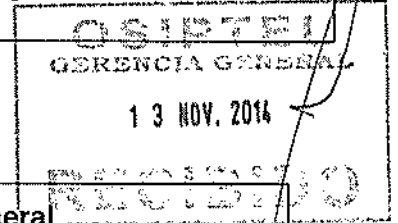
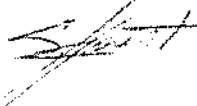

	DOCUMENTO	Informe N° 547 -GPRC.GAL/2014 Página : Página 1 de 18
	INFORME N°	



A	:	Jorge Apoloni Quispe – Gerente General
ASUNTO	:	Opinión sobre la Solicitud de Transferencia de Espectro radioeléctrico de la Banda 1725 —1730 MHz y 2 125 — 2 130 MHz (5+5) de Telefónica del Perú a América Móvil
FECHA	:	13 noviembre de 2014

		Cargo	Nombre	Firma
APROBADO POR	:	Gerente de Políticas Regulatorias y Competencia	Sergio Cifuentes	
		Gerente de Asesoría Legal	Alberto Arequipeño	

OPINIÓN SOBRE TRANSFERENCIA DE TÍTULOS HABILITANTES DE TELMEX PERÚ S.A. A AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.

I. ANTECEDENTES DEL PROCESO


Mediante Oficio N°42065-2014-MTC/27 del 06 de noviembre de 2014, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) solicitó al Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL) su opinión respecto a la transferencia parcial del Bloque A de la Banda 1.7/2.1 GHz a nivel nacional, de la empresa Telefónica del Perú S.A.A a favor de la empresa América Móvil Perú S.A.C.

La transferencia solicitada se refiere a la banda de 1725-1730 MHz y 2125-2130 MHz (5+5) y de determinadas obligaciones referidas al Plan de Cobertura y Metas de Uso de espectro radioeléctrico contenidas en los Anexos 2 y 5 del Contrato de Concesión Única para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones y asignación del Bloque A de la Banda 1 710-1 770 MHz y 2110-2 170 MHz a nivel nacional.

Al respecto, la Gerencia General del OSIPTEL requirió a la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia que emita su opinión sobre el proceso de transferencia. Tratándose de un tema de carácter institucional, mediante Memorandum N° 580-GPRC/2014 del 7 de Noviembre de 2014, la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia solicitó a la Secretaría Técnica de los Cuerpos Colegiados, la Gerencia de Asesoría Legal, la Gerencia de Fiscalización y Supervisión y la Gerencia de Protección y Servicio al Usuario del OSIPTEL sus respectivas opiniones sobre el proceso.

En el presente informe, se han considerado los comentarios de las Gerencias del OSIPTEL consultadas.



	DOCUMENTO	Informe N° 547 -GPRC.GAL/2014 Página : Página 3 de 18
	INFORME N°	

II. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO DE TRANSFERENCIA

1. Sobre las empresas involucradas en la transferencia

Telefónica del Perú S.A.A (en adelante, TELEFÓNICA) pertenece al Grupo Económico de Telefónica S.A. Su ingreso al Perú se dio en 1994, cuando en el proceso de privatización, vía el mecanismo de una subasta internacional, ganó la concesión de dos empresas públicas¹:

- La Compañía Peruana de Teléfonos (CPT), empresa que ofrecía telefonía local en Perú desde 1920.
- La Empresa Nacional de Telecomunicaciones (ENTEL), que ofrecía telefonía local fuera de Lima y servicio de larga distancia nacional e internacional desde 1969.

En tanto, en julio de 2014, mediante Resolución Viceministerial N° 461-2014-MTC/03, se aprobó la transferencia de los títulos habilitantes y registros de valor agregado de Telefónica Móviles S.A.C a favor de TELEFÓNICA, con lo cual esta empresa se convirtió en la empresa con mayor participación en todos los mercados de telecomunicaciones a nivel nacional.


A junio de 2014, su cuota de mercado en el mercado de telecomunicaciones móviles en cuanto a líneas en servicio es de 55.8%, y respecto a tráfico cursado es de 55.5%.

