



CONFIDENCIAL

OSIPTEL FOLIOS
 12 SET. 2017 GG 2184

MESA DE PARTES
 E- 240700 Lima,
 13 SET. 2017
 HORA FIRMA

CARGO

C. 993 - GG/2017

Señora
EUGENIA MARIÑO CABELLO
 DIRECTORA GENERAL DE CONCESIONES EN COMUNICACIONES
 MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES
 Jirón Zorritos 1203
 Cercado de Lima

De mi consideración:

Es grato dirigirme a usted con relación a su Oficio N° 17078-2017-MTC/27, de fecha 07 de setiembre de 2017, mediante el cual el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) solicita la opinión del OSIPTEL sobre la solicitud de transferencia de concesión y asignación de espectro de la empresa TC Siglo 21 S.A.A. a favor de la empresa Olo del Perú S.A.C.

Al respecto, sobre la base del Informe Preliminar adjunto a la presente (Informe N° 162-GPRC/2017), este organismo advierte la especial relevancia de dicha operación de transferencia de espectro –vinculada con las operaciones de transferencia materia de nuestra carta C.980-GG/2017-, pues existen indicios de que se afectarían las condiciones de competencia del mercado de servicios públicos móviles, ya que implican una alta e ineficiente concentración del espectro en la banda de 2.6 GHz, que constituye un insumo esencial y estratégico para el fomento de la competencia en dicho mercado mediante la tecnología actual más eficiente (LTE).

En ese sentido, de manera congruente con la práctica aplicada por el MTC en anteriores procedimientos similares, **mediante la presente se solicita que el OSIPTEL cuente con un plazo mínimo de veinte (20) días hábiles, a efectos de permitir el debido análisis de las referidas transferencias de títulos habilitantes y emitir los informes técnicos correspondientes.** Asimismo, para dichos efectos solicitamos que nos remita la información necesaria indicada en nuestro referido Informe Preliminar.

De otro lado, en congruencia con los precedentes administrativos establecidos por el MTC para este tipo de procedimientos de evaluación previa ⁽¹⁾, se entiende que los procedimientos de transferencia de concesiones y asignaciones de espectro están sujetos al silencio administrativo negativo (SAN), teniendo en cuenta los siguientes fundamentos legales:

- **El SAN debe aplicarse en procedimientos que incidan en recursos naturales**
 Conforme a lo preceptuado en el Art. 37.1 del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General –D.S. N° 006-2017-JUS-, el SAN se aplica *“en aquellos casos*

¹ Cfr. Antepenúltimo considerando de la Resolución Viceministerial N° 461-2014-MTC/03, mediante la cual el MTC emitió su pronunciamiento sobre la transferencia de concesiones y asignaciones de espectro generada por la fusión entre las empresas concesionarias Telefónica Móviles S.A. y Telefónica del Perú S.A.A. (subrayado agregado):

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



en los que la petición del administrado puede afectar significativamente el interés público e incida en (...) los recursos naturales (...)"

Así, se tiene que en el presente caso se trata de un procedimiento que involucra el interés público, incidiendo en un recurso natural –espectro radioeléctrico- que forma parte del patrimonio de la Nación y que en este caso –espectro en la banda de 2500 MHz- tiene peculiares características técnicas que lo erigen en un insumo estratégico para la prestación de los servicios públicos móviles (2).

- **El SAN debe aplicarse en procedimientos vinculados a las concesiones, mediante las cuales se transfieren facultades de la administración pública**

Conforme a lo preceptuado en el Art. 37.2 del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el SAN se aplica "para aquellos procedimientos por los cuales se transfiera facultades de la administración pública".

Así, se tiene que en el presente caso se trata de un procedimiento que involucra la obtención de títulos habilitantes –Concesiones- mediante los cuales se transfieren facultades de la administración pública.

En efecto, tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional en reiterada y uniforme jurisprudencia, la Concesión "implica una transferencia limitada de facultades de administración de un servicio público" y asimismo, "implica a entrega, sólo en ejercicio temporal, de determinadas funciones del Estado" (3).

