A	:	SERGIO ENRIQUE CIFUENTES CASTAÑEDA **GERENTE GENERAL**
CC	:	RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ **PRESIDENTE DEL CONSEJO DIRECTIVO**
ASUNTO	:	COMENTARIOS AL PROYECTO DE DECRETO SUPREMO QUE APRUEBA LA NORMA QUE ESTABLECE LOS CRITERIOS GENERALES PARA LA TRAMITACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE RENOVACIÓN DE CONCESIONES DE SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES
FECHA	:	**24 de agosto de 2020**

	CARGO	NOMBRE
ELABORADO POR	Abogado Especialista en Temas Regulatorios	Pamela Lisett Cadillo La Torre
	Especialista en Políticas de Competencia	Pabel Camero Cusihuallpa
	Subgerente de Regulación	Marco Vilchez
REVISADO POR	Gerente de Políticas Regulatorias y Competencia	Lennin Quiso Cordova
APROBADO POR	Gerente de Asesoría Legal	Luis Alberto Arequipeño Támara

I. OBJETIVO

Mediante el presente informe se formulan comentarios al Proyecto de Decreto Supremo que aprueba la "Norma que establece los criterios generales para la tramitación de los procedimientos de renovación de concesiones de servicios públicos de telecomunicaciones y los métodos de evaluación del cumplimiento de obligaciones" (en adelante, el Proyecto del MTC), publicado mediante Resolución Ministerial Nº 450-2020-MTC/01.03.

II. ANTECEDENTES

1. El 26 de octubre de 2019 se publicó en el Diario Oficial El Peruano la Resolución Ministerial N° 978-2019-MTC/01.03, que publica para comentarios el Proyecto de Decreto Supremo que aprueba la "Norma que establece los criterios generales para la tramitación de los procedimientos de renovación de concesiones de servicios públicos de telecomunicaciones y los métodos de evaluación del cumplimiento de obligaciones".

Asimismo, se otorgó el plazo de treinta (30) días calendario, contados a partir del día siguiente de la publicación de la referida resolución, a efectos de que los interesados puedan remitir sus opiniones, comentarios y/o sugerencias a la Dirección General de Políticas y Regulación en Comunicaciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC).

2. El 25 de noviembre de 2019, el OSIPTEL remitió al MTC el **Informe N° 0259-GAL/2019**, que contiene los comentarios al precitado Proyecto publicado mediante R.M. N° 978-2019-MTC/01.03.

3. El 7 de agosto de 2020 se publicó en el Diario Oficial El Peruano la Resolución Ministerial N° 450-2020-MTC/01.03, que dispone la nueva publicación para comentarios del Proyecto de Decreto Supremo que aprueba la "Norma que establece los criterios generales para la tramitación de los procedimientos de renovación de concesiones de servicios públicos de telecomunicaciones y los métodos de evaluación del cumplimiento de obligaciones".

Asimismo, se otorgó el plazo de quince (15) días calendario, contados a partir del día siguiente de la publicación de la referida resolución, a efectos de que los interesados puedan remitir sus opiniones, comentarios y/o sugerencias; por lo que dicho plazo vence el 24 de agosto de 2020 ([1]).

III. ANÁLISIS

3.1 COMENTARIOS GENERALES

Mediante **Informes Nº 00062-GPRC/2019 y Nº 00092-GPRC/2019**, remitidos al MTC con Carta C.00392-GG/2019 y Carta C.00566-GG/2019 respectivamente, se propuso una nueva metodología de evaluación que buscaba reflejar adecuadamente el comportamiento infractor de las empresas concesionarias, generar predictibilidad sobre los plazos de renovación y establecer un tratamiento metodológico consistente y objetivo.

[1] Si bien los 15 días calendario vencerían el 22 de agosto de 2020, dado que dicho día es inhábil, corresponde su prórroga al primer día hábil siguiente, acorde a lo establecido en el Num. 145.2, Art. 145 del TUO de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG).

El nuevo proyecto elaborado por el MTC tampoco recoge de manera integral la metodología propuesta por el OSIPTEL mediante los precitados Informes N° 00062-GPRC/2019 y N° 00092-GPRC/2019; e incluso introduce nuevos elementos que no están alineados a los objetivos de simplificar el procedimiento por lo que, sobre esa base, a continuación se formulan comentarios específicos a la metodología plantada por el MTC.

3.2 COMENTARIOS ESPECÍFICOS

- **Art. 9. Obligaciones evaluadas en el procedimiento de renovación de concesión**

A diferencia del proyecto anterior, el MTC introduce, en el numeral 1 y literal j del numeral 1 del artículo 9, como obligación a evaluar *"Otras obligaciones establecidas en el contrato de concesión cuya fiscalización y sanción sea competencia del MTC y otras entidades de la Administración Pública"*.

