

**RESOLUCIÓN VICEMINISTERIAL  
N° 160-2005-MTC/03**

Lima, 7 de abril de 2005

**I. VISTOS:****1. La solicitante**

Telefónica Móviles S.A.C. (en adelante, Telefónica Móviles) ha solicitado el 4 de enero de 2005, mediante documento de Reg. P/D N° 000632, la aprobación de la transferencia de las concesiones que le fueran otorgadas para la prestación de los servicios públicos de Telefonía Móvil, Buscapersonas y Portador Larga Distancia Nacional e Internacional a través de las Resoluciones Ministeriales N°s. 373-01-TC/15.17, 055-02-TC/15.17, 612-92-TCC/15.17, 068-96-MTC/15.17 y 582-2001-MTC/15.03, así como las asignaciones de espectro radioeléctrico, autorizaciones, permisos, licencias y demás derechos relacionados a las referidas concesiones a favor de Comunicaciones Móviles del Perú S.A.<sup>1</sup> (en adelante, Comunicaciones Móviles).

Al respecto, la empresa manifiesta que como producto de la adquisición por parte de Telefónica Móviles S.A. (España) del 100% de las acciones de la empresa Latin America Cellular Holdings B.V., accionista mayoritaria de Comunicaciones Móviles, tenían previsto la fusión por absorción de Telefónica Móviles por parte de Comunicaciones Móviles; y que, a fin de efectivizarla solicitan la transferencia de los títulos habilitantes.

La solicitante con fechas 28 de enero y 16 de febrero de 2005, Reg. P/Ds N°s 007089, 011103 y 011099, remite información complementaria, tales como los datos personales del representante legal, declaraciones juradas, el contrato denominado Stock Purchase Agreement, y el libro de matrícula de acciones.

**2. Los Intervinientes**

La empresa TIM PERÚ S.A.C (en adelante, TIM Perú), en su calidad de tercero con legítimo interés, de conformidad con el artículo 60° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, reconocido como tal mediante Oficio N° 066-2005-MTC/03 ha expresado su opinión en relación a la referida solicitud, tanto a través de escritos presentados al Ministerio como en la audiencia de informe oral realizada para tal efecto.

Asimismo, el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL, ha opinado en relación a las consultas específicas que le han sido formuladas por este Ministerio.

**3. Argumentos de las partes**

TIM Perú mediante Cartas N° GG/42-04 y DMR/CE 106/05 del 2 de noviembre de 2004 y 8 de marzo de 2005, respectivamente, señala como cuestión previa, que el contrato de concesión de Bellsouth Perú S.A. establece la prohibición de transferir acciones sin previo consentimiento del Ministerio. Asimismo refiere que tal como lo establece el contrato para todo efecto se considera como transferencia de la concesión a la transferencia o cesión de acciones de la concesionaria.

Asimismo, mediante Cartas N°s. GG/029-04 del 12 de noviembre de 2004, GG/006-05 del 28 de enero de 2005, DMR/CE 055/05 del 2 de febrero de 2005, DMR/CE 077/05 del 22 de febrero de 2005, DMR/CE 076/05 del 22 de febrero de 2005, DMR/CE 093/05 del 3 de marzo de 2005 y DMR/CE 106/05 del 8 de marzo de 2005, entre otras, TIM Perú señala que como consecuencia de la operación conjunta de Telefónica Móviles y Comunicaciones Móviles, se generaría una concentración del 70% del mercado de telefonía móvil y ante este escenario, es necesario que se adopten las medidas necesarias a fin de asegurar la libre competencia en este mercado y su normal desarrollo, así como minimizar los riesgos de realización de posibles actos anticompetitivos y proteger el derecho de los usuarios. En consecuencia, propone entre otros temas, la adopción de las siguientes medidas:

Sobre el Cargo de Interconexión Asimétrico, imponer un cargo de terminación de llamadas en la red de Comunicaciones Móviles basado en costos o, en cualquier caso,

diferenciados del cargo de terminación en las redes de los competidores que no ostentan una posición de dominio; dada la posición dominante que asumiría Comunicaciones Móviles después de la fusión.

Respecto a las lamas UN-NET, prohibir su implementación; considerando que frente a una red de clientes que excedería el 70% del mercado, no sería posible sostener un entorno competitivo a nivel de ofertas comerciales pues una red con menor cantidad de usuarios no estaría en condiciones de competir de modo sostenible. Esta situación impactaría sobre el futuro del mercado en el mediano y largo plazo, sobre la competencia y el consumidor; más aún cuando existen altas barreras de salida por no existir la portabilidad numérica.

En relación a la Portabilidad Numérica, dado que todavía no ha sido implementada en el Perú y por tanto subsiste una barrera muy importante para los usuarios del operador dominante que afecta sustancialmente a la competencia, las autoridades deben impedir que por la operación de concentración los clientes de Telefónica Móviles pasen a ser clientes de Comunicaciones Móviles manteniendo su mismo número a fin de cumplir el principio de no discriminación, hasta que la misma facilidad sea aplicada a todos los demás operadores móviles por igual y se les permita incorporar clientes que mantengan su mismo número de abonado.

Sobre el Espectro Radioeléctrico, TIM Perú señala que de acuerdo al artículo 212° del Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, el Ministerio debe cautelar que la asignación de frecuencias no contribuya a configurar una posición de dominio en el mercado y por tanto no puede permitir que se concentre en una sola empresa, toda la banda de 800 MHz, la que además presenta mejores características de aprovechamiento, difusión y propagación de señales (cobertura), las que representan una notoria ventaja respecto de servicios provistos en otras frecuencias (en los que la cobertura es menor y por tanto se requiere una mayor inversión en infraestructura).

De otro lado refiriéndose a dicho recurso, TIM Perú considera que Telefónica Móviles más Bellsouth Perú (hoy Comunicaciones Móviles) está impedida de acumular más del 50% de las frecuencias en la banda de 800 MHz, en virtud del condicionamiento establecido en las bases para la adquisición de frecuencias por concurso de banda B de Provincias que obtuvo Bellsouth Perú, donde estaba expresamente prohibida la participación de la empresa hoy adquirente, Telefónica Móviles.

Respecto al Grupo Telefónica en general, TIM Perú requiere, entre otras medidas, que se prohíba ofrecer ofertas conjuntas entre las empresas dominantes del Grupo y particularmente, con la nueva sociedad fusionada, adquirida, relacionada o que forme parte del mismo grupo empresarial de la telefonía fija dominante; que se obligue a la separación contable de las líneas de negocio retail y wholesale para garantizar la transparencia y control de precios predatorios; que se realice un control estricto y de conocimiento público para prevenir el empaquetamiento y subsidios cruzados en ofertas de servicios fijos con móviles o en ofertas de servicios móviles, fijos, internet y/o de cable, o entre algunos de ellos o todos ellos; que se realice un control estricto y de conocimiento público para prevenir la realización de prácticas y tarifas predatorias que se pueden haber producido, así como por el posible uso de información privilegiada.

<sup>1</sup> Con Reg. PD 067772, del 19 de noviembre de 2004, Comunicaciones Móviles informa que mediante Escritura Pública de fecha 5 de noviembre de 2004, Bellsouth Perú S.A. ha cambiado su denominación social por Comunicaciones Móviles del Perú S.A., quedando inscrita dicha modificación en el asiento B0013 de la Partida 11007045 del Libro de Sociedades del Registro de Personas Jurídicas del los Registros Públicos de Lima.

Sobre el uso compartido de infraestructura, TIM Perú manifiesta la necesidad de contar con una regulación efectiva que imponga la obligación de compartir las infraestructuras de las empresas dominantes en el mercado móvil o de aquellas que conforman el Grupo Económico al cual pertenecen, bajo precios orientados a costos, siendo que la legislación actual no es efectiva y limita la comparación a una eventual restricción administrativa y sólo para infraestructura construida en determinado momento.

Adicionalmente, TIM Perú señala que se deben adoptar otras medidas complementarias, tales como obligar a Telefónica Móviles y Comunicaciones Móviles del Perú a informar por escrito, expresa y claramente a los usuarios de ambas empresas, antes de concentrarse, que van a ser incorporados a una nueva empresa y por tanto tienen expedito su derecho de elegir otro operador u optar por la nueva empresa resultante de la fusión.

Finalmente, también señalan que expresamente y no necesariamente por remisión a las actuaciones de otras autoridades, el Ministerio establezca (únicamente a ambas o separadas o fusionadas), la obligación de separación contable de líneas de negocio retail y wholesale (para garantizar la transparencia y control de precios predatorios).

## II. CONSIDERANDOS

### 1. Consideraciones previas

#### 1.1 La calidad de parte atribuida a TIM Perú

Mediante cartas del 13 de mayo de 2004, 28 de enero y 22 de febrero de 2005, TIM Perú solicitó intervenir como parte interesada y con legítimo interés respecto de cualquier procedimiento, comunicación, reporte, solicitud o similares que realicen, individual o separadamente, las empresas Bellsouth Perú S.A o Telefónica Móviles.

Mediante Informe N° 334-2005-MTC/08, la Oficina General de Asesoría Jurídica, teniendo a la vista los informes de la Dirección General de Gestión de Telecomunicaciones (Informe N° 123-2005-MTC/17.01.ssp) y de la Secretaría de Comunicaciones (Memorando N° 169-2005-MTCC/03.01), concluye que la solicitud de TIM Perú es legalmente viable.

Por Oficios N°s 066-2005-MTC/03 y 067-2005-MTC/03, el Viceministro de Comunicaciones hace de conocimiento de TIM Perú y Telefónica Móviles, respectivamente, que de conformidad con lo establecido por el artículo 60° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, corresponde otorgarle a TIM Perú la calidad de tercero con legítimo interés en el referido procedimiento administrativo. Asimismo comunica la realización del informe oral solicitado, a llevarse a cabo el 8 de marzo de 2005, a horas 4.00 p.m.

Por Carta C-164-2005/VPAR, Comunicaciones Móviles solicita el uso de la palabra en el citado Informe Oral, por ser parte interesada.

Mediante Carta TM-925-A-166-05, Telefónica Móviles solicita que la decisión de incorporar a TIM Perú al procedimiento de transferencia de concesiones sea revocada o se declare su nulidad haciendo prevalecer el debido procedimiento administrativo. Asimismo, solicita las sea notificada la comunicación DMR/CE/N°077/05 del 22 de febrero, mediante la cual TIM Perú solicitó su incorporación al procedimiento como tercero legitimado, así como el informe elaborado por la Oficina General de Asesoría Jurídica que estimó conforme a derecho autorizar dicha incorporación.

Mediante Carta TM-925-A-174-05, Telefónica Móviles precisa que la comunicación TM-925-A-166-05 no constituye un recurso impugnativo, sino la mera expresión de su punto de vista. Asimismo, señala que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 147.1 de la Ley N° 27444, las cuestiones que planteen los administrados durante la tramitación del procedimiento sobre extremos distintos al asunto principal, no suspenden su avance, debiendo ser resueltas en la resolución final de la instancia.

Mediante Memorando N° 487-2005-MTC/08, la Oficina General de Asesoría Jurídica recomienda solicitar a Telefónica Móviles precise su petición, y en su caso se desista de la impugnación presentada, lo cual fue requerido a Telefónica Móviles mediante Oficio N° 009-2005-MTC/03 del Viceministro de Comunicaciones.

Por carta del 15 de marzo de 2005, Telefónica Móviles se desiste del recurso administrativo presentado y por Resolución Ministerial N° 195-2005-MTC/03, el Ministro de Transportes y Comunicaciones acepta el desistimiento formulado por la citada empresa.

### 1.2 De los argumentos de TIM Perú

#### 1.2.1 La transferencia de acciones en el contrato de Bellsouth Perú

TIM Perú señala que el contrato de concesión de Bellsouth Perú establece la prohibición de transferir acciones sin previo consentimiento del MTC y que de acuerdo al contrato, para todo efecto se considera como transferencia de la concesión, la transferencia o cesión de acciones de la empresa. Este argumento no tiene asidero jurídico, por las razones que se exponen:

- El contrato de concesión de titularidad de Comunicaciones Móviles (antes Bellsouth Perú S.A.) aprobado por Resolución Ministerial N° 440-91-TC/15.17 de fecha 28 de junio de 1991, establece en su cláusula décimo quinta "Aplicación de la Legislación Peruana", que "Las partes dejan constancia que este contrato no implica, supone ni puede interpretarse que crea o establece un estatuto especial a favor de LA CONCESIONARIA, la que queda sujeta a las normas legales y técnicas sobre telecomunicaciones vigentes y que en el futuro se expidan, así como a la legislación peruana en general."

De igual forma, la Primera Disposición Transitoria del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones aprobado por Decreto Supremo N° 013-93-TOC (en adelante, la Ley) señala "Las concesiones, autorizaciones, permisos y licencias otorgadas antes de la vigencia de esta Ley deberán adecuarse al régimen establecido en ella, en un plazo que no excederá de seis (6) meses a partir de la vigencia de su correspondiente Reglamento. Para tal fin las autoridades competentes dictarán los dispositivos complementarios que sean necesarios".

De lo expuesto se desprende que, de acuerdo al contrato de concesión y al mandato expreso de la Ley, las concesiones otorgadas durante la vigencia de la derogada Ley de Telecomunicaciones y su Reglamento General -entre ellas, el contrato de concesión de Comunicaciones Móviles- deben adecuarse a lo establecido por el pre citado Decreto Supremo 013-93-TOC. Así tenemos, que el artículo 51° de la citada Ley y el artículo 122° del vigente Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones aprobado por Decreto Supremo N° 027-2004-MTC (en adelante, el Reglamento General), solo contemplan la transferencia de la concesión a una aprobación previa por parte del Ministerio; condición no exigible para la transferencia de acciones<sup>2</sup>.

Por lo expuesto, la transferencia de acciones de la empresa está permitida por la Ley y puede realizarse sin autorización previa del Ministerio, debiendo cumplir sólo con informar al Ministerio de tal hecho, de acuerdo a lo establecido en el artículo 123° del Re-

2. La exigencia que el Ministerio apruebe la transferencia de acciones recogida en el referido contrato de concesión, tuvo su origen en lo dispuesto en el artículo 43° de la derogada Ley de Telecomunicaciones - Ley 19020.
3. Artículo 123° - Toda transferencia o cualquier otra forma de cesión o gravamen, de acciones o participaciones con derecho a voto que representen un porcentaje igual o superior al diez por ciento (10%) del capital social de la empresa concesionaria, será comunicada al Ministerio, adjuntando la documentación legal cuantitativa (...)

glamento General. Este trámite fue cumplido por la empresa Comunicaciones Móviles mediante carta C.630-2004/VPAR del 12 de noviembre de 2004.

Respecto a la concesión otorgada por Resolución Ministerial N° 260-98-MTC/15.03 de fecha 27 de mayo de 1998, la sección 17.3 de la cláusula 17 señala "La SOCIEDAD CONCESIONARIA dará fiel cumplimiento a los artículos 17 y 17A del D.S. 009-91-TC, modificado por D.S. 018-97-MTC."

El acotado artículo 17º del Decreto Supremo 009-91-TC señala "(...) Ningún concesionario podrá ser titular de más de una de estas concesiones en una misma área de concesión. Esta prohibición comprende también a las empresas vinculadas directa o indirectamente a alguna de las empresas concesionarias. (...)".

Artículo 17A: "Para los efectos del artículo precedente, se considera que existe vinculación directa o indirecta cuando mediante la participación en el capital, mediante relación contractual o asociativa o por cualquier otro medio se ejerza una influencia preponderante o continua sobre las decisiones del Directorio, Gerencia General u otros órganos de dirección de las dos empresas involucradas o de una de ellas en relación de la otra. La limitación se extiende a las vinculaciones que pudieran existir entre los accionistas de las empresas o personas jurídicas".

Posteriormente la Décima Novena Disposición Transitoria del Decreto Supremo N° 08-94-TCC dispone "Derogase el Decreto Supremo N° 009-91-TC que aprobó el Reglamento del Servicio Público de Telefonía Móvil, el cual fuera modificado mediante Decreto Supremo N° 011-91-TC, y el Decreto Supremo N° 018-97-MTC y el Decreto Supremo N° 006-92-TCC que aprobó el Reglamento del Servicio Final Público de Buscapersonas Unidireccional. Esta disposición tendrá efectos a partir de la publicación de la Resolución Ministerial del Titular del Sector que aprueba los reglamentos específicos."

Mediante Resolución Ministerial N° 418-2002-MTC-15.03 se aprueba el Reglamento de los Servicios Móviles, en consecuencia, en cumplimiento de la precitada Décima Novena Disposición Transitoria del Decreto Supremo N° 08-94-TCC, se derogó el Decreto Supremo N° 009-91-TC. Este Reglamento no contiene disposición alguna que establezca las limitaciones establecidas en los artículos 17º y 17A del Decreto Supremo N° 009-91-TC.

Asimismo, el contrato de concesión aprobado por Resolución Ministerial N° 250-98-MTC/15.03, establece en la sección 22.12 de la cláusula 22 que "La SOCIEDAD CONCESIONARIA reconoce y acepta que en adelante, sus derechos y obligaciones para la prestación del SERVICIO CONCEDIDO, se ajustarán a lo expresado en este CONTRATO y en las normas vigentes y que se promulgan en el futuro sobre la materia".

Como se puede apreciar, del contenido de la sección 22.12, las partes pactaron que sus derechos y obligaciones para prestar el servicio también se ajustarán a las normas que se promulguen en el futuro.

En tal sentido, también resultan aplicables las disposiciones de la normatividad vigente, al contrato de concesión aprobado por Resolución Ministerial N° 250-98-MTC/15.03 por haberlo así pactado las partes.