América Móvil Perú S.A.C. (en adelante, CLARO) era una empresa inicialmente dedicada a las telecomunicaciones móviles, hasta que en abril 2014, mediante Resolución Viceministerial N° 136-2012-MTC/03 se aprobó la transferencia de concesiones de Telmex Perú. Con ello, se constituyó en una empresa verticalmente integrada y la segunda más importante en términos de usuarios y cobertura.

Su participación en el mercado de telecomunicaciones móviles, a junio de 2014, respecto a líneas en servicio alcanza el 39.5% y respecto a tráfico cursado el 39.4%.

¹ El 31 de diciembre de 1994, CPT absorbió en un proceso de fusión a Entel Perú y, en adecuación a la Ley General de Sociedades, el 9 de marzo de 1998 Telefónica del Perú adoptó la denominación de Telefónica del Perú S.A.A., la que conserva a la fecha.



	DOCUMENTO	Informe N° 547 -GPRC.GAL/2014 Página : Página 4 de 18
	INFORME N°	

2. Sobre el proceso de concesión de la banda 1.7/2.1 GHz

- i. **Otorgamiento en concesión de los bloques A y B de la banda 1710-1770 MHz y 2110-2170 MHz para la prestación del Servicio de Comunicaciones Personales – PCS con tecnología LTE.**

El 22 de julio de 2013 concluyó el proceso de la licitación de los bloques “A” y “B” de la banda de 1,710 -1,770 MHz y 2,110 - 2,170 MHz en el Perú. La empresa Telefónica Móviles S.A - hoy Telefónica del Perú S.A.A- fue la ganadora del bloque A (1710-1730 MHz y 2110-2130 MHz) de dicha banda, mientras que Americatel del Perú S.A fue la ganadora del bloque B (1730-1750 MHz y 2130-2150 MHz)².

- ii. **Respecto a la Resolución Ministerial N° 616-2013-MTC/03 de fecha 02 de octubre de 2013.**

La Resolución Ministerial N° 616-2013-MTC/03 que otorgó a TELEFÓNICA la concesión única para la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones, en el área que comprende todo el territorio nacional, estableció como primer servicio a prestar el Servicio Público de Comunicaciones (PCS).

En tal sentido, queda establecido que el Concedente adjudicó la Buena Pro del Bloque A de la Banda 1710-1770 MHz y 2110-2170 MHz a favor de TELEFONICA, y en virtud de ello se emitió el resolutivo correspondiente para el otorgamiento de la concesión y se recomendó expedir la Resolución Directoral que otorga el derecho de uso del espectro asignado, conforme a los términos y condiciones que rigieron el concurso público.

El Contrato de Concesión fue suscrito el 10 de octubre de 2013, y a partir de esa fecha contó con doce (12) meses de plazo para iniciar la prestación del servicio.

TELEFÓNICA comunicó al OSIPTEL que el inicio de operaciones para la prestación del servicio PCS con tecnología LTE era a partir del 02 de enero de 2014.

² Posteriormente, dicho bloque fue transferido a Nextel del Perú S.A (hoy Entel Perú S.A) empresa del mismo grupo económico de Americatel, dedicada a las telecomunicaciones móviles.




iii. Respecto a la Resolución Directoral N° 556-2013-MTC/27 de fecha 23 de diciembre de 2013

Mediante la Resolución Directoral N° 556-2013-MTC/27 se resolvió aprobar el Proyecto Técnico para la prestación del Servicio Público de Comunicaciones Personales (PCS), a nivel nacional, inscrito a favor de la empresa TELEFÓNICA en el Registro de Servicios Públicos de Telecomunicaciones, el mismo que contiene la Descripción de Red conforme a lo señalado en el Anexo 1 de la resolución acotada.