En la exposición de motivos se justifica la referida inclusión en el hecho que pueden existir diversas obligaciones establecidas en cláusulas de los Contratos de Concesión cuya competencia de supervisión y fiscalización está en manos de diversas entidades de la Administración Pública.

Al respecto, la nueva obligación que se quiere incorporar es bastante genérica y no genera predictibilidad, ya que podría confundirse con la obligación genérica *"Cumplimiento con las Leyes del Perú"* y generaría los mismos efectos que aquella.

Asimismo, se advierte que su inclusión es contraria al objetivo de lograr que la nueva metodología de evaluación sea sencilla y directa, pues implicará la necesidad de efectuar mayores indagaciones y acopio de información de todas las diversas entidades de la Administración Pública que podrían verse involucradas, con los consiguientes sobrecostos de tiempo y recursos.

En ese sentido, se recomienda no introducir obligaciones que no estén comprendidas dentro de la normativa sectorial, o que no correspondan a las que están expresamente señaladas en el contrato de concesión sujeto a evaluación; siendo además que en ninguna parte del Proyecto se precisan los criterios para determinar cuáles serían esas "*otras entidades de la Administración Pública"*, ni los procedimientos y plazos que se aplicarían para obtener la información de los incumplimientos sancionados por ellas.

Más aún, cabe resaltar que el literal b del numeral 5.03 del vigente Contrato Tipo de Concesión Única (R.M. N° 568-2007-MTC/03 y modificatorias), establece que para el informe de evaluación que elabora el OSIPTEL, se evalúa en qué medida la empresa, durante el plazo de la concesión, ha cumplido con:

(i) Las obligaciones de pago establecidas en el Reglamento General y el Reglamento de OSIPTEL;
(ii) Las condiciones esenciales y reglas de libre y leal competencia establecidas en el presente Contrato;
(iii) Los Mandatos y Reglamentos emitidos por OSIPTEL; y,
(iv) La prestación del (de los) SERVICIO(S) REGISTRADO(S), conforme al presente Contrato, la Ley de Telecomunicaciones, el Reglamento General y demás normas aplicables referidas a telecomunicaciones.

Es decir, en las condiciones para la renovación de los contratos de concesión no se ha estipulado la evaluación de otras normas que no sean del sector telecomunicaciones, salvo excepciones previstas en determinados contratos de concesión más antiguos. Por lo tanto, en la mayoría de casos el incumplimiento de las obligaciones cuya fiscalización y sanción sea competencia de otras entidades de la Administración Pública, no podría ser considerada en la evaluación, acorde a los Contratos de Concesión ya suscritos.

- **Art. 10. Métodos para evaluar el cumplimiento de obligaciones en el procedimiento de renovación de concesión**

En el Proyecto se prevé que el OSIPTEL deba informar al MTC cuál de los métodos (Método Regular o Simplificado) es el aplicable al contrato de concesión antes de iniciar su evaluación.

Al respecto, se considera que no es necesario ni eficiente que el OSIPTEL tenga que determinar el método aplicable, en la medida que el MTC puede determinarlo por sí solo, en base a la información que dispone, pues tiene pleno conocimiento de primera fuente si la empresa cuenta o no con espectro radioeléctrico asignado, o si la empresa ha cumplido con sus obligaciones económicas ante el FITEL y con el Ministerio. Asimismo, la información histórica de ingresos de las empresas concesionarias se encuentra disponible en la plataforma informática “PUNKU” del OSIPTEL, que es de acceso público (https://punku.osiptel.gob.pe/).

Cabe precisar que, de no considerarse lo señalado, se generarían trámites administrativos innecesarios, que en la práctica desencadenarían que el plazo de 5 días hábiles no sea suficiente, toda vez que se tendría que requerir información bajo el propio control del MTC.

Por otro lado, en el numeral 10.2 del proyecto se señala que en el plazo de 5 días hábiles, el OSIPTEL le va a requerir al MTC información y precisiones para iniciar la evaluación respectiva. Al respecto, esto último iría en contra de la eficiencia administrativa que busca el Proyecto, ya que el MTC está planteando que el OSIPTEL le requiera información que bien podría remitir al momento de solicitar la elaboración del Informe de Evaluación.

En tal sentido, consideramos que el MTC es la autoridad que, al momento de solicitar al OSIPTEL la evaluación correspondiente, debe determinar el método de evaluación aplicable, y además debe remitir de oficio toda la información necesaria requerida para la emisión del Informe de Evaluación correspondiente.

- **Art. 11. Criterios para determinar el método de evaluación aplicable**

Se reitera que es el MTC la autoridad que debe determinar el método de evaluación aplicable, pues cuenta con la información completa sobre los dos únicos criterios previstos para ello.