#### 1.2.2 La prohibición a Bellsouth (hoy Comunicaciones Móviles) y a otras empresas del Grupo Telefónica de hacer ofertas conjuntas y/o empaquetadas que comprendan servicios móviles, fijos, internet y/o de cable

Teniendo en cuenta que el ordenamiento económico peruano se desarrolla en un régimen de libre competencia al que no es ajeno el mercado de las telecomunicaciones y siendo que es función fundamental de OSIPTEL, el mantener y promover una competencia efec-

tiva entre los servicios portadores, finales, de difusión y de valor añadido; corresponderá al Organismo Regulador estar vigilante de las conductas de las empresas proveedoras de los servicios de telecomunicaciones, en especial, de las empresas que forman parte del Grupo Telefónica a fin que éstas no incurran en actos que atentan contra la libre competencia, y de ser el caso, regularlas de acuerdo a sus atribuciones.

#### 1.2.3 La prohibición a los clientes de Telefónica Móviles de que pasen a ser clientes de Comunicaciones Móviles manteniendo su mismo número, hasta que se implemente la portabilidad numérica para todos los operadores

De acuerdo al argumento de TIM Perú, de permitirle el paso de los clientes de Telefónica Móviles a Comunicaciones Móviles conservando su mismo número, se estaría discriminando a las demás empresas operadoras porque éstas no estarían en condiciones de ofrecer esta facilidad. En tal sentido considera que el Ministerio no debe convalidar ni permitir tal situación, en tanto no sea aplicada esta facilidad a todos los demás operadores.

Sin embargo, de acuerdo al marco legal vigente, en particular lo dispuesto en el artículo 17º del Reglamento para la Gestión y Supervisión de la Numeración de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones y el artículo 122º del Reglamento General, de aprobarse la transferencia de la concesión, el adquirente asumirá automáticamente la titularidad del recurso numérico asignado tanto a Telefónica Móviles como a Bellsouth Perú (hoy Comunicaciones Móviles).

En tal sentido, de aprobarse la transferencia de la concesión, la administración está impedida de establecer una prohibición como la solicitada por TIM Perú. Asimismo cabe precisar que de prohibirse que los usuarios de Telefónica Móviles pasen a ser usuarios de Comunicaciones Móviles manteniendo su mismo número, se incurriría en un trato discriminatorio en la aplicación de las citadas normas, considerando los pronunciamientos sobre transferencias, emitidos hasta la fecha por el Ministerio.

#### 1.2.4 De la obligación de establecer la contabilidad separada a las empresas del Grupo, separadas o fusionadas

Al respecto, cabe mencionar que por mandato del artículo 37º de la Ley, en virtud del principio de neutralidad, las entidades explotadoras de telecomunicaciones que sean titulares de concesiones o autorizaciones para prestar dos o más servicios de telecomunicaciones en forma simultánea, están obligadas a llevar contabilidad separada de sus actividades.

Esta norma tiene su correlato en el artículo 264º del Reglamento, que dispone que los operadores de servicios portadores y servicios finales de carácter público, así como los de distribución de radiodifusión por cable, que simultáneamente presten más de un servicio de telecomunicaciones y cuyos ingresos anuales superen los quince millones de dólares americanos deberán llevar contabilidad separada por servicios, de acuerdo a las líneas de negocio y lineamientos que OSIPTEL emita.

4 El Reglamento para la Gestión y Supervisión de la Numeración de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones aprobado por Decreto Supremo N° 021-2004-MTC, establece en su artículo 17º: "... Se excluye de este procedimiento, la transferencia del recurso numérico que se derive de la transferencia de la concesión; en cuyo caso, aprobada la transferencia de la concesión el adquirente asumirá automáticamente la titularidad del recurso numérico de acuerdo a lo previsto en el artículo 120º del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones".

En el sentido expuesto, tanto Telefónica Móviles como Comunicaciones Móviles (por separado o de manera conjunta, de aprobarse la transferencia) están obligadas por mandato de la Ley a llevar la contabilidad separada por los servicios que prestan, sin perjuicio que OSIPTEL, en el marco de sus facultades, establezca condiciones especiales (separación de líneas contables de negocio retail y wholesale) para el cumplimiento de esta obligación.

### 1.2.5 De los demás argumentos expuestos por TIM Perú

En relación a las otras medidas propuestas por TIM Perú, referidas a la prohibición a la empresa resultante de la concentración de realizar tarifas on net, el establecimiento de un cargo de interconexión asimétrico, la prohibición que se concentre en una sola empresa la banda de 800 MHz, la obligación de establecer el uso compartido de infraestructura para las empresas dominantes en el segmento móvil o aquellas que conforman el Grupo Económico al que pertenecen y la obligación de informar al usuario, de su derecho a elegir a otro operador u optar por la empresa resultante de la fusión; se reserva el pronunciamiento para los siguientes numerales.

### 1.3 El Informe Oral

El 8 de marzo de 2005, a horas 4:00 p.m. se dio inicio al informe Oral solicitado por TIM Perú y concedido por el Ministerio, contando con la presencia del Viceministro de Comunicaciones, el Director General de Gestión de Telecomunicaciones y los representantes de las empresas Comunicaciones Móviles, Telefónica Móviles y TIM Perú.

Verificada la concurrencia de los asistentes, se explicó a los participantes que el objeto de la Audiencia era escuchar a las partes, sin derecho a réplica y que el tiempo que tenía cada empresa para exponer lo que consideraran conforme a su derecho era de 20 minutos improrrogables.

Concluidas las exposiciones, se instó a las empresas que deseen alcanzar alguna documentación adicional a presentarla, lo que fue realizado en el mismo acto por los representantes de Comunicaciones Móviles y Telefónica Móviles. Por su parte, TIM Perú presentó documentación adicional mediante carta DMF/CE/Nº108/05 de fecha 10 marzo de 2005.

Siendo las 5:20 p.m. se dio por concluido el informe oral, redactándose el acta correspondiente.

### 2. Concesiones, objeto de la solicitud de transferencia

Mediante Resolución Ministerial Nº 373-91-TC/15.17 del 23 de mayo de 1991, se otorgó a la Compañía Peruana de Teléfonos S.A. concesión para la prestación del servicio público de Telefonía Móvil en el área que comprende parte de Lima y Callao, suscribiéndose el contrato con fecha 26 de mayo de 1991.

Por Resolución Ministerial Nº 055-92-TC/15.17 del 30 de enero de 1992, se otorgó a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones del Perú S.A. concesión para la prestación del servicio de Telefonía Móvil en el área que incluye las zonas de cobertura 2, 3 y 4, de acuerdo a lo definido en la Resolución Ministerial Nº 049-92-TC/15.17, suscribiéndose el contrato correspondiente el 13 de febrero de 1992.

Con Resolución Ministerial Nº 612-92-TCC/15.17 del 19 de agosto de 1992, se otorgó a la Compañía Peruana de Teléfonos S.A. concesión para la prestación del servicio de Buscapersonas en las provincias de Lima, Huaraz, Huaura, Barranca, Cañete, Huarochiri y Callao, suscribiéndose el contrato de concesión el 19 de noviembre de 1992.

Posteriormente, mediante Escritura Pública del 10 de febrero de 1995, Compañía Peruana de Teléfonos S.A. modificó su denominación por CPT - Telefónica del Perú S.A. y por Resolución Ministerial Nº 283-95-MTC/15.17 del 04 de julio de 1995, se reconoce a CPT - Telefónica

del Perú S.A. como titular de las concesiones, autorizaciones, permisos y licencias otorgadas a favor de Empresa Nacional de Telecomunicaciones del Perú S.A. y Compañía Peruana de Teléfonos S.A.

Mediante Resolución Ministerial Nº 068-96-MTC/15.17 del 07 de febrero de 1996, se otorgó a CPT - Telefónica del Perú S.A. concesión para prestar el servicio de Buscapersonas en las provincias de Chincha, Ica, Pisco, Piura, Talara, Chiclayo, Trujillo, Santa, Tumbes, Maynas, Arequipa, Cusco, Tacna, Huancayo, San Román y Coronel Portillo, suscribiéndose el contrato de concesión el 10 de julio de 1996. Posteriormente, por aplicación de las normas societarias CPT - Telefónica del Perú S.A. se convirtió en Telefónica del Perú S.A.A.

Con Resolución Viceministerial Nº 311-99-MTC/15.03 del 21 de septiembre de 1999, se aprobó la transferencia de las concesiones reconocidas a Telefónica del Perú S.A.A. para la prestación del servicio público de telefonía móvil a que se refieren las Resoluciones Ministeriales Nºs 373-91-TC/15.17 y 055-92-TC/15.17, a favor de Telefónica Servicios Móviles S.A.C.

Por Resolución Viceministerial Nº 312-99-MTC/15.03 del 21 de septiembre de 1999, se aprobó la transferencia de las concesiones reconocidas a Telefónica del Perú S.A.A. para la prestación del servicio de buscapersonas a que se refieren las Resoluciones Ministeriales Nºs 612-92-TCC/15.17 y 068-96-MTC/15.17, a favor de Telefónica Servicios Móviles S.A.C.

Mediante Junta General de Accionistas del 31 de mayo de 1999, Telefónica Servicios Móviles S.A.C. acordó modificar su denominación social a Telefónica Móviles S.A.C. como consta en la Escritura Pública del 30 de junio de 1999, inscrita en la Partida Nº 11087698 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima y Callao.

Por Resolución Ministerial Nº 582-2001-MTC/15.03 del 17 de diciembre de 2001, se otorgó a Telefónica Móviles concesión para prestar los servicios portadores de larga distancia nacional e internacional, en la modalidad conmutado y no conmutado, en el territorio de la República del Perú, suscribiéndose el contrato de concesión el 06 de febrero de 2002.

### 3. Evaluación de la solicitud de transferencia presentada

#### 3.1 Consideraciones previas

El Perú no cuenta con una norma expresa que regule el control de fusiones y concentraciones en el sector telecomunicaciones. Sin embargo, la facultad que tiene la Administración de denegar la transferencia de un título habilitante (concesión) y/o del espectro radioeléctrico, conlleva la obligación a su cargo de evaluar el cumplimiento de los requisitos exigidos normativamente para su aprobación y de ser el caso, condicionarlo; a fin de garantizar su cumplimiento.

En efecto, según se desarrollará en el numeral 4, de acuerdo a las normas vigentes, las concesiones y asignaciones de espectro son intransferibles, salvo aprobación previa y expresa del Ministerio, el cual no podrá denegarlo sin causa justificada; entendiéndose por ésta: (i) a las señaladas en el artículo 119º del Reglamento General, (ii) a toda situación que pudiera atentar contra lo dispuesto en el artículo 6º de la Ley de Telecomunicaciones y, (iii) a aquellas que señale la Ley, el Reglamento General u otra disposición legal.

Asimismo se han establecido topes para la asignación del espectro radioeléctrico para la prestación de servicios públicos a fin de evitar el acaparamiento de este recurso y cautelar la competencia potencial en este segmento de mercado.

Siguiendo esta línea de razonamiento y solo para referirnos a un extremo de la evaluación que debe realizar el Ministerio preliminarmente podemos concluir, que es responsabilidad de la Administración evaluar que, la transferencia de los títulos habilitantes y el espectro solicita-

do, no conlleve situación alguna que pudiera atentar contra el artículo 6° de la Ley de telecomunicaciones, ergo, contra la libre competencia en la prestación de los servicios de telecomunicaciones, a fin de evitar prácticas y acuerdos restrictivos derivados de la posición dominante de una empresa o empresas en el mercado.

Complementariamente corresponde al Ministerio, cautelar que la asignación de frecuencias no contribuya a configurar una posición de dominio en el mercado y no se superen los toques establecidos en el marco legal de telecomunicaciones.

Estas funciones a cargo del Ministerio, encuentran su marco constitucional en los artículos 62° de la Constitución Política del Perú que recoge la obligación a cargo del Estado de facilitar y vigilar la libre competencia, combatiendo toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas; y en el artículo 65°, que consagra la obligación a cargo de las entidades del Estado de defender el interés de los consumidores y usuarios.

En los numerales siguientes, se evalúan las eventuales consecuencias técnico, económicas y jurídicas que se derivarían de la aprobación de la transferencia solicitada.

**3.2 Evaluación de concentraciones ex-ante, supervisión ex-post y regulación**

Existe un "trade-off" entre la posibilidad de obtener ganancias de eficiencia productiva como producto de una operación de concentración y el riesgo de una menor eficiencia asignativa producto del abuso de un mayor poder de mercado, entendido como la capacidad de establecer y mantener unilateralmente precios u otras condiciones del servicio.

En este escenario, ante la disyuntiva entre evaluar la aprobación de una concentración producto de una transferencia de concesiones y espectro radioeléctrico o, vigilar de manera ex-post un supuesto abuso de posición de dominio<sup>5</sup>, existe una posición que considera que solo si el mercado se concentra mucho y las barreras de entrada posibilitan una posición de dominio, entonces se debe vigilar ex post el mercado y de ser necesario regular al operador con poder de mercado.

Sin embargo, la regulación es un sustituto imperfecto del mecanismo de mercado, que constituye la forma más eficiente de asignar recursos en ausencia de fallas, debido principalmente a la existencia de asimetría informativa (selección adversa y riesgo moral) que puede inducir a una regulación poco eficaz o generar una falla regulatoria con incentivos perversos.

En consecuencia, entre evaluar concentraciones ex ante o vigilar la dinámica de la competencia ex post y/o regular al operador con poder de mercado, es más recomendable evitar los efectos perjudiciales de las concentraciones que restrinjan la competencia, o de ser el caso autorizarlas, pero estableciendo salvaguardas competitivas. Es así que, los controles de conducta (supervisión ex-post para evitar conductas anticompetitivas) devienen en complementarios a los controles de estructura y pueden ser aplicados de ser necesarios.

Sin embargo, distinta la conclusión, si nos encontramos frente a un mercado donde el ejercicio del poder está determinado por cuestiones tecnológicas y estructurales del mercado, y donde no se espera que exista competencia efectiva por una marcada subaditividad de la función de costos; pues en este caso la regulación constituiría una buena solución<sup>6</sup>.

En igual sentido, tratándose de mercados competitivos (como la terminación de llamadas de larga distancia) que exhiben ciertas características de contestabilidad<sup>7</sup> y en donde la acción del operador importante es disciplinada por la amenaza de entrada potencial de otras empresas al mercado, una concentración horizontal no generaría un mayor poder de mercado.

Corresponde evaluar cuál sería la situación, en el caso específico de los servicios móviles, a partir de la existencia de eventuales barreras a la entrada del mercado.

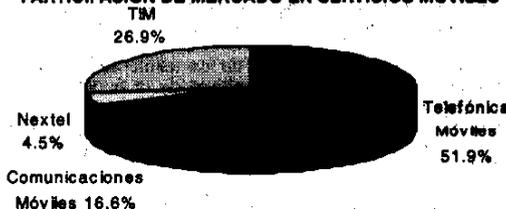
**3.3 Diagnóstico de los servicios, objeto de la solicitud de transferencia**

**3.3.1 De los Servicios Públicos Móviles**

En la actualidad, en el mercado de servicios públicos móviles<sup>8</sup> operan cuatro (4) empresas. Telefónica Móviles brinda el servicio de telefonía móvil utilizando tecnología analógica (AMPS) y digital (CDMA), Comunicaciones Móviles brinda el servicio utilizando tecnología analógica (AMPS) y digital (CDMA y TDMA), mientras que TIM Perú (TIM) presta el servicio de comunicaciones personales (PCS) utilizando tecnología digital (GSM). Por su parte, Nextel del Perú S.A. (Nextel) ofrece el servicio troncalizado utilizando tecnología digital (IDEN) con conexión a la red pública.

A continuación se muestra la evolución de las participaciones de mercado, la cual revela el dinamismo de los servicios móviles, aún y cuando uno de los operadores ha mantenido siempre una participación de más de la mitad de suscriptores, lo que tiene importantes implicancias en los flujos económicos que se transfieren entre las redes móviles, y además se constituye en una externalidad de red positiva para sus suscriptores (menores tarifas on-net)<sup>9</sup>.

**PARTICIPACIÓN DE MERCADO EN SERVICIOS MÓVILES**



Fuente: Empresas operadoras  
Elaboración: Secretaría de Comunicaciones -MTC

5 Las políticas de competencia ex-post, buscan controlar los abusos de poder de mercado y prácticas colusorias. Se aplican a todos los sectores económicos.  
6 Por ejemplo en el caso de una industria con altos costos fijos, en el que la función de costos es subaditiva para cierto tamaño de producción, podría resultar más beneficioso para la sociedad que una sola empresa opere el servicio. En este caso, claramente habrá ganancias de eficiencia considerables que harán socialmente beneficiosa una concentración, y corresponderá al Estado, controlar los efectos del mayor poder de mercado que se genere como consecuencia de dicha concentración.  
7 Posibilidad de que la conducta de los agentes sea controlada por otros agentes ya existentes en el mercado o que puedan entrar o salir de ese mercado. Las barreras de entrada y salida al mercado son casi nulas, y los operadores no disponen de "poder de mercado".  
8 Según el artículo 2° de la Resolución Ministerial Nº 418-2002-MTC/15.03, se consideran servicios públicos móviles, el servicio telefónico móvil, servicio de comunicaciones personales, servicio de buscapersonas, y servicio móvil de canales múltiples (troncalizado).  
9 Una comunicación originada en una red móvil "grande" tiene mucha mayor probabilidad de terminar en la misma red, que en las otras redes móviles.

**EVOLUCIÓN DE LA PARTICIPACIÓN DE MERCADO**  
(En función al número de líneas móviles en servicio)

Años	Telefónica	Comunicaciones Móviles (antes Bellsouth)	Nextel	TIM	TOTAL
1993	59.30%	40.70%	-	-	36,881
1994	57.70%	42.30%	-	-	52,000
1995	56.70%	43.30%	-	-	75,997
1996	64.80%	35.20%	-	-	201,895
1997	73.40%	26.60%	-	-	435,706
1998	68.60%	31.30%	0.10%	-	736,294
1999	66.10%	30.00%	1.00%	-	1,045,710
2000	67.00%	27.80%	5.10%	-	1,339,667
2001	60.40%	23.90%	6.10%	9.50%	1,793,284
2002	53.70%	23.80%	5.00%	16.80%	2,306,943
2003	51.40%	22.20%	5.00%	21.40%	2,930,343
2004-mar	52.02%	21.55%	4.90%	21.54%	3,142,889
2004-jun	52.58%	20.00%	4.82%	22.60%	3,414,590
2004-sep	52.16%	18.29%	4.63%	24.92%	3,769,608
2004-dic	51.01%	16.63%	4.53%	28.93%	4,093,097

Fuente: Telefónica Móviles, TIM Perú, Nextel Perú, Comunicaciones Móviles (antes Bellsouth Perú)  
Elaboración: Secretaría de Comunicaciones del MTC

A continuación se muestra la dinámica del tráfico off-net entrante y saliente de las redes móviles, en el que se aprecia que el operador con 52% de suscriptores móviles tiene también un amplio balance positivo en el tráfico entrante a su red, por encima del saliente. Asimismo, los tráficos salientes off-net de los operadores son bastante parejos.