El Plan de Cobertura a ser ejecutado por TELEFÓNICA incluye a capitales de distrito y Centros Poblados, de acuerdo al siguiente detalle:

ITEM	CANTIDAD	CAPITALES DE DISTRITO	N° DE CENTROS POBLADOS
1	1	0	0
2	2	114	6
3	3	17	1
4	4	67	3
5	5	26	
SUB TOTAL		224	10
TOTAL		234	



	DOCUMENTO	Informe N° 547 -GPRC.GAL/2014 Página : Página 6 de 18
	INFORME N°	

III. EVALUACIÓN DEL PROCESO DE TRANSFERENCIA

1. Análisis Legal.

- Tal como lo reconocen las propias empresas solicitantes de la transferencia, su solicitud contiene dos pretensiones:
 - i) Que se apruebe la transferencia parcial de la Asignación de Espectro que le fue otorgada a Telefónica como parte del Contrato de Concesión aprobado por Resolución Ministerial N° 616-2013-MTC/03, y
 - ii) Que se modifique el referido Contrato de Concesión, en su Cláusulas Primera (Definición de Banda), Segunda, 2.1 (Objeto), y también en sus Anexos 2(Metas de Uso), 5(Propuesta Técnica) y 7(Proyecto Técnico).

Así se evidencia en el Segundo Otrosí del escrito de fecha 14 de octubre de 2014, que fue presentada por ambas empresas:

"SEGUNDO OTROSÍ DECIMOS:

Que, como consecuencia de la aprobación de la transferencia solicitada, la Resolución Viceministerial que declare dicha aprobación deberá incluir los términos de las adendas y documentos necesarios para la formalización de dicha transferencia. En particular, en el caso del Contrato de Concesión LTE, entendemos que deben ser modificadas la cláusula primera (Definición de Banda), la cláusula segunda, 2.1 (Objeto), el anexo 2(Metas de Uso), el anexo 5(Propuesta Técnica) y el anexo 7(Proyecto Técnico)."

- Bajo dichas consideraciones previas, contrariamente a lo que consideran las empresas solicitantes respecto al marco legal aplicable en este caso (tercer párrafo de su escrito), debe entenderse que la solicitud presentada no sólo tiene que ser analizada bajo el marco normativo previsto para las transferencias de concesiones y asignaciones de espectro (Artículo 51° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, Artículo 117° de su Reglamento y Cláusula 17.1 del Contrato de Concesión), sino que también debe sujetarse al marco normativo previsto para la modificación de dicho Contrato de Concesión.



Ello se ratifica en el mismo Contrato de Concesión, en cuyas Cláusula 20 y 21 se precisa que dicho contrato está sujeto a la legislación interna del Perú.

"20.1 Leyes Aplicables

Las Partes han negociado, redactado y suscrito el Contrato con arreglo a las normas legales del Perú. Por tanto, expresan que el contenido, ejecución, conflictos y demás consecuencias que de él se originen, se regirán por la legislación interna del Perú, la misma que la Sociedad Concesionaria declara conocer y acatar."

Cláusula 21

REGLAS DE INTERPRETACIÓN

(...)

b) Este Contrato se interpretará según sus propias Cláusulas, las Circulares, las Bases y las Leyes Aplicables. (...)"

- En tal sentido, la referida solicitud debe ser analizada bajo el marco legal establecido en por el Decreto Legislativo N° 1012 –Ley Marco de Asociaciones Público-Privadas para la Generación de Empleo Productivo- y su Reglamento (el cual originalmente fue aprobado por Decreto Supremo N° 146-2008-EF y actualmente fue sustituido por el Decreto Supremo N° 127-2014-EF), que forma parte de las "Leyes Aplicables" bajo las cuales se otorgó el Contrato de Concesión y bajo las cuales se rige e interpreta dicho Contrato conforme lo señalado en la Secciones 1.5 y 14.1 de las correspondiente Bases de la Licitación Pública.
- Así, debe tenerse en cuenta que en el citado Reglamento de la Ley Marco de APP's, que debe aplicarse en el presente caso, se ha establecido una norma especial que rige la modificación de los Contratos otorgados mediante Asociaciones Público-Privadas (subrayado agregado):


"Artículo 15°.- Causales y procedimiento para la modificación de los contratos de Asociación Público Privada

(...)