Asimismo, el texto propuesto en este artículo sobre los criterios a considerar para la aplicación de un método u otro resulta confuso, por lo que se requiere mejorarlo aclarando cuándo aplica el método simplificado.

Adicionalmente, respecto al numeral 11.6 del artículo 11, se debe precisar cuáles son las obligaciones económicas a las que se hace referencia, de tal manera que la metodología sea lo suficientemente clara y no genere ambigüedad en su aplicación.

Así, no queda claro si se refiere a obligaciones de pago de canon, tasa por explotación comercial del servicio, aporte por regulación y aporte al FITEL o se refiere también a obligaciones derivadas de las sanciones de multas administrativas impuestas, o ambas. Asimismo, se recomienda precisar que se trate de obligaciones económicas pendientes únicamente ante el MTC y/o el OSIPTEL.

En ese sentido, se proponen las siguientes mejoras al texto de este artículo:

"Artículo 11.- Método de evaluación aplicable
11.1 Los métodos de evaluación del cumplimiento de obligaciones que corresponden ser aplicados en los procedimientos de renovación de concesiones, son:

11.1.1 Método de Evaluación Regular: *Se aplica en cualquiera de los siguientes supuestos:*

a) Los ingresos económicos anuales percibidos por la empresa concesionaria o por el grupo económico al cual pertenece, según corresponda, son iguales o superiores al 1% del total de ingresos generados en conjunto con todos los operadores del mercado de servicios públicos de telecomunicaciones. En este caso, el contrato de concesión cuya renovación es materia de evaluación puede contar o no con asignación de espectro radioeléctrico.

Para estos efectos, el significado de grupo económico es aquél que se le asigna en el Reglamento de propiedad indirecta, vinculación y grupos económicos, aprobado por Resolución SMV N° 019-2015-SMV-01, y las nuevas Normas Especiales sobre Vinculación y Grupo Económico, aprobadas por Resolución SBS N° 5780-2015.

Por ingresos económicos anuales, se considera todos los ingresos generados por la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones que la empresa concesionaria o el grupo económico al cual pertenece, según corresponda, hayan percibido en el ejercicio anual inmediatamente anterior al año de presentación de la solicitud de renovación o, de no contarse aún con esa información, en el ejercicio anual anterior a éste, sin considerar el Impuesto General a las Ventas.

b) Los ingresos económicos anuales percibidos por la empresa concesionaria o por el grupo económico al cual pertenece, según corresponda, son menores al 1% del total de ingresos generados en conjunto con todos los operadores, del mercado de servicios públicos de telecomunicaciones y siempre que el contrato de concesión cuya renovación es materia de evaluación cuente con asignación de espectro radioeléctrico.

11.1.2 Método de Evaluación Simplificado: *Se aplica cuando se presenta de manera conjunta los siguientes supuestos:*

a) *Los ingresos económicos anuales percibidos por la empresa concesionaria o por el grupo económico al cual pertenece, según corresponda, son menores al 1% del total de ingresos generados en conjunto con todos los operadores del mercado de servicios públicos de telecomunicaciones;*

b) *El contrato de concesión cuya renovación es materia de evaluación no cuenta con asignación de espectro radioeléctrico, y;*

c) *La empresa concesionaria no registre obligaciones económicas, con el MTC y/o el OSIPTEL cuestionadas o no, en sede administrativa, judicial o arbitral, derivadas de obligaciones pago correspondientes a los conceptos de aporte por regulación, tasa anual por explotación comercial y/o aporte al Fondo de Inversión en Telecomunicaciones (FITEL), así como aquellas derivadas de la imposición de sanciones administrativas, debiendo acreditar cuando presente su renovación esta situación con los documentos que acrediten los pagos respectivos, la aceptación de desistimientos de ser el caso u otros, de lo contrario se aplica el Método de Evaluación Regular. En caso de pagos realizados al MTC, es suficiente que la empresa concesionaria informe sobre su realización.*

- **Art. 13. Incumplimientos considerados por el Método de Evaluación Regular**

El OSIPTEL ha propuesto que los incumplimientos sean considerados en su correspondiente fecha de ocurrencia, de tal manera que se refleje objetivamente el comportamiento infractor de la empresa, y el resultado sea indiferente en la elección de una renovación total respecto a una gradual. Sin embargo, el numeral 13.2 del Proyecto del MTC considera que, para el cálculo de la penalidad, los incumplimientos se contabilizan en el año del periodo de evaluación en el cual la respectiva sanción obtuvo el pronunciamiento definitivo o quedó firme.

Al respecto, se reitera que al no considerar la fecha de ocurrencia, la metodología seguiría generando una distorsión en la contabilización de las infracciones para el cálculo de la penalidad, ya que el incumplimiento sería asignado en fechas posteriores a la ocurrencia, y como resultado no se reflejaría el comportamiento infractor de la empresa en el cálculo de la penalidad ([2]).

