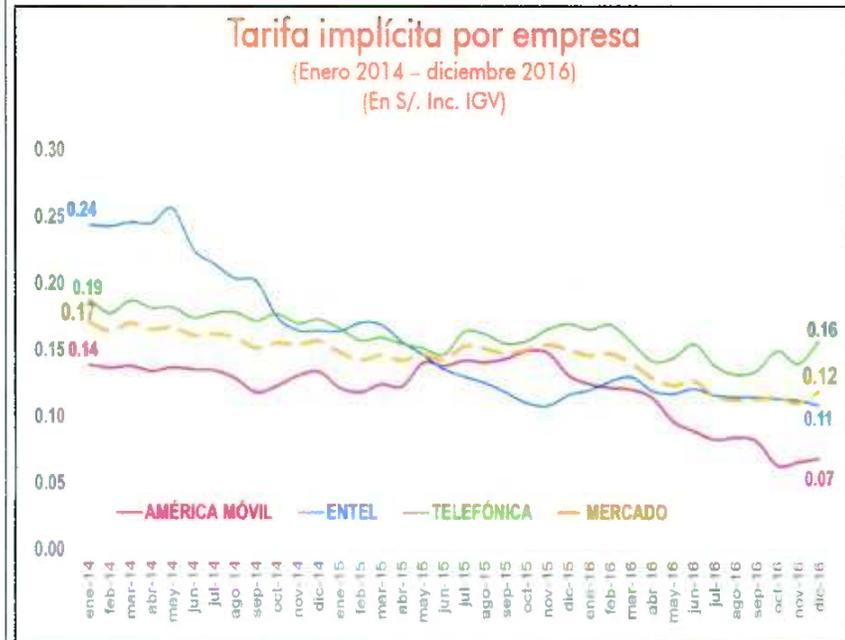
La metodología propuesta en el Anexo I del Proyecto resulta discrecional y desincentiva fuertemente que las empresas operadoras se acojan al reordenamiento, y por lo tanto impide que dichas empresas alcancen un mayor nivel de eficiencia productiva (menor costo) en la provisión del servicio y que por lo tanto se pueda alcanzar un mayor nivel de calidad en los servicios, adopción de nuevas tecnologías y una mayor eficiencia asignativa (reducción de tarifas) en beneficio del usuario final. En ese sentido, desde nuestra





perspectiva, el Proyecto propuesto constituye una fuerte barrera al desarrollo de la industria de servicios públicos de telecomunicaciones, y debe ser reformulado integralmente.

Es importante recordar que en un mercado altamente competitivo como la industria móvil, cualquier ganancia de eficiencia es trasladada rápidamente en beneficio del consumidor final, tal como se puede corroborar observando la fuerte reducción que la tarifa promedio de voz y datos ha experimentado durante los últimos años:



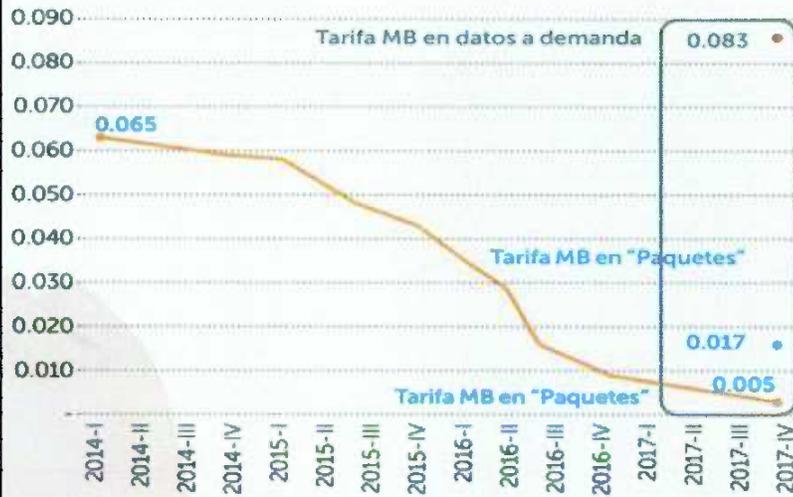
Fuente: Osiptel, Presentación “Indicadores de Intensidad Competitiva”





Evolución de tarifas del servicio de Internet Móvil

Expresado en soles por MB consumido



Fuente: Osiptel, Boletín N° 21, Junio 2018

Por lo tanto, si el MTC busca promover el desarrollo de los servicios públicos de telecomunicaciones, es indispensable que se reordene de manera razonable y respetando derechos respecto de las bandas asignadas a fin de que las empresas operadoras puedan lograr un mayor nivel de eficiencia en el uso del espectro y por lo tanto en la provisión de sus servicios; pero sin que ello genere obligaciones de pago adicionales y/o desproporcionadas que desincentiven a las empresas operadoras acogerse al reordenamiento.