**TRAFICO OFF-NET ENTRANTE Y SALIENTE**

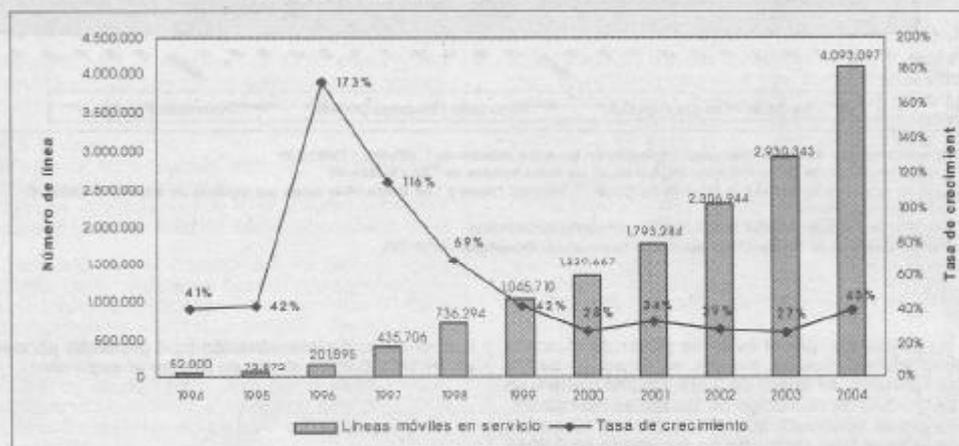
(Segundo trimestre de 2004)\*

	Entrante	Saliente	Balanco
TM	31,976,409	23,353,480	8,623,039
BS	17,287,703	16,891,320	1,603,617
TIM	20,162,753	16,136,763	4,025,970
Nextel	4,516,827	15,562,219	- 11,045,392

\* Estimado en función a las participaciones de mercado.  
Fuente y elaboración: OSIPTEL

En cuanto a la masificación del servicio se debe señalar que la teledensidad móvil superó a la fija en el año 2001, sin embargo ésta aún es reducida, alcanzando 14.75 líneas por cada 100 habitantes a diciembre de 2004; por lo que, se puede concluir que existe un importante mercado por el cual los operadores pueden competir y seguir expandiendo el servicio.

**EVOLUCIÓN DE LÍNEAS MÓVILES EN SERVICIO**



Fuente: Empresas operadoras  
Elaboración: Secretaría de Comunicaciones -MTC

El crecimiento en el número de usuarios ha seguido siendo impulsado por el incremento en el número de abonados de la modalidad prepago, los cuales han pasado del 67% en 1999 al 80% en diciembre de 2004 (78% en Lima y 84% en otros departamentos).

Por otro lado, Telefónica Móviles continúa siendo el proveedor de servicios más importante aunque su participación de mercado, medida en términos de usuarios, ha disminuido en relación con el año 2001. TIM ha sido la empresa que más ha crecido en términos de usuarios, aunque en términos de ingresos es la que tiene menor participación.

**TENDENCIA DE TELÉFONOS MÓVILES POR ESTRATO SOCIOECONÓMICO**  
Lima Metropolitana  
(% de hogares)

	Total	A	B	C	D	E
1993	1	27	1	0	0	...
1994	2	34	4	0	0	...
1995	2	33	3	0	0	...
1996	4	35	7	2	1	...
1997	8	49	17	4	0	...
1998	15	75	35	10	3	...
1999	14	83	35	13	2	0
2000	22	78	53	22	10	7
2001	22	88	45	23	6	2
2002	24	78	56	28	10	5
2003	27	88	55	26	19	8

Fuentes: OSIPTEL (2003) Compendio Estadístico del Sector Telecomunicaciones en Perú: 1994-2002, APOYO, Opinión y Mercado

**PROPORCIÓN DE INGRESOS POR RANGOS DE FACTURACIÓN**

	TIM Perú	TMo.	BellSouth Perú	Nextel del Perú
Hasta S/. 600	61%	49%	49%	11%
De S/. 601 a S/. 1500	32%	41%	40%	49%
Más de S/. 1500	8%	10%	10%	40%

Fuente y elaboración: OSIPTEL  
A noviembre de 2004.

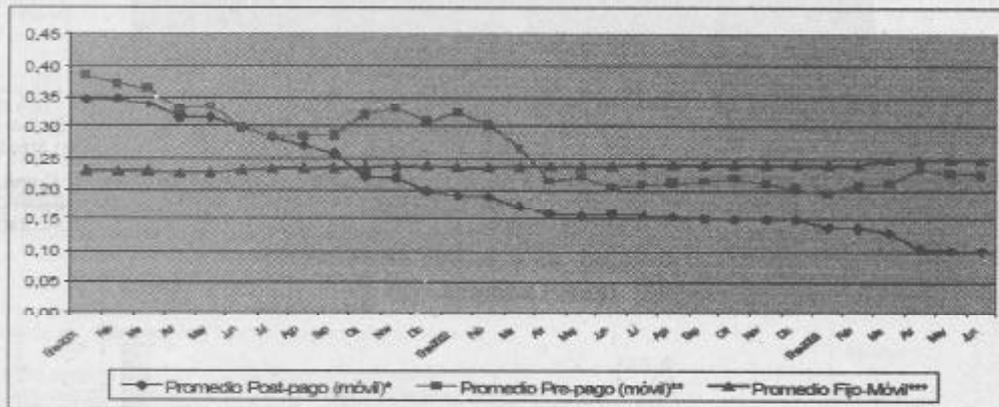
**INGRESO ANUAL POR USUARIO (ARPU)**

ARPU (US\$)	2003	2004 <sup>10</sup>
Nextel	52.87	58.76
TIM	21.28	18.70
Telefónica Móviles	18.76	12.73
Comunicaciones Móviles	18.03	19.44

Fuente y elaboración: OSIPTEL

En relación a las tarifas, las tarifas de llamadas originadas en terminales móviles y de teléfonos fijos de abonado a móviles, han venido siendo fijadas libremente por los operadores de servicios móviles. Como consecuencia de la presión competitiva, los operadores han reducido sus tarifas, ofrecen servicios adicionales y han ampliado su cobertura geográfica. Así, durante el último año las tarifas promedio de llamadas originadas en las redes móviles se han reducido hasta en 40%; no habiendo ocurrido lo mismo con las tarifas fijo-móvil que se incrementaron levemente como se muestra a continuación (al año 2003).

**TARIFAS FIJO-MÓVIL Y DE LAS LLAMADAS ORIGINADAS EN LA RED MÓVIL**  
(US\$ por minuto-sin IGV)



\* Promedio simple de las tarifas Post-pago originadas en las redes móviles de T. Móviles y BellSouth

\*\* Promedio simple de las tarifas Pre-pago originadas en las redes móviles de TIM y BellSouth

\*\*\* Promedio simple de las tarifas Fijo-Móvil de BellSouth, T. Móviles, Nextel y TIM. Estas cifras están ponderadas de acuerdo al tráfico en horario diurno y nocturno

Nota: las cifras desde junio de 2002 a junio de 2003 son datos aproximados

Elaboración: Gerencia de Políticas Regulatorias y Promoción Estratégica - OSIPTEL

En consecuencia, por el evidente poder de mercado que tienen los operadores móviles en el precio de las llamadas fijo-móvil, en enero de 2004, Osipitel planteó un esquema gradual de reducción de las tarifas fijo-móvil<sup>10</sup>. Dicho esquema considera que al término de 18 meses de su implementación, las tarifas no excederán de 0,0049 dólares por segundo, lo cual equivale a una reducción total del 30%.

Asimismo, de acuerdo a las normas emitidas por Osipitel, en la terminación de llamadas en las redes de servicios móviles para las comunicaciones de larga distancia y para las comunicaciones locales desde teléfonos pú-

cos, el cargo de interconexión tope promedio ponderado es de US\$ 0,2053 al minuto tasado al segundo<sup>11</sup>.

10 Documento de Trabajo de OSIPTEL "Regulación de las Llamadas Fijo-Móvil". Enero de 2004.

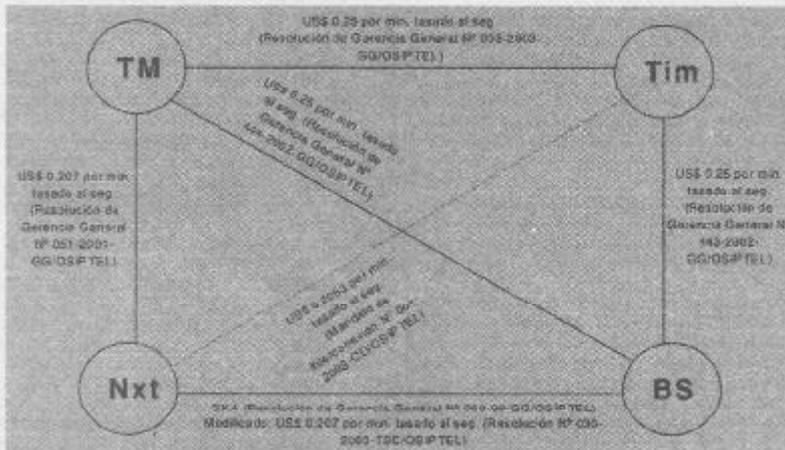
11 Dicha medida fue establecida mediante Resolución N° 004-2001-CD/OSIPTEL publicada el 28 de febrero de 2001. Posteriormente se ha publicado la Resolución N° 095-2004-CD/OSIPTEL el 23 de diciembre de 2004, la cual ordena publicar un proyecto de norma que amplíe los alcances del cargo antes mencionado para todas las comunicaciones que terminan en las redes móviles.

De otro lado, se ha publicado recientemente para comentarios la Resolución N° 101-2004-CD/OSIPTEL y la Resolución N° 102-2004-CD/OSIPTEL que disponen iniciar el procedimiento de oficio para la revisión del cargo de interconexión tope por transporte conmutado de lar-

ga distancia y la revisión de tarifas tope por alquiler de circuitos de larga distancia, respectivamente.

A continuación se muestran las relaciones de interconexión existentes en el mercado local y cargos por terminación de llamada:

**CARGOS DE INTERCONEXIÓN PARA COMUNICACIONES MÓVIL-MÓVIL**



Fuente y elaboración: OSIPTEL

Igualmente, entre otras medidas de política adoptadas para promover la competencia en este segmento del mercado, se aprobó la Ley N° 28295, Ley que regula el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones y su Reglamento (aprobado por Decreto Supremo N° 009-2005-MTC); normas que permitirán eliminar barreras de acceso y optimizar la infraestructura existente, reduciendo los costos lo que podrá ser trasladado a los usuarios, mediante menores tarifas.

Finalmente, cabe mencionar que el 22 de diciembre de 2004, se publicó el Decreto Supremo N° 039-2004-MTC, que amplió los alcances de la interoperabilidad de servicios a las comunicaciones que se originan en las redes móviles; norma que permitirá garantizar el derecho de elección de los usuarios de elegir libremente al operador que efectuará sus llamadas locales e inclusive de larga distancia que se inician en las redes móviles.

**Atribución de bandas y asignaciones de espectro**

De acuerdo al Plan Nacional de Atribución de Frecuencias (PNAF), aprobado por Resolución Ministerial N°187-2005-MTC/03, las bandas destinadas para servicios públicos móviles, en las cuales se puede brindar los servicios de telefonía móvil o de comunicaciones personales (PCS) son las siguientes:

- Las bandas 824 - 849 MHz y 869 - 894 MHz. Asimismo, la banda B' (846,5 - 849,0 MHz y 891,5 - 894,0 MHz) fuera de las áreas de Lima y Callao, está reservada para servicios de telecomunicaciones en áreas rurales<sup>12</sup>
- Las bandas 1710-1850 MHz, 1850-1910 MHz y 1930-1990 MHz, donde el otorgamiento de la concesión y la asignación de espectro será mediante concurso público de ofertas<sup>13</sup>.

**DISPOSICIÓN DE LA BANDA 1710 A 1850 MHz**

1710	1725	1805	1820	1850
A	Reserva	A'	Reserva	

**BANDA A:** (A: 1710 - 1725 MHz, apareada con A': 1805 - 1820 MHz)

**DISPOSICIÓN DE LA BANDA 1850 A 1990 MHz:**

1850	1865	1870	1885	1890	1895	1910	1930	1945	1950	1965	1970	1975	1990 MHz
A	D	B	E	F		C		A'	D'	B'	E'	F'	C'
	reserva	reserva	reserva	reserva				reserva	reserva	reserva	reserva		

- BANDA A:** (A: 1850 - 1865 MHz, apareada con A': 1930 - 1945 MHz)
- BANDA B:** (B: 1870 - 1885 MHz, apareada con B': 1950 - 1965 MHz)
- BANDA C:** (C: 1895 - 1910 MHz, apareada con C': 1975 - 1990 MHz)
- BANDA D:** (D: 1865 - 1870 MHz, apareada con D': 1945 - 1950 MHz)
- BANDA E:** (E: 1885 - 1890 MHz, apareada con E': 1965 - 1970 MHz)
- BANDA F:** (F: 1890 - 1895 MHz, apareada con F': 1970 - 1975 MHz)

**BANDA de 1910 a 1930 MHz<sup>14</sup>**

<sup>12</sup> Nota P45 del PNAF

<sup>13</sup> Nota P55 del PNAF

<sup>14</sup> La Banda de 1910 a 1930 MHz deberá admitir la coexistencia de dos operadores, sujeto a las siguientes condiciones: i) Garantía de coexistencia mutua entre las tecnologías seleccionadas por los operadores ii) Garantía de adoptar las medidas técnicas necesarias en caso que se produzcan interferencias perjudiciales hacia las bandas adyacentes.

- Adicionalmente, las bandas 806-824 MHz y 851-869 MHz están atribuidas a título primario para el servicio troncalizado.

Las asignaciones realizadas en estas bandas de frecuencias son las siguientes:

- Telefónica Móviles tiene asignadas las bandas 824-835 MHz / 869-880 MHz y 845-846,5 MHz / 890-891,5 MHz para prestar el servicio telefónico móvil a nivel nacional.
- Comunicaciones Móviles tiene asignadas las bandas 835-845 MHz / 890-890 MHz y 846,5-849 MHz / 891,5-894 MHz para prestar el servicio telefónico móvil.

Dicha asignación no incluye la banda B' (846,5-849 MHz / 891,5-894 MHz) fuera de la ciudad de Lima, la cual está reservada para los servicios de telecomunicaciones en áreas rurales.

En tal sentido, no hay disponibilidad de espectro a nivel nacional en las bandas 824 - 849 MHz y 869-894 MHz, donde sólo hay espacio para dos operadores que cuentan con asignaciones en estas bandas.

- TIM tiene asignada la banda A: (A/A': 1850-1865 MHz / 1930-1945 MHz) para prestar el Servicio de Comunicaciones Personales (PCS) a nivel nacional.
- Nextel cuenta con asignaciones (de canales de 25 + 25 kHz) en la banda 806-824 MHz / 851-869 MHz para la prestación del servicio público troncalizado en varios departamentos del Perú según el siguiente detalle:

Nº canales asignados	Departamento
328	Lima y Callao <sup>15</sup>
138	Lambayeque
115	Piura
98	Tumbes
78	Ica
91	Ancash
142	La Libertad

- Además, mediante concurso público realizado el pasado 30 de marzo, se otorgó a la empresa SERCO-TEL la Buena pro para el uso de la banda C: (C: 1895 - 1910 MHz, apareada con C': 1975 - 1990 MHz).

Adicionalmente, existen otras bandas de frecuencias que pueden ser utilizadas para la prestación de servicios móviles, pero que por distintas razones no están actualmente disponibles para su asignación:

- Las bandas 412-420 MHz y 422 -430 MHz atribuidas para el servicio público troncalizado: hasta la fecha no se han realizado asignaciones en esta banda. De acuerdo a la nota P45 del PNAF, el otorgamiento de concesión y la asignación de espectro será mediante concurso público en Lima y Callao.
- Las bandas 452,5 - 457,5 MHz y 462,5 - 467,5 MHz: el PNAF establece en su nota P48 que estas bandas están atribuidas a título primario para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones utilizando sistemas de acceso fijo inalámbrico en todo el territorio de la república del Perú, con excepción de la provincia de Lima y la Provincia Constitucional del Callao.
- Las bandas 1 990 - 2 025 MHz y 2 110 - 2 200 MHz<sup>15</sup>: se encuentran en reserva y aún no se ha determinado su uso así como su posible distribución.

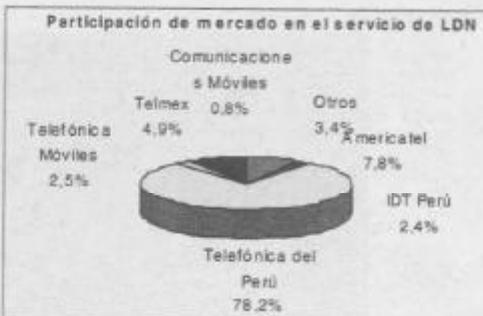
### 3.3.2 De los servicios portador de larga distancia nacional e internacional

Según los reportes de tráfico de OSIPTEL, a finales del 2004 se tienen registradas 17 empresas operadoras que brindan el servicio. De las cuales, 9 ofrecen el servicio bajo la modalidad de llamada por llamada, 14 lo hacen por preselección y 13 empresas ofrecen el servicio bajo la modalidad de tarjetas de pago.