15.2 Durante los primeros tres (03) años contados desde la fecha de su suscripción, las entidades no podrán suscribir adendas a los contratos de Asociación Público Privada, salvo que se tratara de:

- a) La corrección de errores materiales;
- b) Los requerimientos sustentados de los acreedores permitidos vinculados a la etapa de cierre financiero del contrato; o,
- c) La precisión de aspectos operativos que impidan la ejecución del contrato."



	DOCUMENTO	Informe N° 547 -GPRC.GAL/2014 Página : Página 8 de 18
	INFORME N°	

Tal como fue precisado en la Exposición de Motivos de la citada norma sobre modificación de contratos ⁽³⁾, ésta ha sido concebida y establecida por el legislador para “incentivar una mejora en la negociación de los contratos previa a la suscripción del mismo, colaborando así con la transparencia de procesos” y para “evitar comportamientos oportunistas por parte del postor ganador de la buena pro” (subrayados agregados).

Así, siendo que dicha norma tiene un objeto y finalidad jurídica específicamente referidos a garantizar la eficiencia y transparencia así como evitar comportamientos oportunistas en las licitaciones públicas mediante las cuales se otorgan los Contratos de Concesión bajo la modalidad de Asociaciones Público-Privadas, se ratifica su naturaleza de “norma especial” aplicable al presente caso, la cual tiene preeminencia sobre cualquier otra norma, en virtud el “Principio Jurídico de Especialidad de las Normas” que ha sido reconocido en diversa jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional.

- En el presente caso, se tiene que: (i) las modificaciones que se pretende introducir en el Contrato de Concesión no se refieren a ninguna de las materias de la lista taxativa del acotado Art. 15°, y (ii) el Contrato que pretende modificarse fue suscrito con fecha 10 de octubre de 2013, siendo así que a la fecha aún no han transcurrido tres (3) años desde la fecha de su suscripción.

Por tanto, en estricta aplicación de la norma especial que rige la modificación de los Contratos que son otorgados por el Estado Peruano mediante Asociaciones Público-Privadas bajo el marco del Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento, resulta legalmente inviable la aprobación de la solicitud planteada por Telefónica y Claro mediante su escrito de fecha 14 de octubre de 2014.

³ Cfr.: <http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2008/diciembre/09/EXP-DS-146-2008-EF.pdf> (Exposición de Motivos del D.S. N° 146-2008-EF, que aprobó originalmente el Reglamento de la Ley Marco de APP's).

<http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2009/junio/25/EXP-DS-144-2009-EF.pdf> (Exposición de Motivos del D.S. N° 144-2009-EF, que modificó el Reglamento de la Ley Marco de APP's).



2. Análisis Económico.

- i. **El contrato entre partes para transferencia de espectro de alto valor puede desvirtuar los fines perseguidos por mecanismo de subasta pública.**

Sin perjuicio de la posición legal respecto a la inviabilidad legal del proyecto de adenda, la subasta se puede definir como un mecanismo especial de transacción de un bien o servicio, o de un conjunto de bienes y servicios, los cuales no disponen de un mercado propio, o su mercado refleja fallas que impiden la normal interacción entre oferta y demanda, y por ende la formación del precio de mercado.

En el caso de bienes públicos, el subastador es el Estado, y su problema consiste en maximizar el bienestar social. Entre los problemas que enfrenta el subastador se tiene el desconocimiento de la valoración de los postores respecto al bien, por lo que requiere de un mecanismo de revelación que se concretiza en las reglas de la subasta.

Por ello, en el diseño de los mecanismos de subasta resulta crucial el análisis de la formación de la valoración individual de los postores. Más aún si en el mercado peruano la mayoría, sino la totalidad de procesos de adjudicación se basan en ofertas económicas a sobre cerrado. Dichos procesos tienen por objetivo principal la revelación de información sobre la real valoración que tienen sobre el espectro. El éxito del método de subasta se basa en la incapacidad de reventa.