- **Art. 15. Cálculo de penalidades con aplicación del Método de Evaluación Regular**

El OSIPTEL reitera sus comentarios remitidos mediante Informe N° 00259-GAL/2019 sobre el Primer Proyecto publicado por R.M. N° 978-2019-MTC/01.03, toda vez que el nuevo Proyecto elaborado por el MTC tampoco recoge de manera integral la metodología propuesta por el OSIPTEL mediante Informes N° 00062-GPRC/2019 y N° 00092-GPRC/2019.

Precisamente, a pesar de que los valores establecidos para la penalidad (Num. 15.3) corresponden a los valores propuestos por el OSIPTEL, la forma en la cual han sido recogidos en el proyecto no permite garantizar su equivalencia con el cálculo que se

[2] V.gr. En caso una empresa incurra en infracciones muy graves el último año del periodo de evaluación y su sanción se impone recién al año siguiente, la metodología propuesta por el MTC implicaría que no se consideren dichos incumplimientos, a pesar de que pueden haber generado un impacto negativo significativo en el bienestar de la sociedad en su fecha de ocurrencia, y por lo tanto dentro del plazo de concesión.

realizaría con la Norma Metodológica vigente, el cual fue el criterio que consideró el OSIPTEL en la determinación de los valores de las penalidades señaladas en su propuesta mediante Informe N° 00092-GPRC/2019.

Así por ejemplo, la metodología propuesta por el OSIPTEL resulta sencilla y de directa aplicación, pues considera el número de infracciones graves y muy graves, sin mayor desagregación o clasificación específicas que requiriesen ponderación alguna.

Esto contrasta con la clasificación de las obligaciones propuesta por el MTC en el numeral 15.1 del proyecto, entre penalidades vinculadas al MTC y otros, y penalidades vinculadas al OSIPTEL, ponderando cada grupo con un peso de 50% cada uno.

Una implicancia de lo anteriormente señalado es que, p.e., frente al escenario de que una empresa incurra en 4 incumplimientos muy graves en un año, y todos estos correspondan a las competencias del MTC y ninguna al OSIPTEL, o viceversa, bajo la metodología propuesta por el OSIPTEL, la penalidad calculada sería de 1 año, pero bajo la metodología contenida en el proyecto del MTC sería de 0.5 años; es decir, existe el riesgo de una indebida subestimación de la penalidad correspondiente.

Un segundo aspecto no considerado por el MTC es que los valores de la penalidad del numeral 15.3 fueron establecidos por el OSIPTEL en base a la fecha de ocurrencia y a un factor de éxito de los incumplimientos en litigio, siendo que este último reflejaba o anticipaba de manera adecuada el comportamiento infractor de la empresa operadora y generaba predictibilidad respecto al periodo de renovación que finalmente se otorga a la empresa.

Todos estos aspectos forman parte de la propuesta integral del OSIPTEL, aspecto que el MTC tampoco está considerando en su Proyecto, pues tomar parcialmente algunos elementos planteados por el OSIPTEL no garantiza la consistencia de la metodología contenida en dicho Proyecto.

- **Art. 16.- Renovación provisional**

El OSIPTEL reitera su comentario señalado en el Informe N° 000259-GAL/2019 sobre el Primer Proyecto publicado por R.M. N° 978-2019-MTC/01.03, ya que el MTC debe señalar expresamente en la Metodología que los incumplimientos en litigio deben ser incorporados en su correspondiente fecha de ocurrencia, a través de un factor de éxito.

Precisamente, tal como señaló el OSIPTEL en los Informes N° 00062-GPRC/2019 y N° 00092-GPRC/2019, considerar la fecha de ocurrencia y el factor de éxito no solo permitirá reflejar correctamente el comportamiento infractor de las empresas, sino también que otorga, eficaz y eficientemente, predictibilidad respecto a la renovación que efectivamente se le otorgará a la empresa, y además permite coadyuvar con la simplificación administrativa.

Desde esta perspectiva, un primer aspecto a tomar en cuenta es que el otorgamiento de una Renovación Provisional genera incentivos a que las empresas judicialicen las sanciones por incumplimientos, de tal manera que estas no sean consideradas en los 3 primeros quinquenios de la evaluación, sino únicamente en el último quinquenio.

En el extremo, podría darse el caso que una empresa que incurre en infracciones muy graves todos los años (y por lo tanto genera daños significativos a la sociedad durante toda su concesión) y judicializa todas las sanciones derivadas, tendría garantizados 15 años de renovación, cuando no debería efectuarse renovación alguna por calificar su comportamiento infractor como un incumplimiento reiterado.