Analizando la participación en el mercado por parte de las empresas operadoras, tenemos que para el caso

del mercado de larga distancia nacional el 78% de tráfico lo tiene registrado Telefónica del Perú, seguida de Americatel Perú con 8%, Telmex 5%, Telefónica Móviles 3%, IDT Perú 2%, Comunicaciones Móviles 1% y otros 3%.

#### PARTICIPACIÓN DE MERCADO PARA EL SERVICIO DE LARGA DISTANCIA NACIONAL (por tráfico total cursado)-2004



Fuente: OSIPTEL  
Elaboración: Secretaría de Comunicaciones - MTC

En el caso del mercado de larga distancia internacional el mayor porcentaje de tráfico lo maneja Telefónica del Perú con 30%, IDT Perú 23%, Otros 19%, Telmex 10%, Comunicaciones Móviles 3%, Telefónica Móviles 2%.

#### PARTICIPACIÓN DE MERCADO PARA EL SERVICIO DE LARGA DISTANCIA INTERNACIONAL (por tráfico total cursado)-2004



Fuente: OSIPTEL  
Elaboración: Secretaría de Comunicaciones - MTC

Por otro lado comparando el total de tráfico entre los años 2002-2004, por tipo de acceso, podemos ver que la modalidad de preselección es una de las que se ha reducido comparativamente con las otras modalidades de acceso, siendo la modalidad de tarjetas de pago, la que se ha incrementado en términos comparativos. Esto tanto para las llamadas de larga distancia nacional, como para las de larga distancia internacional.

15. Las bandas 1990 - 2025 MHz y 2110-2200 MHz forman parte de las bandas núcleo identificadas por la UIT para IMT-2000. Parte del rango 1990-2025 MHz puede utilizarse para aplicaciones TDD, mientras que el rango 2110-2200 MHz puede utilizarse para aplicaciones FDD, apareado con parte de las bandas 1900-1980 MHz o 1710-1850 MHz.

**Atribución de bandas y asignaciones de espectro**

Los servicios portadores de larga distancia pueden desplegar redes alámbricas u ópticas y redes inalámbricas. Asimismo, tratándose de redes inalámbricas, pueden optar por instalar redes de microondas operando en las bandas de frecuencias especificadas en las Resoluciones Viceministeriales N<sup>os</sup>. 102-98-MTC/15.03 y 037-99-MTC/15.03. También pueden optar por instalar redes satelitales en las que comparten el uso de las bandas de frecuencias especificadas para tal fin (Bandas C, Ku y/o Ka).

Empresas como Nextel del Perú, Comunicaciones Móviles y TIM Perú han optado por instalar redes de microondas en tramos de la costa del Perú. Los concesionarios con menor participación en el mercado del servicio portador de larga distancia, como Telefónica Móviles, han optado por arrendar circuitos para prestar sus servicios de larga distancia. Es así que Telefónica Móviles no tiene asignado espectro radioeléctrico pues arrienda la red de Telefónica del Perú.

**3.3.3 Del servicio de Buscapersonas**

El mercado del servicio de buscapersonas ha crecido fuertemente en los últimos años principalmente por el vertiginoso desarrollo y la expansión de los servicios móviles a nivel mundial. De las 48 concesiones que se otorgaron en 12 años, solo quedan vigentes 10 de ellas, pertenecientes a 08 diferentes empresas. En este contexto, Telefónica Móviles tiene 96 abonados en el departamento de Lima.

**Asignaciones de espectro**

Telefónica Móviles tiene asignado un canal en la banda de 450 MHz en provincias de los departamentos de Ucayali, Puno, Junín, Tacna, Cusco, Arequipa, Ica, Loreto, Tumbes, Piura, Ancash y La Libertad. Asimismo tiene asignado 5 canales en la misma banda para prestar servicios en distritos de la provincia y departamento de Lima.

**3.3.4 Participaciones de mercado en los servicios móviles y de larga distancia antes y después de la transferencia**

El siguiente cuadro nos muestra las participaciones de mercado en los servicios móviles y de larga distancia nacional e internacional, en términos de número de usuarios y tráfico cursado.

**% LÍNEAS MÓVILES Y TRÁFICO DE LARGA DISTANCIA<sup>16</sup> ANTES DE LA TRANSFERENCIA**

Empresa	Servicios Móviles <sup>17</sup>	Portador LDN (tráfico cursado)	Portador LDI (tráfico cursado)
Telefónica	51.9	80.56	31.63
Comunicaciones Móviles	16.6	0.00	0.00
TIM	26.9	0.00	1.13
Nextel	4.5		
Telmex	-----	5.21	10.19
Americatel	-----	8.17	12.71
Otros	100	6.10	44.40

Elaboración: Secretaría de Comunicaciones - MTC

Fuente: Empresas operadoras y OSIPTEL

Y a continuación, cómo cambiarían estas participaciones de aprobarse la transferencia solicitada:

**% LÍNEAS MÓVILES Y TRÁFICO DE LARGA DISTANCIA<sup>17</sup> DESPUÉS DE LA TRANSFERENCIA**

Empresa	Servicios Móviles <sup>17</sup>	Portador LDN (tráfico cursado)	Portador LDI (tráfico cursado)
Telefónica + Comunicaciones Móviles	68.5	80.56	31.63
TIM	26.9	0.00	1.13
Nextel	4.5		
Telmex	-----	5.21	10.19
Americatel	-----	8.17	12.71
Otros	100	6.10	44.40

Elaboración: Secretaría de Comunicaciones - MTC

Fuente: Empresas operadoras y OSIPTEL

En el sentido expuesto, de aprobarse la transferencia solicitada:

- Las participaciones de Telefónica Móviles más Comunicaciones Móviles, medidas en términos de usuarios del servicio, se incrementarán en telefonía móvil de 52% a 68.5% (según datos a diciembre de 2004).
- Las participaciones de Telefónica Móviles más Comunicaciones Móviles, medidas en términos de usuarios, en el servicio portador de larga distancia nacional e internacional, serían de 3.3% y 4.3% respectivamente<sup>18</sup>.
- La participación que alcanzaría Comunicaciones Móviles en el servicio de buscapersonas sería la correspondiente a Telefónica Móviles (96 abonados a diciembre del 2004), pues solo esta última empresa cuenta con concesión.

Dado que, de aprobarse la transferencia de los títulos habilitantes y del espectro solicitado, solo se afectaría el mercado de telefonía móvil, se continuará el análisis refiriendo a este servicio.

**3.4 Determinación de posibles impactos de la aprobación de la solicitud formulada**

El principal objetivo de política de estado en telecomunicaciones es promover el acceso de los ciudadanos a los servicios de telecomunicaciones. Para cuyo efecto, en el caso del mercado móvil, se han trazado dos frentes de acción: (i) facilitar que la operación del servicio se realice al mínimo costo, y, (ii) que parto de las eficiencias alcanzadas se trasladen a los usuarios, por ejemplo, vía menores tarifas.

En este escenario y dado que en los servicios móviles, existe un importante componente de inversión fija en los costos, un mayor tamaño de planta permitiría a la empresa beneficiarse de las economías de escala. Por lo que, una operación de concentración horizontal generaría una mayor eficiencia productiva (menor costo de producción por unidad de producto).

Sin embargo, el traslado de estas eficiencias a los usuarios a través de menores tarifas (segundo frente de acción), estará en función de las condiciones de competencia que existan en el mercado, toda vez que el comportamiento racional del operador siempre lo llevará a extraer el máximo excedente del consumidor, en la medida que su poder de mercado así se lo permita.

En el otro extremo de la evaluación, negar la transferencia solicitada, implicaría impedir la generación de ganancias de eficiencia productiva y evitar el aprovechamiento de sinergias producto de la operación conjunta, lo cual resultaría socialmente menos eficiente, originando por ejemplo que se dupliquen inversiones fijas (estaciones, torres y centrales de conmutación) al tener que operar dos redes innecesariamente separadas; más aún cuando, como se verá más adelante, la solicitud de aprobación de la transferencia presentada en el Perú, no constituye un proceso aislado sino forma parte de un proceso continuo de reordenamiento en el que está inmerso la industria de las telecomunicaciones a nivel internacional.

16 Datos a Setiembre de 2004

17 Datos a Setiembre de 2004

18 Según información de Osipitel a diciembre de 2004, el porcentaje de participación de Comunicaciones Móviles (BellSouth) en LDN era de 0.8% y en LDI era de 2.7%

**3.5 Análisis de las Barreras de entrada al mercado**

En la industria de telecomunicaciones existen importantes barreras de entrada que pueden ser: (i) naturales o tecnológicas referidas a economías de escala (altos costos fijos) y de ámbito no agotadas (altos costos comunes en el caso de operador multiproducto), bajo nivel de demanda de la industria, altos costos hundidos respecto a los costos totales, inversiones específicas y dispersión de abonados (economías de densidad); (ii) institucionales o artificiales (barreras legales, burocráticas, gustos y preferencias de consumidores); ó (iii) estratégicas (pro competitivas, eficientes o anticompetitivas, ineficientes). En tanto existan estas barreras de entrada, existirá poder de mercado<sup>19</sup>.

De otro lado, en las telecomunicaciones hay una gama de servicios, unos estructuralmente menos competitivos que otros. Así, el servicio móvil se caracteriza por tener una estructura de mercado bastante concentrada, en el que existen barreras de entrada que generan cierto poder de mercado. Estas barreras de entrada son:

- altos costos de transacción involucrados a la entrada al mercado (pago en subastas, demora en el despliegue de la red, largos procesos de interconexión);
- externalidades de red que benefician al operador más grande (tarifas menores para comunicaciones "on net");
- costos de cambio de terminal por la coexistencia de varias tecnologías, CDMA, TDMA, GSM, AMPS.
- contratos de abonados con plazos y costos del cambio de operador<sup>20</sup>.

Sin embargo, una de las más importantes barreras a la entrada al mercado del servicio móvil, es la disponibilidad de espectro radioeléctrico, pues se trata de un insumo esencial para la prestación de estos servicios; e inclusive, como se verá en los siguientes numerales, el tipo y dotación del espectro asignado incidirá en los costos de inversión que requiere realizar un operador para expandir su red.

La existencia de estas barreras limita la competencia potencial que inhibiría el abuso de una posición de dominio configurada o acentuada por una concentración horizontal. En consecuencia, si la concentración configuraría un mayor poder de mercado<sup>21</sup> claramente perjudicial a la competencia, sus efectos deberían ser aminorados, a través del establecimiento de salvaguardas competitivas.

**3.6 Análisis de la concentración de espectro en el mercado de servicios móviles**

Según el Informe N° 043-2005-MTC/03.01, de la Secretaría de Comunicaciones, para la evaluación de concentraciones generalmente se utiliza el Índice Herfindhal - Hirschman (IHH)<sup>22</sup>. Sin embargo investigaciones recientes recomiendan adicionalmente emplear instrumentos de simulación del impacto de la concentración en el mercado, tales como el máximo número de empresas que se esperarían operen en la industria analizada, considerando el tipo de bien en cuestión y el tamaño del mercado peruano<sup>23</sup>.

Siguiendo esta línea de análisis, la probabilidad que en un momento determinado operen en el mercado móvil peruano más de cinco (5) empresas (incluyendo a Nextel), casi nula<sup>24</sup>. Tomando este parámetro, el planeamiento de dotación inicial de espectro a largo plazo para servicios móviles, podría ser el siguiente:

- Dos operadores en la banda de 800 MHz (un bloque de 25 MHz a c/u)
- Dos operadores en la banda de 1900 MHz, o uno en la banda de 1900 y otro en la banda de 1700 (un bloque de 30 MHz a c/u)
- Un operador en la banda de troncalizado (trunking), con conexión a la red pública (la asignación es por canales de 25 + 25 kHz.)

Adicionalmente, restarían 150 MHz<sup>25</sup> para realizar ampliaciones de espectro a los operadores existentes, sin

perjuicio que en el futuro pueda atribuirse más bandas para este servicio.

En base a estos supuestos, se podría estimar los rangos de IHH para una moderada concentración de espectro considerando algunos escenarios. Sin embargo, es de esperar que existan altos niveles de concentración por las características mismas de la industria.

En efecto, con cinco (5) operadores en el mercado y una dotación inicial de espectro más o menos pareja<sup>26</sup> (25 MHz, 25 MHz, 30 MHz, 30 MHz, 16.4 MHz) se tendría un IHH de 2077 (ver cuadro más abajo). En un segundo escenario en el que existan solo cuatro (4) operadores (25 MHz, 30 MHz, 30 MHz, 16.4 MHz), el IHH sube hasta 2620, la cual podría considerarse como una concentración de espectro moderada. En un tercer escenario en el cual coexistan solo (3) operadores (25 MHz, 30 MHz, 16.4 MHz), el IHH se eleva hasta 3519.

Como se mencionó anteriormente, mediante concurso público realizado el pasado 30 de marzo, se otorgó a la empresa SERCOTEL la Buena pro para el uso de la banda C: (C: 1895 - 1910 MHz, apareada con C': 1975 - 1990 MHz). Esta adjudicación se encuentra en proceso de formalización, por lo que, la empresa aún no se encuentra operando.

**ESCENARIOS PROBABLES DE CONCENTRACION DE ESPECTRO DOTACION INICIAL DEL RECURSO**

1er. escenario			2do. escenario			3er. escenario		
Nº	Ancho de banda (MHz)	%	Nº	Ancho de banda (MHz)	%	Nº	Ancho de banda (MHz)	%
1	25	19.78	1	25	24.65	1	25	35.01
2	25	19.78	2	30	29.59	2	30	42.02
3	30	23.73	3	30	29.59	3	16.4	22.97
4	30	23.73	4	16.4	16.17		71.4	100%
5	16.4	12.97		101.4	100%		IHH	3518.98
	126.4	100%		IHH	2620.06			
	IHH	2077.34						

Fuente y elaboración: Secretaría de Comunicaciones

Nota: Restarían 90 MHz para ampliaciones (y hasta 150 MHz considerando espectro en reserva de la banda de 1700 MHz).

- 19 Para determinar si existe poder de mercado en un "mercado relevante", no sólo se debe considerar las participaciones de mercado, sino también la existencia de barreras de entrada y salida a dicho mercado.
- 20 Con fecha 15 de diciembre de 2004, el MTC publicó el Documento de Trabajo N° 1 "Implementación de la Portabilidad Numérica en el País", medida de política que permitirá eliminar esta barrera asociada a los costos que tiene que asumir el usuario cuando decide cambiar de proveedor de servicio por la pérdida de su número. Este documento prevé, entre otros aspectos, la adopción de acciones necesarias para la implementación de la portabilidad numérica y el establecimiento del cronograma correspondiente.
- 21 Capacidad de actuar con prescindencia de las fuerzas de mercado. Se puede mantener el precio por encima del costo marginal de manera sostenida.
- 22 El índice IHH es un buen índice para medir concentraciones, ya que es simétrico entre empresas, es creciente ante cualquier crecimiento en la dispersión que mantenga la media constante, y considerando empresas idénticas, y decrece cuando el número de estas se incrementa. Se calcula sumando las participaciones al cuadrado de cada una de las empresas. Existen otros índices que satisfacen también estas condiciones como el Índice de Entropía, de Dominancia, y el de Proporción de Concentración de N empresas.
- 23 Por ejemplo en el caso del segmento de generación en el sector eléctrico, el documento "Concentraciones Horizontales en la Actividad de Generación Eléctrica: El Caso Peruano", J. Gallardo y S. Davis, febrero 2004, propuso un umbral de concentración de referencia de IHH igual a 2,500 (podrían ser por ejemplo 4 empresas con similar participación).
- 24 Al respecto cabe mencionar que el número de operadores móviles en América Latina fluctúa entre 3 y 4 operadores por área geográfica sin considerar a un operador del servicio troncalizado con conexión a la red pública.
- 25 60 MHz en la banda de 1900 MHz, 30 MHz de la banda 1700 MHz y 60 MHz en reserva de la banda de 1700 MHz.
- 26 Considerando canalización actual y asignación realizada al operador de trunking digital.

Realizando estimaciones para proyectar hasta cuanto podrían ir ampliando los operadores como máximo sus dotaciones de espectro, considerando a cinco (5) potenciales operadores en el mercado en el largo plazo, tendríamos topes por operador de 60 MHz. Ello nos indica un rango aproximado para el IHH de entre 2000 y 3600, también para tres escenarios (3, 4 y 5 operadores).

En consecuencia, se puede concluir que este mercado tendrá siempre una tendencia a estar bastante concentrado en dotación de espectro debido principalmente al número de operadores que son resultado de las características propias de la industria.

Ahora, ya sea que en el corto plazo existan 3 ó 4 operadores, debe mantenerse la disponibilidad de espectro para asignaciones considerando el escenario de largo plazo, es decir para 5 operadores.

### 3.6.1 Concentración actual del espectro

Analizando la asignación actual de espectro en el mercado peruano<sup>27</sup>, observamos que sin considerar la transferencia solicitada, las dotaciones de espectro son más o menos parejas (31%, 26%, 26% y 17%) con un IHH de 2003, lo que podría considerarse como una concentración moderada.

#### CONCENTRACIÓN DE ESPECTRO SIN CONSIDERAR TRANSFERENCIA (Considerando solo el espectro asignado)

Asignación de espectro	(%) espectro respecto al total asignado	Ancho de banda (MHz)
Telefónica Móviles	26.0%	25
Bellsouth (Comunicaciones Móviles)	26.0%	26
TIM	31.0%	30
Nextel	17.0%	16.4 <sup>28</sup>
Total asignado	100.0%	96.4
IHH	2003	

Asimismo, actualmente existe disponibilidad para realizar más asignaciones en la banda de 1900 MHz (ancho de banda de 60 MHz) y en la banda de 1700 MHz (ancho de banda de 90 MHz).