Además, conforme a un criterio de especialidad, en la ley del sector telecomunicaciones (Art. 36) se ha dispuesto expresamente que las normas que otorgan derechos por mérito del silencio administrativo (SAP) no son aplicables en los trámites vinculados a la obtención de Concesiones –en este caso se trata de obtener concesiones vía el trámite de aprobación de transferencia-, habiéndose reservado la aplicación de dichos beneficios del SAN, de manera restrictiva, únicamente para el caso de las Concesiones de Operador Independiente (4).

² Cfr. TUO de la Ley de Telecomunicaciones –D.S. N° 013-93-TCC- (subrayados agregados):

"Artículo 2.- Declárese de interés nacional la modernización y desarrollo de las telecomunicaciones, dentro del marco de libre competencia. Su fomento, administración y control corresponde al Estado de acuerdo a la presente Ley."

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

Cfr. Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales –Ley N° 26821- (subrayado agregado):

"Definición de recursos naturales

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

(...)

e. la atmósfera y el espectro radioeléctrico; (...)"

³ Cfr. Sentencias del Tribunal Constitucional emitidas en los Exp. N° 2488-2004-AA/TC (fund. 5), Exp. N° 0048-2004-PI/TC (fund. 103), Exp. N° 05503-2007-PA/TC (fund. 4, 6).

⁴ Cfr. TUO de la Ley de Telecomunicaciones –D.S. N° 013-93-TCC- (subrayados agregados):

"Artículo 36.- En los trámites seguidos para obtener concesiones, autorizaciones, permisos, licencias y tarifas no son de aplicación las normas que otorgan derechos por mérito del silencio administrativo."

"Artículo 36-A.- El procedimiento para la obtención de una concesión para Operador Independiente se sujetará al silencio administrativo positivo en los casos en los que establezca el Reglamento."



- **Las normas del Art. 6 del Decreto Legislativo N° 1310 no se aplican para la obtención de Concesiones y Asignaciones de Espectro por fusión de empresas**
El Art. 6 del Decreto Legislativo N° 1310 ha establecido reglas excepcionales por las cuales se aplica el régimen de aprobación automática para la transferencia de determinados títulos administrativos en los casos de fusión de sociedades.

No obstante, tratándose de una norma de excepción, debe entenderse que su ámbito de aplicación esta estrictamente limitado a la transferencia de los títulos administrativos taxativamente señalados en la misma norma: "registros", "certificados", "permisos", "licencias" y "autorizaciones" (5).

Así, tal como lo han señalado expresamente las propias empresas recurrentes (OLO y TVS Wireless) en sus solicitudes, en este caso se trata de la transferencia de dos tipos especiales de títulos habilitantes: "Concesión" y "Asignación de Espectro".

Por tanto, conforme al principio jurídico consagrado en el Art. VI del Título Preliminar del Código Civil (6), resulta evidente que las referidas de reglas de excepción establecidas en el Art. 6 de Decreto Legislativo N° 1310 no son aplicables a la transferencia de "Concesiones" y "Asignaciones de Espectro" que se generan por la fusión de empresas concesionarias de servicios públicos de telecomunicaciones.

Hago propicia la oportunidad para testimoniarle mi especial deferencia y estima personal.

Atentamente,


SERGIO CIFUENTES CASTAÑEDA
GERENTE GENERAL (E)

ADJ.- Informe Preliminar N° 162-GPRC/2017.

C.C.- Sr. Carlos Valdéz Velásquez-López, Viceministro de Comunicaciones.
Sr. Manuel Muñoz Quiróz, Director General de Regulación y Asuntos Internacionales de Comunicaciones.

⁵ Cfr. Decreto Legislativo N° 1310 –Decreto Legislativo que aprueba medidas adicionales de simplificación administrativa- (subrayados agregados):

"Artículo 6- Reconocimiento de titularidad de registros, certificados, permisos, licencias, autorizaciones y procedimientos administrativos en casos de reorganización de sociedades y cambios de denominación social"

6.1 En los casos de fusión de sociedades, todos los registros, certificados, permisos, licencias y autorizaciones de titularidad de las sociedades que se extinguen se entienden transferidos de pleno derecho a la sociedad absorbente o incorporante. Ninguna entidad pública puede desconocer los derechos adquiridos por las sociedades absorbentes o incorporantes como consecuencia de la fusión. Esta disposición no aplica para los casos vinculados a recursos hidrobiológicos. (...)"

⁶ Cfr. Código Civil vigente:

"Aplicación analógica de la ley"

Artículo IV.- La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía."