En segundo lugar, el que se emita más de una Resolución Ministerial genera que no haya predictibilidad durante el procedimiento de renovación, ya que los términos y condiciones que se fijen en una primera Resolución respecto a una segunda pueden discrepar significativamente. Asimismo, no genera predictibilidad que el MTC lleve a cabo una primera Resolución Ministerial y que a su vez lleve a cabo una segunda Resolución Ministerial que tenga el carácter de "pronunciamiento definitivo".

En tercer lugar, es ineficiente que la empresa realice comentarios más de una vez y que el OSIPTEL y el MTC lleven a cabo más de un pronunciamiento, lo cual incrementa significativamente los costos administrativos derivados de la evaluación.

Adicionalmente, se debe precisar que es ineficiente lo señalado en el numeral 16.7, referente a la revisión anual que debe realizar el OSIPTEL respecto a si las sanciones impugnadas cuentan con pronunciamiento definitivo, ya que deberían ser las propias autoridades que imponen sanción las que informen del pronunciamiento definitivo en el momento en el cual se llevan a cabo, siendo que estos están bajo su control. Ello no solo permitiría contar oportunamente con el pronunciamiento definitivo, sino también disminuir la carga administrativa de requerir anualmente información de forma innecesaria, toda vez que en la fecha del mencionado requerimiento los incumplimientos pueden no tener aún pronunciamiento definitivo.

Cabe resaltar además que, no resulta idóneo que se traslade al OSIPTEL la obligación de revisar todas las sanciones impugnadas en sede administrativa y/o judicial, por cuanto, el OSIPTEL no forma parte en los procesos judiciales y/o administrativos por incumplimientos de obligaciones a cargo del MTC y/o la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales

- **Art. 17.- Renegociación**

En el numeral 17.5, se recomienda evaluar la incorporación de obligaciones de compartición de infraestructura y, en su caso, obligaciones referidas al uso eficiente y compartido del espectro radioeléctrico.

- **Art. 19.- Alcances del Método de Evaluación Simplificado**

La redacción no es clara en cuanto a si está agregando un criterio a los previstos en el artículo 11, para la aplicación del Método de Evaluación Simplificado.

Así, resulta contradictorio que en el numeral 19.1, se indique que corresponde evaluar el cumplimiento de las obligaciones de pago correspondientes a los conceptos de aporte por regulación, tasa anual por explotación comercial y/o aporte al Fondo de Inversión en Telecomunicaciones (FITEL) en el periodo de evaluación, y en el numeral 19.2 se prescriba que si existe un incumplimiento entonces corresponde aplicar el método de evaluación regular.

En tal sentido, se recomienda aclarar ello y precisar si implica que las empresas operadoras puedan tener otros incumplimientos e incumplimientos vinculados a dichas obligaciones de pago, pero no persistan en el tiempo, concordándolo con lo que se disponga en el artículo 11.

- **Art. 20.- Incumplimientos considerados por el Método de Evaluación Simplificado, Art. 21.- Periodo de evaluación de obligaciones en el Método de Evaluación Simplificado y Art. 22.- Determinación del cumplimiento con aplicación del Método de Evaluación Simplificado**

No queda claro de la redacción de los referidos artículos cuál es el procedimiento de evaluación bajo el Método de Evaluación Simplificada.

Así por ejemplo, el numeral 22.3 señala que en caso la empresa no haya cumplido con realizar por un año el pago por concepto de aporte por regulación, tasa anual de explotación comercial y aporte al FITEL, corresponde aplicar el Método de Evaluación Regular; a pesar que el numeral 19.1 señala que eso es lo que se evalúa bajo dicho método. Asimismo, el numeral 11.6 del artículo 11 señala como una de las condiciones para que la empresa sea evaluada con el Método de Evaluación Simplificado que no deba registrar obligaciones económicas.

En ese sentido, no queda claro si las obligaciones económicas que se deben considerar para la aplicación del Método de Evaluación Simplificado, a las que hace referencia el artículo 11, son las señaladas en el numeral 22.3 u otras derivadas de multas administrativas.

Adicionalmente, de la lectura del artículo 20, se colige que el incumplimiento considerado bajo el método simplificado corresponde a la omisión de pago por un año de aporte por regulación, tasa anual de explotación comercial y aporte al FITEL, lo cual también sería aparentemente contradictorio con lo establecido en el numeral 22.3 del artículo 22 ([3])

Por lo tanto, resulta necesario que se precise el procedimiento del Método de Evaluación Simplificado, de tal manera que la metodología sea lo suficientemente clara y no genere confusiones durante su aplicación, de tal manera que las empresas puedan replicar el cálculo su penalidad con facilidad, en base a sus incumplimientos.

Finalmente, se reitera que, desde el punto de vista de eficiencia en los procedimientos, el MTC debe remitir conjuntamente con la solicitud de Informe de Evaluación, toda la información correspondiente al cumplimiento de los pagos que están bajo su administración: Tasa Anual por Explotación Comercial, Aporte al FITEL, Canon por Espectro Radioeléctrico.