Es decir, considerando todo el espectro disponible, lo asignado hasta la fecha para las empresas que vienen operando solo constituye el 40% de los 200 MHz atribuidos para el servicio de telefonía móvil y el servicio de comunicaciones personales (PCS)<sup>29</sup>. Asimismo, si se considera un bloque de 30 MHz que se estaría asignando a SERCOTEL se tendría una asignación del 55% de los 200 MHz atribuidos para servicios móviles. En ese último caso restarían 90 MHz para ampliaciones, sin considerar 60 MHz que se encuentran en reserva en la banda 1700 MHz.

#### CONCENTRACIÓN DE ESPECTRO SIN CONSIDERAR TRANSFERENCIA (Considerando todo el espectro disponible en telefonía móvil y PCS)

Asignación de espectro	(%) espectro respecto al disponible	Ancho de banda (MHz)
Telefónica Móviles	12.5%	25
Bellsouth	12.5%	25
TIM	15.0%	30
Total asignado	40.0%	80
Sin asignar	60.2%	120
Total disponible	100%	200

En este entendido y siguiendo el planeamiento de dotación de espectro a largo plazo para servicios móviles, un operador podría contar con una dotación de espectro de 60 MHz sin que constituya una situación de acaparamiento, debido a que existe espectro disponible (60% del total disponible no está asignado).

### 3.6.2 Concentración del espectro en un escenario post transferencia

- Si consideramos el espectro asignado (aprobada la transferencia de la concesión y el espectro), Comunicaciones Móviles concentraría el 52% de este recurso, con un IHH de 3954 que representa un alto nivel de concentración.
- Si consideramos todo el espectro atribuido para servicios móviles, Comunicaciones Móviles concentraría el 25% del espectro destinado a telefonía móvil y PCS, sin considerar espectro en reserva.

#### CONCENTRACIÓN DE ESPECTRO POST TRANSFERENCIA, RESPECTO AL ESPECTRO ASIGNADO

Asignación de espectro	(%) espectro respecto al total asignado	Ancho de banda (MHz)
Comunicaciones Móviles	52%	50
TIM	31%	30
Nextel	17%	16.4 <sup>28</sup>
Total	100%	96.4
IHH	3954	

#### CONCENTRACIÓN DE ESPECTRO POST TRANSFERENCIA, RESPECTO AL ESPECTRO DISPONIBLE EN MOVIL Y PCS

Asignación de espectro	(%) espectro respecto al disponible	Ancho de banda (MHz)
Comunicaciones Móviles	25%	50
TIM	15%	30
Total asignado	40%	80
Sin asignar	60%	120
Total disponible	100%	200

Sin embargo, considerando que la transferencia de espectro solicitada otorgaría al operador en cuestión el control del 100% de la banda más eficiente<sup>29</sup>, dicha transferencia de espectro impactaría negativamente en la competencia potencial, por lo que debe restringirse la concentración de espectro en la banda de 800 MHz, tal como se indicará a continuación.

### 3.6.3 Dotación máxima por operador en la banda de 800 MHz

La banda de frecuencias de 800 MHz ostenta claras ventajas competitivas en relación a otras bandas atribuidas para el servicio de comunicaciones personales, lo que repercute principalmente en la inversión requerida para el despliegue de la red, toda vez que bandas más bajas permiten mayor radio de cobertura y por ende menor número de estaciones para cubrir una misma área de servicio.

En efecto, estimaciones técnicas indican que bajo ciertas circunstancias, un operador en la banda de 800 MHz, requiere implementar aproximadamente casi la mitad de celdas de las que requiere un operador en bandas más altas (1700 MHz ó 1900 MHz) para alcanzar un mismo nivel de cobertura.

27 El presente análisis no considera el espectro que se asignará a SERCOTEL, pues a la fecha solo se le ha otorgado la Buena Pro y no opera en el mercado.

28 Los 200 MHz comprenden 50 MHz en la banda de 800MHz, 30MHz en la banda de 1700MHz y 120 MHz en la banda de 1900MHz. Solo se hace referencia a 90 MHz en la banda de 1700MHz, considerando la disponibilidad de la banda A: 1710 - 1725 MHz, apartada con A: 1805 - 1820 MHz, que se encuentra canalizada.

29 En el punto 3.6.3 del presente documento se sustenta la mayor eficiencia técnica de esta banda en relación a las demás.

En el sentido expuesto, el control por parte de un solo operador del total de la banda de 800 MHz, implicaría permitir a priori el control total de un insumo estratégico para la prestación del servicio móvil, procurando una situación ventajosa sobre los operadores actuales o potenciales, ventaja que no sería resultado de una mayor eficiencia productiva sino de circunstancias exógenas, como la concentración de este insumo.

Por esta razón, con la finalidad de establecer condiciones equivalentes entre los operadores para promover la sana competencia en la prestación de este servicio, corresponde restringir la concentración de espectro en esta banda.

Al respecto, cabe mencionar que a nivel internacional su distribución ha sido de bloques de 25 MHz por operador, siendo que los 50 MHz disponibles en la banda de 800 MHz han sido asignados a dos operadores; sin perjuicio de que puedan acceder a asignaciones adicionales en otras bandas siempre que no se comprometa el nivel de competencia potencial en los servicios.

En esta línea de entendimiento y recogiendo la legislación comparada, es que por Decreto Supremo N° 011-2005-MTC se estableció la prohibición que ningún concesionario podrá ser titular de la Banda A (824-835 MHz y 869-880MHz; 845-846,5MHz y 890-891,5MHz) y la Banda B (835-845MHz y 880-890MHz; 846,5-849MHz y 891,5-894MHz). En consecuencia, ningún operador puede tener más de 25 MHz en estas bandas.

Recapitulando, el problema que se generaría como resultado de una eventual aprobación de la transferencia, no sería la acumulación de espectro por Comunicaciones Móviles, si consideramos el planeamiento de espectro realizado a largo plazo (ver punto 3.6), sino el hecho que Comunicaciones Móviles acapararía las bandas A y B de la banda más eficiente (800 MHz) por sus propiedades de propagación, vulnerando la normativa vigente.

En este escenario, de aprobarse la transferencia, el Ministerio debe disponer la devolución al Estado de 25 MHz de la Banda de 800 MHz y establecer un programa gradual de migración a otra banda, a fin de preservar la continuidad del servicio que vienen recibiendo los usuarios y cautelar sus derechos de libre elección y otros contenidos en la normativa sobre condiciones de uso aprobada por el OSIPTEL<sup>30</sup>. Esta migración consideraría un bloque similar de 25 MHz en otra banda atribuida para servicios móviles, en la que no exista escasez de espectro y no confiera a la empresa ventaja competitiva alguna sobre sus actuales o potenciales competidores.

#### 4. Análisis del marco legal vigente

##### 4.1 Aspectos generales

En principio, es importante precisar que el análisis de la transferencia de la concesión solicitada que se desarrollará en este numeral, no tiene incidencia alguna en las obligaciones que se generarían para las empresas involucradas en materia tributaria, societaria, registral o de cualquier otro tipo, dado que estos aspectos son regulados por su propia normativa.

Asimismo, es preciso reiterar que el cambio de titularidad de los accionistas de una empresa no involucran una transferencia de la concesión en los términos establecidos en la Ley y el Reglamento General, sino solamente una transferencia de las acciones, en cuyo caso únicamente se tiene la obligación de comunicar del hecho al Ministerio, tal como lo prevé el primer párrafo del artículo 123° del Reglamento General.

Este trámite fue cumplido por la empresa mediante carta C.630-2004/VPAR del 12 de noviembre de 2004. En tal sentido, aunque no se habría presentado un cambio de los accionistas directos de Bellsouth Perú S.A.<sup>31</sup>, la empresa ha alejado la información conforme a lo

previsto en la normativa vigente, no habiéndose incurrido en infracción alguna por esta causal.

Asimismo, mediante carta TM-925-A-079-05 de fecha 31 de enero de 2005 Telefónica Móviles presentó al Ministerio el Contrato de Compra Venta de Acciones entre Telefónica Móviles S.A. y Bellsouth Corporation del 5 de marzo de 2004, en el cual se estipula en la Sección 6.36, sobre Perú, que "...la Compradora tomará y ordenará a sus subsidiarias que tomen todas las acciones necesarias para obtener tan pronto como fuera posible, las Aprobaciones Regulatorias Requeridas y para consumir las operaciones contempladas en este Contrato..."

##### 4.2. Marco legal aplicable

El artículo 62° de la Constitución Política del Perú recoge la obligación a cargo del Estado de facilitar y vigilar la libre competencia, combatiendo toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Asimismo el artículo 65° consagra la obligación a cargo del Estado de defender el interés de los consumidores y usuarios.

Por su parte el artículo 6° de la Ley establece que, "El Estado fomenta la libre competencia en la prestación de los servicios de telecomunicaciones, regula el mercado de forma que se asegure su normal desenvolvimiento, se controle los efectos de situaciones de monopolio, se eviten prácticas y acuerdos restrictivos de la posición dominante de una empresa o empresas en el mercado".

Estas normas constituyen el marco general que debe regir el accionar del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

En relación a la solicitud de transferencia presentada, como se ha señalado, el marco normativo vigente en el Perú, no contempla el control previo de las fusiones ni de otras formas de concentración empresarial en telecomunicaciones. Sin embargo, la legislación sectorial contiene una figura conocida como la transferencia de concesión recogida en el artículo 51° de la Ley, que dispone lo siguiente:

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

Esta transferencia de concesión involucra entonces la cesión de los títulos habilitantes, incluyendo los derechos y obligaciones que de ellos se derivan, tales como la banda del espectro, el área de concesión, planes de expansión, usuarios, etc., de un titular a otro. Como señala la norma antes citada, toda transferencia debe ser autorizada previamente, en caso contrario se resuelve el contrato y con ello se pierden todos los derechos conferidos por la concesión.

30 Mediante Resolución N° 116-2003-CD/OSIPTEL se aprobó las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones.

31 Bellsouth Perú S.A. comunicó al MTC que el 28 de octubre de 2004 Telefónica Móviles S.A. (España) adquirió el 100% de las acciones de la empresa Latin America Cellular Holdings B.V. (accionista mayoritario de Bellsouth Perú S.A.), por lo que dicha compra no implicó ninguna transferencia de las acciones de Bellsouth Perú S.A. En tal sentido, indican que no ha variado la configuración accionaria de Bellsouth Perú S.A.

El procedimiento de transferencia de una concesión es desarrollado en el artículo 122º del Reglamento General, que dispone las condiciones y plazos para aceptar la solicitud:

"(...)

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

*La transferencia no podrá ser denegada sin causa justificada. Entiéndase por causa justificada a las señaladas en el artículo 119º, a toda situación que pudiera atentar contra lo dispuesto en el artículo 6º de la Ley y aquellas que señale la Ley, el Reglamento u otra disposición legal.*

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

*Asimismo, el presente artículo será aplicable a los casos de reorganización societaria, conforme a lo dispuesto en la Ley General de Sociedades, con excepción de la transformación." (el subrayado es nuestro).*

En efecto, como establece la norma transcrita, la transferencia solicitada podría ser denegada si se presentara algún impedimento contemplado de manera expresa en el Reglamento General, como lo exige el Principio de Legalidad establecido en el numeral 1.1 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley Nº 27444. Ley del Procedimiento Administrativo General<sup>32</sup>. En tal sentido corresponde evaluar si se configura alguno de los supuestos previstos para su denegatoria.

#### 4.2.1 El artículo 119º del Reglamento General

El artículo 122º del Reglamento General establece que procederá la denegatoria de la solicitud de transferencia por causa justificada, entendiéndose como tal, **en primer término**, a alguno de los supuestos contemplados en el artículo 119º.

Al respecto y tal como se detalla en los párrafos siguientes, la Subdirección de Servicios Públicos de la Dirección General de Gestión de Telecomunicaciones a través del Informe Nº 177-2005-MTC/17.01.ssp de fecha 6 de abril de 2005, concluye que la solicitud de transferencia presentada, no se encuentra incurso en alguno de los supuestos previstos en el acotado artículo 119º. Así señala que:

*El inciso 1º del artículo 119º señala como primer impedimento que el otorgamiento de la autorización de transferencia ponga en peligro real o potencial la seguridad nacional o vaya contra el interés público. Este supuesto no se configura en el presente supuesto porque:*

- (i) Comunicaciones Móviles (ex Bellsouth) y Telefónica Móviles son empresas de reconocido prestigio que vienen operando en el mercado peruano desde hace varios años, sin que hasta la fecha se hubiera denunciado su vinculación con hechos que pongan en peligro la seguridad nacional o el interés público.
- (ii) La empresa matriz de Comunicaciones Móviles (ex Bellsouth) y Telefónica Móviles, es decir, el Grupo Telefónica de España, participa en otros mercados de Latinoamérica, además de Perú, tales como Argentina, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, Brasil, Venezuela, etc; y en ninguno de ellos, ha sido objeto de

questionamiento por razones de seguridad o interés público.

*El inciso 2º contempla como impedimento, que el solicitante o alguno de los socios o asociados, tratándose de personas jurídicas, o su representante, se le hubiera sancionado con la cancelación y no haya transcurrido un año desde la fecha en que la resolución que sanciona quedó firme administrativamente*

De la revisión de los expedientes que obran en la Dirección General de Gestión de Telecomunicaciones, se aprecia que Telefónica Móviles no ha sido sancionada con la cancelación de sus concesiones, por lo que no incurre en esta causal. Lo mismo ocurre en el caso de Telefónica Móviles Perú Holding S.A.A., accionista de Telefónica Móviles y en el caso del señor José Javier Manzanares Gutiérrez, quienes nunca han ostentado la calidad de concesionarios.

*El inciso 3º dispone que no procederá la transferencia, si se pone en peligro los fines de las telecomunicaciones como mecanismo de integración, pacificación, desarrollo y como vehículo de cultura. Es pertinente reiterar en el análisis de este inciso, que se trata de una empresa que viene operando en el país desde hace varios años y forma parte de una empresa matriz cuyas inversiones se desarrollan en diferentes sectores del mercado de telecomunicaciones (telefonía fija, portador, valor añadido).*

Asimismo, se debe considerar que la transferencia de concesión implica también que se transfiera las obligaciones asumidas por una empresa a otra, entre las que se contemplan los compromisos respecto a los fines de las telecomunicaciones plasmados en los contratos de concesión suscritos.

*El inciso 4º señala como impedimento, que el solicitante estuviera incurso en algunas de las prohibiciones establecidas en la Ley y el Reglamento. En el caso materia de evaluación no se aprecia que la solicitud de transferencia de concesión esté vinculada con aspectos adicionales a los establecidos en el artículo 119º, el último párrafo del artículo 212º del Reglamento General y el artículo 6º de la Ley, que se vayan evaluando.*

*El inciso 5º considera como impedimento, que el solicitante no hubiera cumplido con los pagos que resulten exigibles respecto de derechos, tasas y canon por alguna concesión o autorización que se le hubiera otorgado, salvo que cuente con fraccionamiento de pago vigente o se haya dejado en suspenso la exigibilidad de dichas obligaciones, conforme a lo establecido en la Ley General del Sistema Concursal.*

Al respecto, mediante Memorandos Nros. 134 y 423-2005-MTC/03.03, la Oficina de Recaudación y Soporte Operativo informa que Telefónica Móviles no adeuda tasa ni derechos, y con relación al canon anual 2004, que dicha empresa viene cumpliendo con el cronograma de pagos del fraccionamiento autorizado por todas las concesiones de las que es titular, y asimismo cuenta con fraccionamiento del canon del año 2005.

<sup>32</sup> Respecto a este principio, MORÓN URBINA señala que, "...mientras los sujetos de derecho privado, pueden hacer todo lo que no está prohibido, los sujetos de derecho público sólo pueden hacer aquello que le sea expresamente facultado. En otras palabras, no basta la simple relación de no contradicción. Se exige además una relación de subordinación. O sea, que para la legitimidad de un acto administrativo es insuficiente el hecho de no ser ofensivo a la ley. Debe ser realizado con base en alguna norma permisiva que le sirva de fundamento."

El inciso 6º establece como impedimento, que al solicitante se le hubiera sancionado con multa y no haya cumplido con el pago previo de la misma, siempre que ésta resultara exigible, salvo que cuente con fraccionamiento de pago vigente o se haya dejado en suspenso la exigibilidad de dichas obligaciones, conforme a lo establecido en la Ley General del Sistema Concursal.

Al respecto, mediante Memorando N° 197-2005-MTC/03.03, la Oficina de Recaudación y Soporte Operativo, comunica que Telefónica Móviles no adeuda suma alguna por concepto de multas.

El inciso 7º reconoce como impedimento, cuando en la banda de frecuencia y localidad solicitada no existe disponibilidad de frecuencia o se configura algún supuesto de restricción, en los casos en los que se requiere utilizar espectro radioeléctrico. Este supuesto no es aplicable a la solicitud de aprobación de la transferencia en trámite, por cuanto se trata de dos bandas de espectro radioeléctrico asignadas.

El inciso 8º establece como impedimento, a otras que se contemplen en la Ley u otra norma con rango de ley. De la revisión de la normatividad vigente se puede apreciar que no existe ninguna causal expresa para denegar la transferencia de la concesión adicional a las desarrolladas.

El último párrafo de este artículo señala, que lo dispuesto en los incisos 5º y 6º se aplicará además a los accionistas, a sus socios, asociados, director o representante legal de la persona jurídica, sea esta solicitante o forme parte de una persona jurídica solicitante. Al respecto, mediante Memorandos N°s 197 y 324-2005-MTC/03.03, del 15 de febrero y 10 de marzo de 2005, respectivamente, la Oficina de Recaudación y Soporte Operativo comunica que las personas comprendidas en el último párrafo del citado artículo no adeudan suma alguna por concepto de canon, tasa, multa ni derechos de telecomunicaciones.