Por lo tanto, el permitir que se genere esta transferencia entre privados, restaría presión competitiva al proceso de subastas, pues sienta las bases para que se establezcan acuerdos futuros entre operadores en los que unos pocos participen de la subasta de futuras bandas y, en un segundo momento, transfieran parte del espectro que se les ha asignado. Consideramos que ello puede ser especialmente perjudicial cuando hablamos de bandas de espectro de alta valoración en el mercado pues:

- En primer lugar, elimina los beneficios de la subasta como mecanismo eficiente de asignación y la sustituye por un mecanismo arbitrario, donde es el o los operadores ganadores en primera instancia quienes eligen, en un segundo momento, quién



obtiene espectro, cuánta cantidad y a qué precio, con potencial afectación competitiva.

- En segundo lugar, se reduce los potenciales ingresos del Estado pues se limita la competencia por el recurso. Previa a la realización de la subasta, los operadores pueden acordar quién se presentará a la subasta y cuánto ofrecerá, para en un segundo momento “repartir” el recurso asignado. Ello llevará a que las ofertas o “pujas” sean cercanas al precio de reserva, generándose así menores ingresos para el estado que los que se esperaría en un escenario de verdadera competencia por el recurso.


Cabe señalar que, si bien el marco normativo existente hace referencia a la transferencia de espectro, este debe ser leído de manera consistente con lo establecido por el Reglamento del DL 1012. Además resulta necesario complementar y reforzar dicho marco normativo con reglas adicionales asociadas al mercado secundario de espectro (como se ha hecho otros países), ello debe hacerse teniendo en cuenta, entre otros, aspectos tales como la situación de la asignación del espectro (que las bandas estén en desuso, que haya transcurrido cierto plazo desde la concesión de las bandas de las mismas), los riesgos que se asumen con la comercialización del espectro (eficiencia de uso, concentración de frecuencias, costos altos de transacción, fragmentación excesiva), la definición de las condiciones (transferencia o cesión parcial o total de derechos, periodo, y los procedimientos administrativos), en definitiva la apertura de tal mercado. De esta manera se busca garantizar la transparencia del proceso y la participación de todos los potenciales interesados.

ii. Afectaciones a la libre competencia:

El espectro radioeléctrico es un recurso esencial para que las empresas operadoras del sector telecomunicaciones que ofrecen el servicio móvil puedan competir en igualdad de condiciones; en esa línea, requiere ser administrado de manera eficiente por el Estado puesto que constituye un recurso escaso.

Dentro de este marco, es importante señalar que conforme a lo dispuesto por el Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por



	DOCUMENTO	Informe N° 547 -GPRC.GAL/2014 Página : Página 11 de 18
	INFORME N°	

Decreto Supremo N° 020-2007-MTC, establece en su artículo 117° que las concesiones y las asignaciones de espectro son intransferibles total o parcialmente, salvo aprobación previa y expresa del Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Precizando además que dicha solicitud de transferencia no podrá ser denegada sin causa justificada, señalando algunos de los supuestos que se consideran como causa justificada⁴.

Siendo esto así, es oportuno tener en consideración que el artículo 6° del TUO de la Ley establece que el Estado fomenta la libre competencia en la prestación de los servicios de telecomunicaciones, de acuerdo al siguiente texto:


Artículo 6.- 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 derivados de la posición dominante de una empresa o empresas en el mercado. Igualmente, el Estado fomenta la participación de los usuarios de servidores de los de telecomunicaciones, en el establecimiento de tarifas y en la prestación y control de estos servicios.
(Subrayado agregado)

En ese contexto, es importante resaltar que de acuerdo a los indicadores de los servicios móviles específicamente en cuanto a las líneas en servicio desagregados por empresa operadora, se puede apreciar que las empresas que participarían en esta transferencia de espectro radioeléctrico son aquellas que ostentan más del 95% del mercado móvil tanto en líneas en servicio como en tráfico cursado e ingresos.