- **Art. 23.- Informe Quinquenal**

El OSIPTEL reitera sus comentarios remitidos mediante Informe N° 00259-GAL/2019 sobre el Primer Proyecto publicado por R.M. N° 978-2019-MTC/01.03, y en tal sentido no se considera eficiente la elaboración de un Informe Quinquenal, toda vez que el cálculo

[3] En la medida que remite también al 22.1, que hace referencia a Informe de Evaluación el cumplimiento de la empresa concesionaria de todos los pagos por concepto de aporte por regulación, tasa anual por explotación comercial y aporte al Fondo de Inversión en Telecomunicaciones (FITEL), lo cual comprende los pagos a cuenta mensual.

llevado a cabo en este tipo de informe es preliminar y por lo tanto no es vinculante con el cálculo de la penalidad del Informe de Evaluación que finalmente se emite en el marco de una renovación de concesión total. En términos prácticos, este requerimiento no contribuye con la predictibilidad.

Ello es concordante además con la simplicidad y transparencia que deben caracterizar a la nueva metodología. En este sentido, en la medida que la metodología sea lo suficientemente sencilla y directa, debería permitir a las propias empresas operadoras replicar fácilmente el cálculo de su penalidad en base a sus propios incumplimientos, lo cual asegura efectivamente la mayor predictibilidad que se busca con la nueva metodología.

Adicionalmente a ello, cabe considerar que en algunos casos podrían darse algunos Informes Quinquenales con el Método de Evaluación Simplificado, mientras que otros Informes Quinquenales con el Método Regular, si hay un cambio de condiciones de un quinquenio a otro. No queda claro entonces cuál es el método de evaluación que finalmente primaría, podrá ser variada o tiene que ser uniforme respecto de todos los periodos de evaluación.

- **Art. 24.- Informe de Evaluación**

El plazo de 50 días hábiles señalado en el numeral 24.4, debería ser contabilizado desde que el OSIPTEL dispone de toda la información para realizar el Informe de Evaluación, y no desde que el MTC solicita la elaboración del mismo. Ello considerando que, por lo general, de forma posterior a la referida solicitud, se han llevado a cabo diversas interacciones entre el OSIPTEL y el MTC, en las que fue necesario requerirle reiteradas veces que complete información faltante de los incumplimientos bajo su competencia o precisiones respecto al periodo de evaluación.

Ello se torna más relevante aun considerando que la nueva Metodología puede generar nuevos requerimientos de información por parte del OSIPTEL, lo cual genera limitaciones reales para la emisión de los Informes de Evaluación en los plazos señalados. No debe perderse de vista que los plazos que el MTC se tome para responder a los requerimientos del OSIPTEL no son controlables por este Organismo Regulador.

Asimismo, siendo que la mayor parte de requerimientos de información del OSIPTEL al MTC ha sido el de incumplimientos ocurridos desde la fecha de solicitud hasta el fin del periodo de concesión –periodo de evaluación-, <u>resulta indispensable que el MTC remita la solicitud de elaboración de Informe de Evaluación luego de culminado el período de evaluación y no antes, pues de lo contrario, el Informe de Evaluación no podría incorporar todos los incumplimientos ocurridos en dicho periodo</u>.

Por otro lado, el OSIPTEL debería tener un plazo suficiente para dar respuesta a los comentarios, descargos u objeciones de la empresa concesionaria. Para tales efectos, el plazo que debería disponer este Organismo Regulador debería ser también de treinta (30) días hábiles, que es el mismo plazo considerado por el MTC para la emisión de su Resolución Ministerial.

Respecto a lo señalado en el numeral 24.5, referido a que la empresa concesionaria puede interponer recurso impugnatorio contra la decisión del MTC y cuestionar en dicho recurso el pronunciamiento del OSIPTEL, cabe resaltar que el Informe de Evaluación no

es un acto administrativo, sino que sirve de insumo para la emisión del mismo. El acto administrativo en este caso está constituido por la Resolución del MTC que otorga o no la renovación de la concesión, la cual es finalmente adoptada por el MTC. En tal sentido, se debe aclarar que el cuestionamiento al Informe de Evaluación no es materia de impugnación.

Más aun, en la medida que no se está estableciendo que el informe del OSIPTEL es vinculante, acorde a lo establecido en el numeral 182.2 del artículo 182 del LPAG, el informe del OSIPTEL se presume facultativo. Por lo tanto, es el MTC quien discrecionalmente decide hacerlo suyo.

- **Art. 25.- Informe Complementario**

Tal como se señaló en los comentarios al artículo 16, no se debería considerar un Informe Complementario que genere la emisión de más de una Resolución Ministerial, ya que ello no genera predictibilidad en el procedimiento de renovación, y en su lugar el periodo de renovación debería ser determinado en un único Informe de Evaluación, a partir de la fecha de ocurrencia y un factor de éxito de los incumplimientos en litigio.