#### 4.2.2 El artículo 6º de la Ley de Telecomunicaciones

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

*"El Estado fomenta la libre competencia en la prestación de los servicios de telecomunicaciones, regula el mercado de forma que se asegure su normal desenvolvimiento, se controle los efectos de situaciones de monopolio, se evite prácticas y acuerdos restrictivos de la posición dominante de una empresa o empresas en el mercado.*

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

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

Sentadas las bases sobre la correcta interpretación de los artículos 122º del Reglamento General y 6º de la Ley, y considerando que la transferencia de las concesiones y del espectro radioeléctrico asociado, permitiría concentrar en una sola empresa, el 68.5 % de abonados de los servicios públicos móviles, el

52% del espectro radioeléctrico asignado a los operadores de estos servicios y el 100% de la banda de 800 MHz, que constituye un insumo estratégico; de comprobarse las eficiencias que se alcanzarían con la citada transferencia correspondería adoptar ciertas salvaguardas competitivas para cautelar el normal desenvolvimiento de este mercado.

#### 4.2.3 El artículo 212º del Reglamento General

Un elemento vital para competir en el mercado de telecomunicaciones móviles lo constituye la posibilidad de hacer uso del espectro radioeléctrico, recurso natural limitado que constituye parte del patrimonio de la Nación y que de acuerdo a nuestra legislación es inalienable, imprescriptible e inembargable. Estas consideraciones han llevado precisamente a que el Estado encargue al Ministerio de Transportes y Comunicaciones su administración, gestión y control.

En relación a su importancia, como señala GASPARRINO, lo relevante para los operadores es "poder acceder a las frecuencias radioeléctricas, y dado que éstas no pueden ser utilizadas por todos, hacerlo en condiciones de igualdad, extremo éste garantizado por la ley"<sup>33</sup>.

Por ello, toda política de asignación del espectro radioeléctrico debe efectuarse sobre los principios de promoción de la competencia, facilitar el desarrollo de nuevos servicios y tecnologías y maximizar su uso eficiente. Y es en esa línea, que el artículo 212º del Reglamento General establece que:

*"(...) El Ministerio cautelaré que la asignación de frecuencias no contribuya a configurar una posición de dominio en el mercado."*

Es decir, se delega en el Ministerio la obligación de cautelar que la asignación de frecuencias no contribuya a configurar una posición de dominio en el mercado.

Como se advierte, la norma no establece que de configurarse la posición de dominio en el mercado como consecuencia de la transferencia de concesiones y/o espectro, ésta tenga que ser denegada; puesto que la transferencia de la concesión no solo involucra la transferencia de este título habilitante y del espectro radioeléctrico asignado. Lo que otorga el referido artículo al Ministerio es una facultad distinta, evitar el acaparamiento de este recurso, lo que puede realizarse a través de la adopción de medidas que eviten que el espectro asignado contribuya a configurar y/o acentuar una posición de dominio preexistente en el mercado. Esta interpretación se ve corroborada por el artículo 58º de la Ley, que atribuye la administración, asignación y control del espectro radioeléctrico al Ministerio.

Adicionalmente cabe señalar que el OSIPTEL, consultado sobre si la adquisición de los activos de Comunicaciones Móviles por Telefónica Móviles configuraría una posición de dominio de mercado de los servicios móviles, en particular el la cantidad de espectro que tendrían Comunicaciones Móviles contribuiría a configurar dicha posición, manifestó:<sup>34</sup>

33. ARIÑO ORTIZ, Gaspar: "Principios de Derecho Público Económico". Granada 1999. Pág. 706

34. Carta 307-PD-GRE-GPR/2004 del 22 de noviembre de 2004.

*"(...) Uno de los principales elementos que pueden configurar una barrera de acceso en el mercado de telefonía móvil es el control del espectro radioeléctrico. En efecto, el uso simultáneo del espectro por varios operadores es limitado y, por ello, el número de operadores de telefonía móvil existente depende de la distribución que se haga de este recurso. La concentración del espectro en una o pocas empresas reduce la posibilidad de competencia potencial y puede crear condiciones para el operador que controla dicho recurso actúa independientemente de sus competidores. Esto significa que la concentración del espectro puede crear o reforzar una posición de dominio.*

*"(...) De acuerdo con ello la adquisición de Bellsouth por parte de Telefónica Móviles daría lugar a la concentración del espectro disponible en la banda de frecuencias de 800 MHz en una sola empresa. Asimismo, considerando el espectro que a la fecha se encuentra asignado a operadores de telefonía celular y de comunicaciones personales (60 MHz), luego de la operación Telefónica Móviles controlaría más del 60% de dicho recurso. De acuerdo con ello, como consecuencia de la mencionada operación, Telefónica Móviles pasaría a controlar gran parte del espectro asignado para servicios de telefonía móvil, considerándolo desde una aproximación estática en un momento determinado en el tiempo. Es decir, la operación otorgaría a Telefónica Móviles el control de todo el espectro en la banda de frecuencias de 800 MHz y de más de la mitad del espectro asignado.*

*Consecuentemente, puede sostenerse que ello contribuye a configurar una posición de dominio en el mercado. Debemos indicar, sin embargo, que esta potencial situación de dominio, no configura, necesariamente una situación de abuso de posición de dominio, única situación penada por la legislación peruana.*

*Dada esta situación, sería conveniente evaluar la adopción de medidas destinadas a evitar el posible uso indebido del espectro. Adicionalmente, de permitirse la concentración de todo o parte del espectro en la banda de frecuencias 800 MHz, sería adecuado requerir que Telefónica Móviles justifique las razones por las que requiere la asignación de mayor espectro en dicha banda de frecuencias. (...)"*

En el caso concreto corresponde analizar entonces, si como resultado de la eventual transferencia de concesión y el espectro radioeléctrico entre Telefónica Móviles y Comunicaciones Móviles, se produciría una situación de dominio en el mercado móvil y en tal sentido, que acciones corresponden adoptar al Ministerio al amparo de la citada norma.

Como se ha visto, la transferencia de las concesiones para la prestación del servicio de telefonía móvil permitiría concentrar en Comunicaciones Móviles:

- (i) el 68.5 % de abonados
- (ii) el 52% del espectro radioeléctrico asignado a los operadores de estos servicios y,
- (iii) el 100% de la banda de 800 MHz, insumo esencial y estratégico para la prestación del servicio público móvil

Sin perjuicio que el Estado adopte salvaguardas competitivas para cautelar el normal desenvolvimiento de este mercado en aplicación del artículo 6º de la Ley; correspondería adoptarse también ciertas medidas a fin de evitar que Comunicaciones Móviles ostente el control total -no solo la posición de dominio sobre la banda de 800 MHz, que como hemos explicado constituye un insumo estratégico que permitiría una ventaja competitiva sobre sus actuales y potenciales competidores.

En igual sentido, los organismos reguladores y de competencia en situaciones similares como Chile y Argentina han expedido sendas resoluciones que no prohíben la fusión, pero sí la condicionan a determinados actos, siendo uno de ellos la venta o devolución del espectro radioeléctrico.

#### 4.2.4 El Decreto Supremo N° 011-2005-MTC

Por Decreto Supremo N° 011-2005-MTC se establecieron topes en la asignación del espectro radioeléctrico para la prestación de servicios públicos móviles, como una medida de política destinada a evitar el acaparamiento de frecuencias por parte de los operadores y cautelar la competencia potencial en este mercado.

Es así, que el artículo 1º de esta norma, fija como tope en sesenta (60) MHz las asignaciones de espectro para los servicios troncalizado, telefonía móvil y servicio de comunicaciones personales, como asignación total por concesionario; de forma que, ningún concesionario podrá tener mayor espectro a dicho tope.

Asimismo el precitado dispositivo legal, en su artículo 2º establece la prohibición que ningún concesionario podrá ser titular de la Banda A (824-835 MHz y 869-880MHz; 845-846,5MHz y 890-891,5) y la Banda B (835-845MHz y 880-890MHz; 846,5-849MHz y 891,5-894MHz); por lo que, ningún operador podrá concentrar el 100% de la banda de 800 MHz atribuida para los servicios públicos móviles, sustentándose en las peculiares características técnicas de esta banda que lo erigen en un insumo estratégico para la prestación de estos servicios.

En este marco legal, si bien de aprobarse la transferencia de las concesiones solicitada, la Banda A asignada a Telefónica Móviles para la prestación del servicio de telefonía móvil otorgado en concesión por Resoluciones Ministeriales N°s 373-91-TC/15.17 y 055-92-TC/15.17, más la Banda B asignada a Comunicaciones Móviles para la prestación del servicio de telefonía móvil otorgado en concesión por Resoluciones Ministeriales N°s 440-91-TC/15.17 y 250-98-TC/15.03, que concentraría esta última, no superarían los 60 MHz establecidos como tope de la asignación total por concesionario; dicha concentración de espectro vulneraría la prohibición contenida en el artículo 2º de la precitada norma; por lo que el Ministerio debe disponer la devolución al Estado de 25 MHz de la Banda de 800 MHz.

#### 5. Referencias Internacionales sobre la fusión Telefónica Móviles - Bellsouth

Resulta relevante considerar la reciente experiencia regulatoria sobre la fusión de Telefónica Móviles y Bellsouth, en algunos países de la región.

##### 5.1 Chile

Mediante Resolución N° 02/2005 de fecha 4.1.2005, el Tribunal de Defensa de Libre Competencia de Chile en el procedimiento no contencioso de operación de concentración entre empresas Telefónica Móviles-Bellsouth resolvió:

- Que Telefonía Móviles S.A. debía transferir, a su elección, aquellas concesiones que, consideradas en conjunto, le otorguen a nivel nacional, el uso y goce de un bloque de frecuencias de espectro radioeléctrico equivalentes a 25 MHz, en la banda de 800 MHz, en la forma y con los requisitos exigidos por la Ley General de Telecomunicaciones y normativa complementaria. Dicha transferencia deberá efectuarse a terceros no relacionados, y llevarse a efecto por medio de un proceso de licitación de carácter no discriminatorio y abierto. La transferencia de las concesiones deberá hacerse efectiva dentro de un plazo máximo de dieciocho meses, a contar de la notificación de la resolución.
- En el evento que el adjudicatario de las concesiones que se liciten en virtud de lo ordenado en el punto anterior, fuese una empresa que opere a esa fecha en el mercado de la telefonía móvil en Chile y que llegue por esa vía a ser titular de derechos de uso y goce de frecuencias de espectro radioeléctrico por más de 60 MHz, dicha empresa deberá transferir a un tercero no relacionado, por medio de un proceso de licitación de carácter no discriminatorio y abierto, el ancho de banda que supere tal cantidad, dentro del plazo de seis meses contados desde el acto de adjudicación de las concesiones.

- Las bases de licitación que se elaboren, en cualquiera de los casos citados, deberán ser aprobadas por el Tribunal de Defensa de Libre Competencia de Chile en forma previa al respectivo llamado a concurso.
- La o las empresas o sociedades subsistentes o resultantes de la operación de concentración aprobada, deben someterse a las normas que rigen a las sociedades anónimas abiertas e inscribirse en el Registro de Valores de la Superintendencia de Valores y Seguros, quedando sujetas a la fiscalización de este organismo.
- La o las empresas o sociedades subsistentes o resultantes de la operación de concentración, durante el tiempo que se requiera para la enajenación de espectro, no podrán comercializar planes que incluyan precios distintos para las llamadas dentro de su propia red y las llamadas que terminen en otras redes móviles.
- Mientras no se materialice la transferencia de espectro, la o las empresas o sociedades subsistentes o resultantes de la operación de concentración consultada deberán poner en operación un sistema de información de cambio de número para todos los clientes de telefonía móvil de BellSouth Comunicaciones S.A. que decidan cambiarse de proveedor, o para cualquier cliente que se encuentre, por razones técnicas provocadas por necesidades de la o las empresas o sociedades subsistentes o resultantes de la operación, obligado a cambiar de número de su teléfono móvil. Este servicio deberá informar a quien efectúa la llamada acerca del nuevo número del cliente que está intentando contactar y se proveerá gratuitamente a los referidos suscriptores, por el término de tres meses.
- La Subsecretaría de Telecomunicaciones deberá velar por reducir al máximo las barreras que enfrentan los consumidores para cambiar de proveedor de servicio telefónico móvil. En particular, deberá velar por la eliminación de la práctica consistente en bloquear los terminales para su uso en otra concesionaria.
- Toda oferta conjunta de servicios de telefonía fija y móvil, comercializada por la o las empresas o sociedades subsistentes o resultantes de la operación de concentración y que considere la prestación de servicios de telefonía fija por parte de Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A., se entenderá que es una oferta conjunta efectuada por esta última y, por tanto, deberá regirse por las disposiciones del Decreto N° 742 de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, publicado en el Diario Oficial con fecha 26 de febrero de 2004.
- Se recomienda a la Subsecretaría de Telecomunicaciones que disponga, para todos los operadores de telefonía móvil, la obligación de efectuar ofertas de facilidades para la reventa de planes por parte de comercializadores sin redes.

La supervisión del cumplimiento de las condiciones anteriores recaerá en la Fiscalía Nacional Económica.

Es preciso señalar que la empresa resultante de la operación de concentración se hubiera quedado con el derecho a utilizar un total de 80 MHz del espectro radioeléctrico, 50 MHz en la banda de 800 MHz y 30 MHz en la banda de 1900 (1850-1990 MHz), mientras que Entel se quedaría con 60 MHz en la banda de 1900 MHz; y Smartcom operaría con 30 MHz en la banda de 1900 MHz. Sin embargo, la Resolución N° 02/2005 establece dos aspectos básicos, que el tope de espectro para servicios móviles se ha fijado en 60 MHz y que un mismo operador no puede ser titular de toda la banda de 800 MHz.

### 5.2 Argentina<sup>35</sup>

En relación a la solicitud de fusión entre la Compañía de Radiocomunicaciones Móviles S.A. y consecuentemente de Compañía de Teléfonos del Plata S.A., su controlada, a favor de la empresa Telefónica Móviles S.A., la Gerencia de Ingeniería de la Comisión Nacional de Comunicaciones señaló en su informe que en el caso de aprobarse la fusión, la cual concentraría aproximadamente 85 MHz, Telefónica Móviles tendría que devolver 35 MHz quedándose con 50 MHz, es decir 7,5 MHz más de lo que posee actualmente. Asimismo, no se trata sólo de

devolver frecuencias sino además de uniformizar tecnología a la GSM.

En ese sentido, mediante Resolución S.C. N° 268 del 16.11.2004, la Secretaría de Comunicaciones autorizó el cambio de control de las participaciones accionarias mayoritarias de la empresa Compañía de Radiocomunicaciones Móviles S.A. y Compañía de Teléfonos del Plata S.A., su controlada, a favor de la empresa Telefónica Móviles S.A., aclarando que dicha autorización se encuentra condicionada al reintegro en forma gratuita de las bandas de frecuencias que han sido autorizadas, a fin de evitar la concentración de espectro radioeléctrico, según lo previsto en el Artículo 4:2.1 del Anexo al Artículo 1 del Decreto N° 266<sup>36</sup>.

Asimismo, se dispone que la Comisión Nacional de Comunicaciones elaborará un cronograma de devolución de frecuencias, el cual deberá ser sometido a la aprobación de la Secretaría de Comunicaciones.

### 5.3 Venezuela

Telefónica Móviles en Venezuela adquiere 3,9 millones de clientes al tercer trimestre de 2004, en un mercado de 25 millones de habitantes y una penetración estimada de 20%. En este país, Telefónica Móviles adquirió el 78,2% de Bellsouth. Y adquirirá el 21,8% restante del capital una vez que Bellsouth finalice el proceso de compra de dicho paquete accionario, que se resolverá a corto plazo.

Con la compra Telefónica tendría aproximadamente el 46% del mercado ocupando el primer lugar. Sin embargo, habiéndose anunciado la compra de Digital (TIM) por CANTV, ésta se convertiría en la primera operadora en el país con una cuota de 54%, dejando a Telefónica en segundo lugar<sup>37</sup>.

### 5.4 Colombia

En este país Telefónica Móviles adquirió al segundo operador colombiano, con 2,64 millones de clientes (al tercer trimestre de 2004), en un mercado de 44,5 millones de habitantes y una penetración estimada de 14%. Dicho operador tenía el 34% del mercado a finales de 2003.

### 5.5 Ecuador

Telefónica Móviles se convierte en el segundo operador del mercado con más de 1'000,000 de clientes (al primer semestre de 2004) con una cuota de 36% en un mercado de 13,2 millones de habitantes y una penetración de 22%. Las otras empresas son Porta Concel y Telecsa Alegre. En este país el organismo regulador no ha establecido condiciones para el acceso de Telefónica.

35 Información extraída de la Resolución S.C. N° 268 del 16.11.2004, de la Secretaría de Comunicaciones y de la Resolución SCT N° 196 del 27.12.2004 de la Secretaría de Coordinación Técnica del Ministerio de Economía y Producción.

36 Esta norma aprueba el Reglamento General del Servicio de Comunicaciones Personales (PCS) que establece que a efectos de evitar la concentración de espectro radioeléctrico en pocas empresas en un mismo sitio geográfico, ningún prestador podrá ser titular de un ancho de banda superior a 50 MHz en una misma área de servicio para la prestación de PCS, incluyendo lo asignado para el servicio móvil celular, el servicio de telefonía móvil y el servicio de concentración de enlaces.

37 DN Consultores. Noviembre de 2004.

### 5.6 Los procesos de fusiones en el mercado de telecomunicaciones móviles en Estados Unidos

En los Estados Unidos de América con una penetración en telefonía móvil que supera el 90% de habitantes, primero fue BellSouth Corp. (quien vendió su red de operadoras en Latinoamérica, entre ellas las de Perú) a través de Cingular Wireless, compañía de la que es propietario en sociedad con SBC Communications Inc., quien adquirió AT&T Wireless Services en 2004 por la suma de 41.000 millones de dólares en efectivo. Tal operación creó a la mayor operadora de ese país, con una participación de casi 30% del mercado.

Poco tiempo después se anunciaría la fusión de Nextel y Sprint, creando la tercera mayor operadora de EE.UU., y generando una concentración del 75% de los usuarios de telefonía móvil en solo tres compañías. Según los términos del acuerdo anunciado, Sprint escindiría su filial de telefonía móvil y la fusionaría con su competidora, lo que dará lugar a una gran empresa, Sprint Nextel, con 40 millones de clientes. La nueva empresa se colocará en el tercer puesto de la competitiva industria de la telefonía móvil en Estados Unidos, por detrás de Cingular Wireless y Verizon.