Adicionalmente a ello, frente a la entrada en operaciones del nuevo operador móvil Viettel Perú, y que la única empresa móvil en el mercado que no cuenta con espectro 4G-LTE es Viettel, estaríamos en un escenario en el que eventualmente podría existir alguna otra empresa interesada en obtener el espectro radioeléctrico que TELEFONICA desea ceder,

⁴ **Artículo 117°.- Transferencia de concesiones y autorizaciones**
(...)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 transferencia no podrá ser denegada sin causa justificada. Entiéndase por causa justificada a las señaladas en el artículo 113°, a toda situación que pudiera atentar contra lo dispuesto en el artículo 6° de la Ley y aquellas que señale la Ley, el Reglamento u otra disposición legal. (...)
(Subrayado agregado)



	DOCUMENTO	Informe N° 547 -GPRC.GAL/2014 Página : Página 12 de 18
	INFORME N°	

frente a lo cual el Estado podría someter su asignación a la realización de una Licitación Pública.

En tal sentido, se considera que la asignación de espectro radioeléctrico bajo la administración de TELEFÓNICA debería, en todo caso, otorgarse a través de métodos competitivos y abiertos, en los que puedan participar otras empresas. De lo contrario si se acepta la solicitud en evaluación, la distribución del espectro resultante no estaría fundamentada en procesos que garanticen la igualdad de oportunidades para las empresas.

3. Análisis Técnico de la Transferencia.

i. Sobre las obligaciones de cobertura.

Es importante analizar cómo se condice la transacción propuesta con las obligaciones establecidas en los planes de cobertura comprometidos en el contrato de concesión de la banda AWS, toda vez que, técnicamente, el cumplimiento de esta cobertura no depende de la cantidad de espectro que posea el concesionario⁵; y que, adicionalmente, en el numeral 8.3 del Contrato de Concesión, se indica que el "El Plan de Cobertura, contenido en la Propuesta Técnica, podrá ser modificado a pedido de la Sociedad Concesionaria, siempre y cuando implique mayores compromisos a los asumidos en su Propuesta Técnica", lo cual no ocurre en el presente caso, donde la propuesta de modificación presentada por Telefónica y Claro incluso reduce los compromisos acordados en la propuesta técnica.

Esta consideración— ratifica, nuevamente, la inviabilidad legal y contractual de la modificación solicitada por Telefónica y Claro.

ii. Sobre la distribución del espectro radioeléctrico para servicios 4G-LTE

Mediante Resolución Directoral N° 191-2014-MTC/27 de fecha 30 de abril de 2014, el MTC resolvió aprobar, a favor de CLARO, la modificación de las características técnicas de operación para la prestación del Servicio Público de Comunicaciones Personales – PCS, conforme al Anexo 1 que forma parte de la resolución acotada; y modificar las Metas de Uso del espectro radioeléctrico, aprobadas mediante Resolución Viceministerial N° 016-

⁵ Sino más bien por la cantidad de infraestructura instalada por el operador.



2001-MTC/15.03, conforme se precisa en el Anexo 2 de la Resolución Directoral N° 191-2014-MTC/27.

Es pertinente señalar que el Anexo 2 de la Resolución Directoral N° 191-201-MTC/27 señala lo siguiente respecto a las metas de uso del espectro radioeléctrico:

Servicio PCS:

a) Banda de operación

Rango de Tx (MHz) de la estación base (DL)	Rango de Rx (MHz) de la estación base (UL)
1930 – 1945	1850 – 1865

b) Ancho de banda por canal radioeléctrico:

Para sistemas GSM: 200 KHz

Para sistemas UMTS: 5 MHz

Para sistemas LTE: 5 MHz, 10 MHz y 15 MHz

En tal sentido, quedó establecido que CLARO puede brindar el servicio PCS con tecnología LTE, con un ancho de banda de 5 MHz en el rango de 1935-1940 para el DL y en 1855-1860 para el UL; y adicionalmente, en aquellas zonas donde no brinda el servicio PCS con tecnología 2G/3G para la prestación del servicio de telefonía móvil y/o fija inalámbrica, puede utilizar 5 MHz y/o 10 MHz en las porciones de banda de 1930-1935 MHz y 1940-1945 MHz para el DL, así como en las porciones de banda de 1850-1855 MHz y 1860-1865 MHz para el UL, pudiendo llegar a conformar anchos de banda comprendidos de 5 MHz, 10 MHz y/o 15 MHz, según la disponibilidad del espectro radioeléctrico asignado.