Sin perjuicio de expresado anteriormente, debemos observar que en la ecuación (8) de la sección C "Determinación de las obligaciones resultantes" del Anexo I, se establece que el monto determinado de las obligaciones resultantes del reordenamiento se encuentra expresado en USD y en ninguna parte de la metodología propuesta en el Proyecto se precisa que dicha obligación sea realizada mediante compromisos de inversión o similares.

Al respecto, debe considerarse que ninguna obligación producto del reordenamiento debe ser requerida en dinero en efectivo a los operadores; en todo caso, de considerarse algún supuesto específico y excepcional de nuevas obligaciones como consecuencia del reordenamiento, estas deberían ser determinadas en compromisos tangibles relacionados a la provisión de los servicios, tales como compromisos de expansión de cobertura, actualización tecnológica, entre otros.





Asimismo, creemos importante se realice la revisión de los siguientes aspectos metodológicos:

1. El factor Fmercado debe ser diferenciado por departamentos, dado que esta variable proviene de la evaluación del PBI per cápita, lo cual genera que existan diferencias entre los departamentos, por ejemplo Trujillo presenta un mayor PBI que Huancavelica y por ende la banda es más valiosa; por lo tanto, no se puede asignar el mismo valor de Fmercado para ambas provincias.
2. Con relación al factor F2 relacionado al tiempo de canalización de la banda, tenemos a bien indicar que el periodo establecido de ocho años es arbitrario y no ha sido sustentado en el Proyecto. Al respecto, es importante precisar que esta imposición afecta significativamente las dotaciones finales de las empresas que se acojan al reordenamiento. Asimismo, cabe resaltar que la canalización no depende de las empresas operadoras, sino que este constituye un factor exógeno a su gestión por ser de atribución exclusiva del MTC. En consecuencia, dicho factor debe ser eliminado de la metodología propuesta.
3. Respecto al factor F3 referido al uso del espectro radioeléctrico previo al reordenamiento, manifestamos que dicho factor también debe ser eliminado de la fórmula en tanto que el uso no constituye una característica que otorgue o quite valor al espectro, sino que este depende de su valor en el mercado. Incorporar dicho factor en la metodología, puede generar serias distorsiones en la cantidad de respecto a ser reasignado, perjudicando desproporcionadamente al operador que se acoja al reordenamiento. Sin perjuicio de lo anterior, de mantenerse dicho parámetro, se debería considerar escenarios adicionales de uso como por ejemplo, cobertura de rurales o de preferente interés social, limitaciones o incompatibilidades técnicas, entre otros.
4. En la norma finalmente aprobada, debe precisarse de manera explícita el valor exacto del factor f DESCUENTO y del factor PUV BANDA, con la finalidad de que empresa operadora pueda evaluar adecuadamente el impacto de acogerse al reordenamiento. Como se encuentra planteado en la metodología actual, dichos factores no se encuentran determinados por lo que resulta imposible estimar adecuadamente el impacto del reordenamiento de las bandas en una operadora.
5. Debe considerarse que producto del reordenamiento, el operador tenga la facultad (no la obligación) de solicitar la reasignación de espectro en otra banda distinta a la que se está evaluando, sea total o parcial.
6. Finalmente, también se debe considerar la posibilidad que el operador pueda mantener una parte de su espectro original fuera del proceso de reordenamiento, ejecutando el mismo de forma parcial.





Reiteramos que dado el insuficiente plazo otorgado para emitir comentarios al Proyecto, nos reservamos el derecho de complementarlos posteriormente y dejamos constancia de las limitaciones e indefensión que ello nos genera.

Finalmente, dada la gravedad y probable afectación de seguridades elementales para la inversión en el sector telecomunicaciones y en línea con las disposiciones sobre transparencia y participación directa de los interesados, solicitamos formalmente que el Señor Ministro de Transportes y Comunicaciones nos reciba y conceda audiencia a efectos que podamos realizar una exposición detallada de nuestra posición sobre el Proyecto y tome pleno conocimiento de sus implicancias.

Sin otro particular, agradeciéndole de antemano por la gentil atención que se sirva dispensar a la presente, quedamos de Usted.

Atentamente,

Javier Ghezzi Arnao
Gerente de Regul. Proy. Estrateg e Infraest
Dirección Marco Regulatorio
América Móvil Perú S.A.C.

cc. **Sr. Edmer Trujillo Mori – Ministro de Transportes y Comunicaciones**
Sra. Virginia Nakawawa Morales – Viceministra de Comunicaciones