Muchos analistas<sup>38</sup> han atribuido esta operación a un afán de supervivencia de las empresas en un entorno cada vez más difícil y competitivo, debido al liderazgo que tienen las dos mayores compañías del sector, que combinan su presencia en la telefonía fija con la celular, lo que les da un gran valor añadido.

Por otro lado tenemos a América Móvil (empresa móvil del grupo Telmex), una de las 10 mayores compañías de telefonía móvil en el mundo, con 61 millones de clientes de servicios celulares, y batalla con Telefónica por el control del mercado latinoamericano, tras la salida de algunas empresas de Estados Unidos.

De lo que se desprende que, aún en mercados desarrollados —en los cuales la teledensidad alcanza el 90% de usuarios móviles— las operaciones de fusión y concentración forman parte de su proceso de desarrollo; escenario del cual no es ajeno el Perú.

### III. CONSIDERACIONES FINALES

Los argumentos expuestos, nos llevan a estimar que la solicitud de transferencia de las concesiones presentada, no estaría incurso en alguna causal prevista en la normativa vigente, para su denegatoria.

En efecto, como hemos visto, la aprobación de la transferencia de las concesiones de los servicios portador de larga distancia nacional e internacional y del servicio de buscaperonas, no generaría impacto alguno en estos mercados, dado que no alteraría la participación de mercado que tiene hasta la fecha Telefónica Móviles y no configuraría tampoco una posición de dominio respecto al espectro radioeléctrico asignado.

Tratándose del servicio móvil, la aprobación de la transferencia solicitada tiene sus propias connotaciones. Esta aprobación generaría que las participaciones de Telefónica Móviles más Comunicaciones Móviles, medidas en términos de usuarios del servicio, se incrementen de 52% a 68.5%. No obstante, este incremento de participación de la empresa absorbente en el mercado no constituye per se razón suficiente, para denegarla.

Menos aún, si consideramos que la fusión presentada en el Perú no responde a una situación particular sino a una operación comercial internacional con incidencia tanto en el mercado peruano como en otros países de la región. BellSouth Corporation decidió concentrar sus inversiones en el mercado de Estados Unidos y por ello, vendió todas sus operaciones en América Latina, que incluye además de Perú, Argentina,

Chile, Ecuador, Colombia, Guatemala, Nicaragua, Panamá, Uruguay y Venezuela.

No obstante, dadas las características peculiares de la industria que hemos tenido oportunidad de detallar —altas barreras a la entrada que inhibirían el ingreso de potenciales competidores— y las connotaciones que tendría esta operación en el mercado peruano, donde la empresa absorbente tendría la más alta participación de mercado a nivel regional y concentraría el 100% de la banda más eficiente para la prestación del servicio móvil, vulnerando el marco legal vigente; es necesario adoptar ciertas salvaguardas competitivas para cautelar el normal desenvolvimiento de este mercado.

Asimismo a fin de garantizar que las eficiencias que se alcanzarían en virtud de la operación de concentración y/o la aprobación de la transferencia solicitada, se trasladen en un mediano plazo a los usuarios, se ha considerado conveniente establecer ciertas condiciones que promuevan el acceso universal a estos servicios. Así tenemos:

#### 1. Sobre el espectro radioeléctrico

A efectos de preservar la competencia actual y potencial en el mercado de servicios móviles, se deberá condicionar la aprobación de la transferencia solicitada a que la empresa resultante se comprometa a devolver al Ministerio 25 MHz de la banda de 800 MHz que constituye un insumo estratégico, para permitir su asignación a otro operador con el que competiría en igualdad de condiciones.

Si Comunicaciones Móviles no devolviera al Estado alguna de estas bandas (A o B, según los contratos), correspondería resolver de pleno derecho la concesión o concesiones del servicio de telefonía móvil de esta empresa.

Asimismo, a fin de evitar que los usuarios de las empresas involucradas en la transferencia se vean perjudicados, se deberá disponer la migración a otra banda de espectro donde exista disponibilidad, pero que no coloque a la empresa en una situación de ventaja frente a otros operadores.

La figura jurídica aplicable al presente caso, es la prevista en el inciso 1º del artículo 224º del Reglamento General, que señala que el Ministerio podrá modificar de oficio una frecuencia asignada, procurando no afectar derechos, cuando lo exija el interés público.

El interés público consiste en la utilidad, conveniencia o bien de los más ante los menos, de la sociedad ante los particulares, del Estado sobre los súbditos.<sup>39</sup>

En igual sentido, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en una sentencia señalando que:

*"11. El interés público tiene que ver con aquello que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa."*

<sup>38</sup> El Comercio / Economía / Jueves, 16 de Diciembre de 2004

<sup>39</sup> CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Lima, 1989. Cultural Cuzco S.A. Editores. Pág. 165.

*La administración estatal, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, asume el cumplimiento de los fines del Estado teniendo en cuenta la pronta y eficaz satisfacción del interés público.<sup>40</sup>*

Entonces, siendo interés del Estado el desarrollo de las telecomunicaciones en un marco de libre competencia y preservarla a largo plazo con los beneficios que de ello se derivan para los usuarios, resulta pertinente y arreglado a ley, exigir a Comunicaciones Móviles como condición para aprobar la transferencia que devuelva 25 MHz de la banda de 800 MHz. Para tal efecto, el artículo 224º del Reglamento General dispone que el Ministerio establecerá los términos y condiciones en los que se efectuarán los procesos de migración de bandas y frecuencias.

#### **Sobre el plazo para la devolución del espectro**

Es conveniente tener en cuenta que la devolución de una de las bandas del espectro que tendría Comunicaciones Móviles no puede ser inmediata, puesto que se afectaría la continuidad del servicio y perjudicaría a los usuarios, violando sus contratos suscritos con el operador y en general, perjudicando el desarrollo de las telecomunicaciones en el país.

De acuerdo a la información obtenida de Comunicaciones Móviles, mediante carta C.036-2005/VPAR del 18 de enero de 2005, se tendría que debido a la menor cantidad de abonados de esta empresa, es más probable que la banda que se devuelva sea la que viene utilizando (Banda B). En tal caso, los abonados analógicos no tendrían inconveniente técnico para pasar de la banda B hacia la banda A de 800 MHz, o viceversa.

Para ello será necesario programar el equipo terminal así como las centrales de conmutación. Los abonados de tecnología CDMA de la red de Comunicaciones Móviles podrán ser atendidos por la red CDMA de Telefónica Móviles previa reprogramación de las terminales y su registro en la Red que le brindará el servicio. Solamente los abonados con terminales TDMA (que suman 458,787) son los que tendrían que reemplazar sus actuales terminales; en tal sentido, para no perjudicarlos se tendría que prever un plazo razonable que contemple esta migración. Además, dentro de dicho plazo Comunicaciones Móviles deberá habilitar su red.

Respecto al plazo de migración, Chile estableció un plazo de 18 meses para desocupar una de las bandas de 800 MHz y transferirla a un tercero; sin embargo en dicho país -a diferencia del Perú- las empresas involucradas en la fusión contaban solo con un tipo de tecnología -TDMA- en la banda de 800 MHz. Por este motivo se considera conveniente otorgar en el Perú, un plazo prudencialmente mayor que llegaría hasta los 24 meses para la desocupación total de la banda.

#### **2. Sobre el traslado de parte de las eficiencias a los usuarios: Obligación de expansión de los servicios**

Resulta conveniente que la empresa que asumiría la titularidad de las concesiones de Telefónica Móviles, como parte del proceso de integración, se comprometa a prestar el servicio en localidades no atendidas, a fin que parte de las eficiencias que alcanzaría con dicha fusión se vean reflejadas a corto plazo en la población; considerando además que parte de la infraestructura que sería reubicada serviría para ampliar la cobertura del servicio a nuevas localidades.

En tal sentido, Comunicaciones Móviles se deberá comprometer como condición para aprobar la transferencia solicitada, a ampliar la cobertura del servicio a 2,000 localidades que actualmente no cuentan con servicio o cuentan con éste de manera deficitaria, en un plazo de hasta tres (3) años.

Asimismo, en la medida que la atención de las citadas localidades respondería a algunos de los beneficios que se obtendría como resultado de la integración, no es

conveniente que para el cumplimiento de esta obligación se utilice los recursos del Fondo de Inversión en Telecomunicaciones (FITEL), a que se refiere en el artículo 246-A del Reglamento General de la Ley.

Esta condición para aprobar la transferencia guarda perfecta lógica con los principios y lineamientos de política que inspiran el desarrollo de los servicios de telecomunicaciones en el Perú. En efecto, el principio de servicio con equidad previsto en el artículo 9º del acotado texto legal, establece que se promoverá la integración de los lugares más apartados de los centros urbanos.

Asimismo, los "Lineamientos de Políticas para promover un mayor acceso a los servicios de telecomunicaciones en áreas rurales y lugares de preferente interés social" aprobados por Decreto Supremo N° 048-2003-MTC, disponen que el acceso a las TICs y el desarrollo de las telecomunicaciones tiene un carácter prioritario en la política general del Estado, tanto por su alto contenido social como por sus efectos multiplicadores para impulsar el desarrollo socio-económico del país y la mayor integración de la población a la sociedad global de la información y del conocimiento.

Finalmente con el fin de asegurar el cumplimiento de estas obligaciones es conveniente contemplar en la adenda de los contratos a suscribirse, una penalidad equivalente a 50 UITs por cada localidad no atendida.

#### **3. Sobre las prácticas reiteradas de violación a normas de libre competencia**

Dado el nivel de concentración que se generaría en el mercado de servicios móviles, resultado de la transferencia de las concesiones solicitadas, en aplicación de los artículos 2º y 6º de la Ley, que disponen que el desarrollo de las telecomunicaciones debe realizarse en un marco de libre competencia; resulta conveniente prever la adopción de ciertas medidas que desincentiven a Comunicaciones Móviles a incurrir en prácticas de violación a las normas de libre competencia.

En esta línea, se considera conveniente prever que el Ministerio resolvería de pleno derecho el o los contratos de concesión del servicio de telefonía móvil de Comunicaciones Móviles, si la empresa fuera objeto de sanción por infracción de las normas de libre competencia que cuente con resolución judicial consentida o ejecutoriada, de ser el caso:

- a) Por la comisión de 5 infracciones durante el plazo que resta de su o sus concesiones o por la comisión de 2 o más infracciones en el lapso de 1 año, contados a partir de la suscripción de la adenda, de las normas de libre competencia que sancionan el abuso de posición de dominio en el mercado tales como subsidios cruzados, precios comprimidos, precios predatorios, discriminación de precios y condiciones, cláusula de atadura y empaquetamiento de ofertas y/o negativa injustificada a contratar<sup>41</sup>; y

<sup>40</sup> Expediente N° 00990-2004-AA-TTC. Lima. Sentencia del Tribunal Constitucional. Recurso Extraordinario interpuesto por don Juan Carlos Callegari Henao contra la sentencia expedida por la 1ª Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 283, de fecha 25 de julio de 2003, que declaró improcedente la Acción de Amparo de autos.

<sup>41</sup> Se entenderá cumplido este supuesto, si la empresa indistintamente es sancionada por la comisión reiterada de una misma infracción o por la comisión de distintas infracciones.

- b) Siempre que, según Osiptel, en pronunciamiento expreso, de oficio o a pedido del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, señale que dichos actos implican una grave afectación a la competencia en el mercado de los servicios móviles.

Esta disposición constituye una condición resolutoria, que de no cumplirse, acarrearía automáticamente la resolución del contrato o los contratos de concesión de telefonía móvil suscritos entre la empresa y el Estado Peruano.

#### 4. Sobre las tarifas "on net"

El mercado móvil ha estado caracterizado porque sus tarifas no han sido reguladas, sino únicamente supervisadas. Sin embargo, atendiendo al grado de concentración que se alcanzaría en el mercado móvil y la posibilidad que la empresa absorbente establezca tarifas diferenciadas para las llamadas entre sus usuarios ("on net") y las llamadas a otros operadores ("off net") afectando a la competencia por tener la red más grande de usuarios; es necesario adoptar ciertas medidas para cautelar el normal desenvolvimiento de este mercado.

Al respecto, OSIPTEL en respuesta a una consulta del Ministerio<sup>42</sup> sobre la propuesta de TIM Perú de regular las tarifas on net del operador dominante, manifestó que "... se encuentra realizando una evaluación integral del mercado y de todos los servicios provistos por las empresas participantes en el mercado para promover medidas que reduzcan las barreras de acceso al mercado y permitan garantizar una mayor competencia en el mercado de los servicios móviles..."

Inclusive Telefónica Móviles en carta dirigida al Ministerio<sup>43</sup> ha manifestado que conciente de las preocupaciones de otros operadores del mercado de telefonía móvil de que la fusión pudiera generar cambios importantes en las actuales condiciones del mercado; expresaba su compromiso de no aplicar las tarifas on net entre ambas compañías en tanto dure este proceso.

Por lo expuesto, se propone prohibir a Comunicaciones Móviles comercializar tarifas o planes que incluyan tarifas on net (en la misma red) para las llamadas desde y hacia la ex red de Telefónica Móviles, en tanto OSIPTEL no se pronuncie sobre este tema y fije el cargo de terminación de redes móviles, cuyo proceso fue iniciado mediante Resolución N° 052-2004-CD/OSIPTEL. Para tal efecto, Comunicaciones Móviles deberá contar con registros adecuados para la verificación por parte de OSIPTEL del cumplimiento de lo dispuesto en la presente Resolución.

El incumplimiento de esta obligación genera que el o los contratos de concesión de Comunicaciones Móviles para la prestación del servicio de telefonía móvil, queden resueltos de pleno derecho, sin perjuicio que el Ministerio lo formalice mediante Resolución Administrativa.

#### 5. Sobre el cargo de interconexión tope por terminación de llamadas en las redes de los servicios móviles

La interconexión entendida como el conjunto de acuerdos y reglas que tiene por objeto que los usuarios de los servicios de telecomunicaciones de un operador puedan comunicarse con los usuarios de otro operador, es considerada por nuestra legislación como de interés público por cuanto constituye un elemento clave para la competencia.

Actualmente los cargos de terminación de llamada para comunicaciones locales entre teléfonos móviles de diferentes operadoras, son establecidos libremente por las partes. Sin embargo, por Resolución N° 052-2004-CD/OSIPTEL publicada el 4 de julio de 2004, OSIPTEL dio inicio al procedimiento de oficio para la fijación del cargo o los cargos de interconexión tope por terminación de llamadas en las redes de los servicios móviles.

Posteriormente frente a un requerimiento del Ministerio respecto del caso en mención, OSIPTEL manifiesta que<sup>44</sup> "...se encuentra a la espera de información, la cual resulta de vital importancia para determinar el (los) cargo (s) de terminación en las redes móviles, pues la normativa establece como primera opción, que los cargos de interconexión sean determinados sobre la base de información de costos proporcionados por las empresas; quedando como opciones adicionales la de la comparación internacional y, complementariamente, la simulación de una empresa eficiente que recoja los parámetros de la realidad peruana". Asimismo se señala que entre las medidas que se viene evaluando están el establecimiento de un cargo único para redes móviles, cargo tope para empresa dominante, cargo tope variable por cobertura, entre otras alternativas.

Dado que de aprobarse la transferencia de la concesión, Comunicaciones Móviles ostentaría una mayor participación de mercado, lo cual podría disminuir el nivel de competencia preexistente; es conveniente que OSIPTEL culmine en el más breve plazo, el procedimiento de fijación del cargo de terminación en redes móviles, debiendo dictar las normas necesarias para su implementación.

#### 6. Sobre la tutela de los derechos de los usuarios

A fin de velar por los intereses de los usuarios que potencialmente podrían verse afectados como resultado de la transferencia, es conveniente que éstos cuenten con las facilidades necesarias en caso opten por cambiar de operador. Asimismo, una vez aprobada la transferencia, Comunicaciones Móviles deberá comunicar de tal hecho a todos sus usuarios a fin de que puedan optar por cambiarse de operador.

Al respecto, OSIPTEL mediante Resolución N° 018-2005-CD/OSIPTEL del 19 de marzo de 2005 ha incorporado el artículo 21<sup>a</sup>-A a las Condiciones de uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, estableciendo la obligación a cargo de la empresa operadora a la que le ha sido resuelto el contrato de abonado (del servicio de telefonía fija o de los servicios públicos móviles), de informar a través de una locución hablada acerca del nuevo número telefónico. La norma establece expresamente, la imposibilidad por parte de las empresas operadoras de cobrar a los usuarios llamantes por la información brindada a través del servicio de locución<sup>45</sup>.

#### 7. Sobre la continuidad del servicio de telefonía fija de abonados y teléfonos públicos

Comunicaciones Móviles además del servicio de telefonía móvil en la modalidad de abonados brinda la modalidad de teléfonos públicos y el servicios de telefonía fija en la modalidad de abonados (inalámbrico); contan-

42 Mediante Carta C.507-PD-GRE-GPR/2004.

43 Carta TIM - 925-A-676-04 del 29 de octubre de 2004.

44 Carta C.507-PD-GRE-GPR/2004 del 22 de noviembre de 2004.

45 De acuerdo a la Disposición Transitoria Única, esta norma entrará en vigencia a partir del 30 de mayo de 2005, para las empresas operadoras que prestan servicios públicos móviles.

do en Lima y Callao (a diciembre 2004) con 65,383 abonados de telefonía fija y 7,235 líneas en servicio de telefonía pública.

En tal sentido, a fin de mantener la continuidad del servicio sin afectar a sus usuarios, y seguir expandiéndolo es necesario dejar expresamente establecido que Comunicaciones Móviles como tal, deberá continuar prestando estos servicios otorgados en concesión mediante Resolución N° 243-99-MTC/15.03 y N° 440-91-TC/15.17 (transferida de Radio Tele mediante Resolución Ministerial N° 850-2001-MTC/15.03).