Cuadro N° 2.- Banda 2 LTE en el rango de: 1850 – 1865 MHz y 1930 – 1945 MHz

Banda (MHz)	Rango (MHz)		Operador	Cobertura	Ancho de Banda (MHz)
	Inicio	Fin			
2	1 850 -1 855	1 930 -1 935	CLARO	A Nivel Nacional	5/5 MHz
	1 855 -1 860	1 935 -1 940			5/5 MHz
	1 860 -1 865	1 940 -1 945			5/5 MHz

4. Otras consideraciones:

i. Discriminación en el Acceso y Uso Compartido de Infraestructura

El "Contrato de Transferencia de Asignación de Espectro Radioeléctrico, Cesión de Obligaciones y Compromisos de Coubicación y Capacidad" (Contrato de Transferencia), en su Clausula 1.6 establece que las partes (TELEFÓNICA y Claro) implementarán diversos proyectos de interés común orientados a contribuir al desarrollo de las telecomunicaciones en el Perú que posibiliten la expansión de los servicios públicos de telecomunicaciones móviles, para lo cual, entre otras acciones, celebrarán contratos respecto de la coubicación mutua de parte de su infraestructura dentro del territorio peruano, así como el uso de capacidad.

En la cláusula 6.1 se establece además que "las partes deberán entregarse mutuamente la lista de sus estaciones base en las que a esa fecha no exista coubicación." Del mismo modo, en la misma clausula se establece que "las partes compartirán información sobre sus planes anuales de despliegue con la finalidad de considerar opciones de construcción conjunta o coubclación (...)".

Un acuerdo como el planteado por TELEFÓNICA y Claro podría generar condiciones desiguales de acceso a infraestructura entre los actores del mercado peruano de telecomunicaciones, toda vez que este acceso debería estar abierto para todos los operadores y no darse solamente bajo un acuerdo de partes. Así, obligaciones como las estipuladas en el Contrato de Transferencia no deben conseguirse bajo negociaciones




bilaterales, sino que deben tramitarse en el marco de las normas de Uso Compartido de Infraestructura, que, por lo menos, obliguen a las empresas a:

- Dar acceso a su infraestructura bajo condiciones no discriminatorias y a tarifas razonables.
- No denegar injustificadamente el acceso a su infraestructura.
- Publicar periódicamente una lista de los elementos de red (estaciones base, torres, espacios, cámaras, ductos, etc.) que estén disponibles para su uso compartido.

Asimismo, cabe señalar que la cláusula donde indican que "las partes compartirán información sobre sus planes anuales de despliegue con la finalidad de considerar opciones de construcción conjunta o coubicación (...)", en conjunto con la Cláusula 6.3 que establece que "las Partes se comprometen a coordinar el desarrollo de un posible proyecto complementario de construcción conjunta para una red de fibra óptica en el tramo Yurimaguas – Nueva Fortuna. Lo anterior, con el objeto de que esta red permita ofrecer la capacidad necesaria en dicha zona y abrir la posibilidad de utilizar la red existente, de microondas, como respaldo", podrían representar a su vez un trato diferenciado respecto al acceso a la información y/o acuerdos con otros operadores.

Se debe tener especial atención a lo establecido en la Cláusula 6.3 con relación a un posible despliegue conjunto de fibra óptica entre Yurimaguas e Iquitos, toda vez que este tramo no ha sido contemplado en la RDNFO y la infraestructura de fibra a instalarse en el marco del proyecto recientemente adjudicado "Línea de Transmisión 220 kV Moyobamba – Iquitos", recién se concluiría en el 2019. En ese sentido, se debería promover el acceso competitivo a esta infraestructura esencial, garantizando la infraestructura esté al acceso de cualquier operador y que ello conduzca a condiciones y tarifas eficientes y no discriminatorias.