Por otro lado, tal como se señaló en los comentarios al artículo 24, se debería considerar un plazo de treinta (30) días hábiles para que el OSIPTEL dé respuesta a los comentarios, descargos u objeciones de la empresa concesionaria; es decir, el mismo plazo considerado por el MTC para la emisión de su Resolución Ministerial.

Respecto a lo señalado en el numeral 25.2, en el que incorpora el escenario de que la empresa concesionaria interponga recurso impugnatorio contra la decisión del MTC, y puede cuestionar en dicho recurso el pronunciamiento de OSIPTEL, cabe resaltar que el Informe Complementario no es un acto administrativo, sino que sirve de insumo para la emisión del mismo. El acto administrativo en este caso está constituido por la Resolución del MTC que otorga o no la renovación provisional de la concesión, la cual es finalmente adoptada por el MTC. En tal sentido, se debe aclarar que el cuestionamiento al Informe Complementario no es materia de impugnación.

- **Art. 27.- Decisión sobre la renovación o no renovación de la Concesión**

En el numeral 27.3 se prevé que si luego de la emisión de la Resolución Ministerial que decide sobre la renovación de una concesión, el OSIPTEL emite un Informe Complementario en el cual se evidencia que la empresa concesionaria ha superado el límite máximo de penalidad de 40%, el MTC procede conforme a lo establecido en el artículo 17 y, como consecuencia de ello, emite la Resolución Ministerial que resuelve sobre el periodo definitivo de renovación o la no renovación, según corresponda

Al respecto, sin perjuicio de los comentarios vertidos respecto a que no deberían existir los Informes Complementarios, se recomienda que se acote el supuesto del numeral 27.3 al Informe Complementario sobre el periodo provisional y no otro. Asimismo, se recomienda concordar con lo establecido en el numeral 16.4, en el sentido que correspondería comunicar a la empresa sobre esta situación, otorgándole un plazo de quince (15) días hábiles para que informe si se acoge a la renegociación, bajo apercibimiento de ejercer su facultad de no renovar la concesión.

- **Primera Disposición Complementaria Final**

  El MTC debería precisar a qué directivas complementarias a la Norma Metodológica se refiere, de lo contrario la norma carecería de predictibilidad. Nuevamente, dada la naturaleza de la misma, la nueva metodología que se emita debe ser lo suficientemente clara, sencilla y auto-contenida, de tal forma que la evaluación a efectuarse permita su replicabilidad por parte de las empresas operadoras.

- **Quinta Disposición Complementaria Final**

  El MTC debería precisar a qué cambios del Contrato Tipo de Concesión Única se refiere, más aun considerando que, de acuerdo al artículo 7 de la propuesta del MTC, en base a dicho Contrato Tipo se determinaría el procedimiento para la renovación de concesiones.

  En ese sentido, a fin de garantizar predictibilidad en la nueva Metodología, las modificaciones al Contrato Tipo de Concesión Única a los que hace referencia el MTC (así como de las directivas complementarias, de insistirse en este extremo), deberían ser de conocimiento público antes de la entrada en vigencia de la nueva Metodología de evaluación.

  Asimismo, se debe tener en cuenta que para para modificar los Contratos Tipo se requiere de la opinión del regulador, acorde a lo establecido en el Art. 132 del TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 020-2007-MTC, concordante con el Art. 38 del Reglamento General del OSIPTEL aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM.

- **Primera Disposición Complementaria Transitoria**

  Se debe considerar para las solicitudes de renovación en trámite que, en lugar de la aplicación inmediata de la nueva metodología, se debería establecer como optativo el que las empresas operadoras soliciten la aplicación de la Nueva Metodología, de forma consistente a lo establecido en la Disposición Complementaria Única del D.S. N° 008-2018-MTC. Cabe mencionar que en la documentación que sustenta el Proyecto no se ha sustentado el cambio de posición del MTC en este extremo.

  Respecto al segundo párrafo, referido a la aplicación inmediata en casos de renovación gradual, no queda claro si ello podría derivar en una evaluación de la renovación sobre la base de dos normativas.

- **Segunda Disposición Complementaria Transitoria**

  El plazo de 50 días hábiles señalado en la Segunda Disposición Complementaria Final debería ser contabilizado desde la fecha en la que el OSIPTEL cuenta con toda la información requerida para elaborar el Informe de Evaluación, teniendo en cuenta además que se haya cumplido el correspondiente periodo de evaluación.