Cabe mencionar que mediante carta TM-925-A-081-05 del 31 de enero del presente año, Telefónica Móviles manifestó que en los 24 departamentos del país sus centrales pueden brindar servicio a terminales con AMPS y NAMPS, con lo que podemos entender que no tiene ningún inconveniente técnico para atender a los usuarios de teléfonos públicos y abonados de teléfonos domiciliarios inalámbricos de Comunicaciones Móviles.

**8. Sobre la adecuación de los contratos de concesión suscritos con el Ministerio**

Telefónica Móviles y Comunicaciones Móviles tienen sendos contratos de concesión suscritos con el Ministerio para prestar diversos servicios públicos de telecomunicaciones. Así, una vez aprobada la transferencia existirían vigentes cuatro (4) contratos de telefonía móvil, tres (3) contratos de larga distancia y dos (2) contratos de buscapersonas.

Con el fin de facilitar la labor de supervisión de parte del Ministerio y OSIPTEL, resulta conveniente aprobar la transferencia condicionada a que Comunicaciones Móviles solicite la adecuación de sus contratos.

**9. Sobre el uso eficiente de la infraestructura que no será empleada**

Teniendo en cuenta que las dos empresas involucradas unificarían sus redes para continuar prestando sus servicios con el fin de aprovechar las sinergias resultantes, es probable que varias de las estaciones que actualmente vienen operando sean desactivadas y los equipos desmontados.

En ese sentido, con el fin de promover el uso eficiente de la infraestructura y el espacio público, la empresa titular de las concesiones deberá comunicar al Ministerio, la infraestructura que no va a utilizar a fin de que se publique dicha información para conocimiento de los interesados, quienes podrían mediante acuerdos comerciales utilizar dichas estaciones.

**10. Sobre la transferencia del recurso numérico**

La solicitud de transferencia presentada involucra también los derechos relacionados a las concesiones otorgadas tanto a Telefónica Móviles como a Comunicaciones Móviles; por lo que de conformidad con el Reglamento de Gestión y Supervisión de la Numeración de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones<sup>46</sup>, de aprobarse la transferencia de la concesión, el adquiriente asumiría automáticamente la titularidad del recurso numérico.

Sin embargo, es conveniente dejar establecido que conforme al artículo 24° del citado Reglamento, el Ministerio a través de los órganos competentes, debe supervisar el cumplimiento de las obligaciones que han sido también transferidas (tales como, usar el recurso numérico asignado de acuerdo a la resolución de autorización y poner a disposición de la Dirección de Control el registro de los números asignados), pudiendo dejar si efecto, inclusive, la numeración asignada e iniciar el procedimiento administrativo sancionador si corresponde.

**11. Sobre la portabilidad numérica**

Mediante Resolución Ministerial N° 104-2005-MTC/03 se ha constituido la Comisión integrada por representantes del Ministerio y OSIPTEL, la cual se encargará de

definir las responsabilidades y obligaciones de cada uno de los agentes involucrados en la implementación de la Portabilidad Numérica en el país, estableciendo la normativa, acciones necesarias así como el cronograma correspondiente.

El Ministerio y el OSIPTEL a través de la Comisión Mixta conformada para definir las responsabilidades y obligaciones de cada uno de los agentes involucrados en la implementación de la Portabilidad Numérica en el país, establecerá la normativa, acciones necesarias, así como el cronograma correspondiente.

Dada la situación actual del mercado y las ventajas de la portabilidad numérica para los usuarios, Comunicaciones Móviles del Perú S.A. implementará la portabilidad numérica en el plazo y condiciones que establezca el Ministerio en la norma correspondiente. El incumplimiento de esta obligación acarreará una penalidad equivalente a trescientas cincuenta (350) UITs, sin perjuicio de las sanciones que establezca la mencionada norma. Esta penalidad se justifica en que Comunicaciones Móviles tendría la mayor red de usuarios y por ello la implementación de la portabilidad en su red es vital para el éxito de este mecanismo y que se reflejen los beneficios en los usuarios.

**12. Sobre el rol del OSIPTEL en los temas de libre competencia y derechos de los usuarios**

En un mercado tan dinámico como el de las telecomunicaciones, donde las inversiones se convierten en uno de los factores principales de desarrollo de los servicios, es importante el pronunciamiento oportuno del organismo regulador, pues ello contribuirá a formar un ambiente de estabilidad y seguridad, lo que reforzará la toma de decisiones, consolidará la competencia del mercado y beneficiará a los usuarios.

En tal sentido, resulta necesario que OSIPTEL realice un estudio detallado de la situación del mercado de los servicios móviles para que los actores tengan reglas claras y estables, que otorguen seguridad jurídica, en el nuevo contexto surgido. Asimismo, deberá actuar de manera vigilante, monitoreando permanentemente las conductas de las empresas proveedoras de los servicios de telecomunicaciones, realizando constantemente labores de supervisión, de oficio o a pedido de parte, de manera especial en el mercado de los servicios móviles, con el fin de tomar las medidas convenientes para prevenir, corregir y/o sancionar todos aquellos actos que constituyan infracciones a la libre competencia o a los derechos de los usuarios.

**13. Sobre el rol del Ministerio**

Corresponde al Ministerio dictar las políticas para fomentar la libre competencia en dicho mercado. En tal sentido, el Ministerio deberá seguir evaluando el desarrollo del mercado, pudiendo dictar de ser el caso, las políticas que sean necesarias para promover la competencia.

<sup>46</sup> Aprobado por Decreto Supremo N° 021-2004-MTC.

Mediante Informe N° 043-2005-MTC/03.01, la Secretaría de Comunicaciones realiza una evaluación técnico-económico-legal de la solicitud de transferencia presentada, concluyendo en su procedencia sujeta a ciertas condiciones de política;

Mediante Informe N° 177-2005-MTC/17.01.ssp, del 6 de abril de 2005, la Dirección de Concesiones y Autorizaciones de Telecomunicaciones, de la Dirección General de Gestión de Telecomunicaciones, opina que es procedente la solicitud formulada por Telefónica Móviles respecto a los servicios de buscapersonas y portadores larga distancia nacional e internacional; en relación a la transferencia de las concesiones para la prestación del servicio de telefonía móvil, ésta debe ser condicionada a fin de cumplir con la normativa vigente;

Con la opinión favorable del Director General de Gestión de Telecomunicaciones;

#### SE RESUELVE:

**Artículo 1°.-** Aprobar la transferencia de las concesiones otorgadas a Telefónica Móviles S.A.C. por Resoluciones Ministeriales N°s 612-92-TCC/15.17, 068-96-MTC/15.17 y 582-2001-MTC/15.03, para la prestación de los servicios públicos de Buscapersonas y Portadores de Larga Distancia Nacional e Internacional a favor de Comunicaciones Móviles del Perú S.A.

**Artículo 2°.-** Aprobar la transferencia de las concesiones otorgadas a Telefónica Móviles S.A.C. por Resoluciones Ministeriales N°s. 373-91-TC/15.17 y 055-92-TC/15.17, para la prestación del servicio público de Telefonía Móvil a favor de Comunicaciones Móviles del Perú S.A., bajo las siguientes condiciones:

1. Comunicaciones Móviles del Perú S.A. devolverá al Ministerio dentro del plazo de hasta veinticuatro (24) meses improrrogables contados desde la fecha de suscripción de la Addenda a que se refiere el artículo 6° de la presente resolución, una de las bandas de 25 MHz correspondientes a la Banda de 800 MHz (Banda "A" o "B" según los contratos de concesión aprobados por Resoluciones Ministeriales N°s. 373-91-TC/15.17 y 055-92-TC/15.17 (Banda A) y N°s. 440-91-TC/15.17 y 250-98-MTC/15.03 (Banda B)).

La reversión al Estado de una de las bandas de 800 MHz, se efectuará conforme al cronograma de devolución y migración que el Ministerio a través del órgano competente apruebe, a fin de no afectar el derecho de los usuarios de Comunicaciones Móviles a la continuidad del servicio.

Dicha migración se llevará a cabo de acuerdo a los siguientes términos:

- A una banda atribuida a los servicios públicos móviles que no otorgue a la empresa ventaja competitiva sobre sus competidores actuales y/o potenciales
- En la oportunidad y en igual proporción en que revierta al Estado una de las bandas de 800 MHz asignada.

Asimismo, será obligación a cargo de la empresa invertir en la implementación de una red en la nueva banda a asignarse, que le permita atender a sus usuarios migrados, en los términos de calidad exigidos por OSIPTEL y obtener la aprobación por parte del Ministerio, de sus metas de uso del espectro radioeléctrico para verificar su uso eficiente.

Los costos en que tuviera que incurrir Comunicaciones Móviles por esta migración, no podrán ser trasladados a los usuarios.

En caso de incumplimiento de los plazos y condiciones establecidos por el Ministerio en el cronograma de devolución y migración a que se refiere los párrafos precedentes, el o los contratos de concesión de Comunicaciones Móviles para la prestación del servicio de telefonía móvil, quedarán resueltos de pleno derecho, sin perjuicio que el Ministerio lo formalice mediante resolución administrativa.

2. Comunicaciones Móviles del Perú S.A. operará en el mercado observando las normas de libre y leal competencia, siendo por ello que no podrá ser objeto de sanción por infracción de las normas de libre competencia que cuente con resolución judicial consentida o ejecutoriada, de ser el caso:

a) Por la comisión de 5 infracciones durante el plazo que resta de su o sus concesiones o, por la comisión de 2 o más infracciones en el lapso de 1 año, contados a partir de la suscripción de la addenda; de las normas de libre competencia que sancionan el abuso de posición de dominio en el mercado tales como subsidios cruzados, precios comprimidos, precios predatorios, discriminación de precios y condiciones, cláusula de atadura y empaquetamiento de ofertas y/o negativa injustificada a contratar<sup>47</sup>; y

b) Siempre que, según OSIPTEL, en pronunciamiento expreso, de oficio o a pedido del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, señale que dichos actos implican una grave afectación a la competencia en el mercado de los servicios móviles.

De configurarse este supuesto, el o los contratos de concesión de Comunicaciones Móviles para la prestación del servicio de telefonía móvil, quedarán resueltos de pleno derecho con la notificación de la resolución judicial firme, si fuera el caso y siempre que se cuente con el pronunciamiento a que se refiere el inciso b), sin perjuicio que el Ministerio lo formalice mediante resolución administrativa.

La condición establecida en este numeral podrá ser modificada en el caso que OSIPTEL, como organismo encargado de vigilar la libre competencia en telecomunicaciones, emita pronunciamiento expreso y debidamente fundamentado declarando que Comunicaciones Móviles del Perú S.A. no ostenta posición dominante y/o participación mayoritaria en términos de abonados en el mercado de servicios móviles.

3. Comunicaciones Móviles del Perú S.A. ampliará la cobertura del servicio de telefonía móvil a 2,000 localidades que actualmente carezcan de este servicio o cuenten con él de manera deficiente, en un plazo máximo de hasta tres (3) años; como una medida destinada a garantizar que parte de las eficiencias que alcanzaría la empresa resultante de la operación de concentración y que se efectivizaría merced a la

<sup>47</sup> Se entenderá cumplido este supuesto, si la empresa indistintamente es sancionada por la comisión reiterada de una misma infracción o por la comisión de distintas infracciones.

aprobación de la transferencia de las concesiones, se trasladará a la población que actualmente no goza de este servicio, de acuerdo al anexo 1 de la Adenda a que se refiere el artículo 6 de la presente resolución.

Para el cumplimiento de esta obligación, la empresa no podrá utilizar los recursos del Fondo de Inversión en Telecomunicaciones (FITEI), a que se refiere el artículo 246<sup>a</sup>-A del Reglamento General de la Ley.

El incumplimiento de esta obligación acarreará una penalidad equivalente a cincuenta (50) UITs por cada localidad no atendida.

4. Comunicaciones Móviles del Perú S.A. no podrá comercializar tarifas o planes que incluyan precios distintos para las llamadas dentro de su red (on net) y las llamadas que terminen en otras redes móviles (off net) en tanto OSIPTEL no se pronuncie sobre este tema y además fije el o los cargos de terminación en redes móviles, cuyo proceso fue iniciado mediante Resolución N° 052-2004-CD/OSIPTEL publicada el 4 de julio del 2004. Para tal efecto, Comunicaciones Móviles deberá contar con registros adecuados para la verificación por parte de OSIPTEL, del cumplimiento de lo dispuesto en la presente resolución.

Este impedimento rige a partir de la vigencia de la presente resolución y no afectará los planes o los contratos suscritos por los usuarios con anterioridad a esta fecha.

En caso de incumplimiento de esta obligación el o los contratos de concesión de Comunicaciones Móviles para la prestación del servicio de telefonía móvil, quedarán resueltos de pleno derecho, sin perjuicio que el Ministerio lo formalice mediante Resolución Administrativa.

5. Comunicaciones Móviles del Perú S.A. informará a sus usuarios de la transferencia aprobada por el Ministerio a fin de garantizar su derecho a elegir al proveedor de servicios que mejor le convenga. Asimismo, en caso que sus abonados decidan resolver su contrato y contratar el servicio con otro operador, deberá informar a quien efectúe la llamada, acerca del nuevo número del abonado. OSIPTEL definirá las condiciones de esta obligación a cargo de la empresa, privilegiando los intereses de los abonados.

6. Comunicaciones Móviles del Perú S.A. implementará la portabilidad numérica en el plazo y condiciones que establezca el Ministerio en la norma correspondiente. El incumplimiento de esta obligación acarreará una penalidad equivalente a trescientas cincuenta (350) UITs, sin perjuicio de las sanciones que establezca la mencionada norma.

7. Comunicaciones Móviles del Perú S.A. continuará prestando el servicio de telefonía fija local en su red móvil, aprobado por Resolución Ministerial N° 243-99-MTC/15.03, en tanto esté vigente la concesión. Asimismo continuará prestando el servicio de telefonía móvil, en la modalidad de teléfonos públicos, aprobada por Resolución Ministerial N° 440-91-TC/15.17.

8. Comunicaciones Móviles del Perú S.A. solicitará al Ministerio la adecuación y/o unificación de sus contratos de concesión a las obligaciones que se establecen en virtud de la presente Resolución, según sea el caso, a fin de facilitar la supervisión y control por parte del Ministerio y OSIPTEL de los compromisos adquiridos por la empresa.

9. Comunicaciones Móviles del Perú S.A. informará al Ministerio, de acuerdo al cronograma de devolución y migración a que se refiere el numeral 1 del presente artículo, la infraestructura que no va a utilizar a fin que sea difundida a través de su página web para facilitar su uso por otros operadores. Esta medida promoverá el uso eficiente de dicha infraestructura y el espacio público, reduciendo las externalidades que su construcción genera para la sociedad.

**Artículo 4<sup>o</sup>.**- El Ministerio a través de los órganos competentes supervisará el cumplimiento de las obligaciones que han sido también transferidas, entre ellas la utilización eficiente del recurso numérico asignado, conforme al Reglamento de Gestión y Supervisión de la Numeración de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, pudiendo dejar sin efecto, inclusive, la numeración asignada e iniciar el procedimiento sancionador, de ser el caso. Asimismo, adoptará las políticas necesarias a fin de garantizar la correcta utilización de los recursos escasos y promover el desarrollo de las telecomunicaciones.

**Artículo 5<sup>o</sup>.**- El OSIPTEL deberá:

- Adoptar las acciones correspondientes a fin de verificar el cumplimiento de las obligaciones dispuestas en los artículos precedentes, según su competencia.
- Realizar un estudio integral de la situación del mercado de los servicios móviles para preservar y/o promover la libre competencia y el desarrollo de estos servicios, implementando las medidas correspondientes.
- Vigilar las conductas de las empresas proveedoras de los servicios de telecomunicaciones, de manera especial en el mercado de los servicios móviles, con el fin de tomar las medidas convenientes para prevenir, corregir y/o sancionar todos aquellos actos que constituyan infracciones a la libre competencia o a los derechos de los usuarios.

**Artículo 6<sup>o</sup>.**- Aprobar la Adenda a los contratos de concesión para la prestación de los servicios de buscapersonas, portadores de larga distancia nacional e internacional y telefonía móvil otorgados por las Resoluciones Ministeriales N°s. 612-92-TCC/15.17, 068-96-MTC/15.17, 582-2001-MTC/15.03, 373-91-TC/15.17 y 055-92-TC/15.17 y autorizar al Director General de Gestión de Telecomunicaciones su suscripción, en representación del Ministerio, así como, en caso cualquiera de las partes lo solicite, a firmar la elevación a Escritura Pública del referido contrato.

**Artículo 7<sup>o</sup>.**- La presente resolución quedará sin efecto de pleno derecho, sin perjuicio que el Ministerio emita el acto administrativo correspondiente, si la Adenda no es suscrita por Comunicaciones Móviles del Perú S.A. en el plazo máximo de sesenta (60) días hábiles computados a partir de la publicación de la presente resolución.

Para la suscripción de la Adenda, la empresa deberá cumplir previamente con:

- Presentar documento indubitable donde conste el acuerdo de transferencia de las concesiones suscrito por Telefónica Móviles S.A.C. y Comunicaciones Móviles del Perú S.A.
- Presentar el proyecto de cronograma de devolución del espectro a revertir, a que se refiere el numeral 1 del artículo 2<sup>o</sup> de la presente resolución.
- Presentar la solicitud de adecuación y/o unificación, a que se refiere el numeral 8 del artículo 2<sup>o</sup> de la presente resolución.

**Artículo 8<sup>o</sup>.**- Reconocer a Comunicaciones Móviles del Perú S.A. como titular de las concesiones otorgadas por las Resoluciones Ministeriales N°s. 612-92-TCC/15.17, 068-96-MTC/15.17, 582-2001-MTC/15.03, 373-91-TC/15.17 y 055-92-TC/15.17, a partir de la fecha de suscripción de la Adenda a que se refiere el artículo precedente.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

JUAN PACHECO ROMANÍ  
Viceministro de Comunicaciones

06935