- **Disposiciones Complementarias Modificatorias**

  Respecto a la Primera Disposición Complementaria Modificatoria, que modifica el artículo 5 del Título 1 "Lineamientos para desarrollar y consolidar la competencia y la expansión de los servicios de telecomunicaciones en el Perú", en base a lo señalado en los

comentarios a los artículos 10 y 11, se debería señalar que el MTC es el que establece, en base a la información que dispone, cuál es la Metodología de Evaluación aplicable.

Asimismo, debería modificarse el literal "c" del referido artículo 5, de tal manera que se considere la fecha de ocurrencia del incumplimiento en lugar de la fecha de pronunciamiento definitivo; así también, a fin de garantizar una real predictibilidad, debería considerarse un factor de éxito a favor de la autoridad administrativa de manera que se consideren los incumplimientos en litigio en su correspondiente fecha de ocurrencia, tal como ha sido precisado por el OSIPTEL en sus Informes N° 00062-GPRC/2019 y N° 00092-GPRC/2019.

Por otro lado, respecto a la modificación del Art. 196 del TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, a fin de que el OSIPTEL tenga un plazo suficiente para dar respuesta a los comentarios, descargos u objeciones de la empresa concesionaria, el plazo que debería disponer este Organismo Regulador debería ser también de treinta (30) días hábiles, que es el mismo plazo considerado por el MTC para la emisión de su Resolución Ministerial.

IV. CONCLUSIONES y RECOMENDACIÓN

Con relación a la propuesta de “Norma que establece los criterios generales para la tramitación de los procedimientos de renovación de concesiones de servicios públicos de telecomunicaciones y los métodos de evaluación del cumplimiento de obligaciones”, se reitera lo siguiente:

- La obligación que se quiere incorporar referida a *“Otras obligaciones establecidas en el contrato de concesión cuya fiscalización y sanción sea competencia del MTC y otras entidades de la Administración Pública”* es bastante genérica y no genera predictibilidad; ya que podría confundirse con la obligación “Cumplimiento con las Leyes del Perú”, y además no permitiría garantizar que la metodología de cálculo de la penalidad sea sencilla y directa
- Recomendamos que la “fecha de sanción” sea reemplazada por la “fecha de ocurrencia del incumplimiento”, toda vez que esta constituye una medida objetiva que refleja el comportamiento infractor de la empresa operadora en el periodo evaluado.
- El proyecto elaborado por el MTC no recoge de manera integral la metodología propuesta por el OSIPTEL mediante Informes N° 00062-GPRC/2019 y N° 00092-GPRC/2019, en la medida que a pesar de que los valores establecidos para la penalidad (ver numeral 15.3) corresponden a los valores propuestos por el OSIPTEL, la forma en la cual han sido recogidos en el proyecto, no permite garantizar su equivalencia con el cálculo que se realizaría con la Norma Metodológica vigente. Existe el riesgo de una subestimación de la penalidad correspondiente.
- Se recomienda que los incumplimientos en trámite a la fecha de evaluación sean incorporados en el cálculo de la penalidad a través del empleo de un parámetro objetivo y cuantificable que determine el número de incumplimientos en litigio que se estima queden ratificados, de tal manera que se corrija la falta de predictibilidad respecto al periodo de la renovación,
- No queda claro de la redacción de los artículos 19, 20, 21, 22 cuál es el procedimiento y criterios de evaluación bajo el Método de Evaluación Simplificada
- No resulta eficiente la elaboración de un Informe Quinquenal, toda vez que el cálculo llevado a cabo en este tipo de informe es preliminar y por lo tanto no es vinculante con el cálculo de la penalidad del Informe.

- En los numerales 24.5 y 25.2 debe aclararse que el cuestionamiento al Informe de Evaluación o al Informe Complementario, no es modo de impugnación de acto administrativo.
- No se debería considerar un Informe Complementario que genere la emisión de más de una Resolución Ministerial, ya que ello no genera predictibilidad en el procedimiento de renovación, y en su lugar el periodo de renovación debería ser determinado en un único Informe de Evaluación, a partir de la fecha de ocurrencia y un factor de éxito de los incumplimientos en litigio.
- No resulta idóneo que se traslade al OSIPTEL la obligación de revisar todas las sanciones impugnadas en sede administrativa y/o judicial, por cuanto, el OSIPTEL no forma parte en los procesos judiciales y/o administrativos por incumplimientos de obligaciones a cargo del MTC y/o la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales
- Se debe considerar para las solicitudes de renovación en trámite que, en lugar de la aplicación inmediata de la nueva metodología, se debería establecer como optativo el que las empresas operadoras soliciten la aplicación de la Nueva Metodología.

Conforme a lo expuesto, se recomienda remitir el presente informe al MTC, mediante correo electrónico a la dirección electrónica señalada en el Art. 2 de la Resolución Ministerial N° 450-2020-MTC/01.03.

Atentamente,

Firmado digitalmente por AREQUIPEÑO TAMARA Luis Alberto FAU 20216072155 soft