	DOCUMENTO	Informe N° 547 -GPRC.GAL/2014 Página : Página 16 de 18
	INFORME N°	

ii. **Sobre el uso exclusivo de capacidad en el sistema de comunicación entre las ciudades de Tarapoto a Iquitos**

En la cláusula 6.2 se establece que Claro adquirirá a TELEFÓNICA Derechos Irrevocables de Uso⁶ sobre determinada capacidad en el sistema de comunicación de TELEFÓNICA construido entre las ciudades de Tarapoto e Iquitos, los cuales se extenderán por un plazo de 10 años.

De acuerdo a dicha cláusula, los tramos sobre los cuales Claro adquirirá dichos derechos son:

- Telefónica Tarapoto - Telefónica Iquitos: 3 enlaces de 190 Mbps cada uno con interfaz de 1 GE óptico.
- Telefónica Tarapoto - Telefónica Yurimaguas: 1 enlace de 30 Mbps con interfaz de 1 GE óptico.
- Telefónica Yurimaguas - Telefónica Nueva Fortuna: 1 enlace de 30 Mbps con interfaz de 1 GE óptico.
- Telefónica Nueva Fortuna - Telefónica Iquitos: 1 enlace de 30 Mbps con interfaz de 1 GE óptico.

Al respecto, a la fecha se tiene conocimiento que el único sistema de comunicación terrestre que une las ciudades de Tarapoto e Iquitos, es el que fue desplegado en el marco de la Adenda del Contrato de Telefónica Móviles⁷. Así, se tienen los siguientes tramos:

⁶ Derecho irrevocable de uso (Indefeasible Right of Use - IRU) equivale a la propiedad de la capacidad por el periodo pactado. Un IRU posee la ventaja de ser considerado como un bien que sufre una depreciación que entra en el balance final de la empresa. Un IRU es la forma más interesante de capacidad que una empresa pueda adquirir, ya que exige un compromiso de uso de la capacidad definida que no puede ser revocado, hasta concluir los tiempos acordados.

⁷ II. Cláusula Segunda: Desarrollo de Red de Transporte (microondas) Rioja - Moyobamba – Yurimaguas – Iquitos

Directa o indirectamente, TELEFÓNICA deberá desarrollar infraestructura de transporte (microondas) de telecomunicaciones en el tramo Rioja-Moyobamba-Yurimaguas-Iquitos, a fin de permitir el acceso a Internet sin costo a entidades públicas ubicadas en las localidades beneficiarias detalladas en el Anexo 3.

1. Condiciones técnicas:

- a) Se desplegará una red de transporte conformada por sistemas de radioenlaces microondas, con una capacidad mínima de 10 STM1.
- b) TELEFÓNICA determinará libremente el diseño y la arquitectura de su red y el lugar de ubicación de la infraestructura a implementar. Asimismo, podrá utilizar las redes y activos existentes; así como, los de



- Tramo Tarapoto - Yurimaguas: Fibra Óptica.
- Tramo Yurimaguas - Nueva Fortuna: enlace de microondas de 1.5 Gbps de capacidad a lo largo de 370 Km, y que consta de 11 saltos (estaciones).
- Tramo Nueva Fortuna - Iquitos: Fibra Óptica.

En ese sentido, los Derechos Irrevocables de Uso sobre la capacidad de los tramos listados, y en especial sobre la capacidad de 190 Mbps en 3 enlaces en el tramo de Yurimaguas - Nueva Fortuna (contenido en el tramo de Tarapoto e Iquitos), que Claro adquirirá a TELEFÓNICA, implica:

- Que el 38% (570 Mbps) de la capacidad total de 1.5 Gbps instalada en el tramo de microondas entre Yurimaguas y Nueva Fortuna, sería entregada en exclusividad a Claro, con lo cual habría menos capacidad restante que pueda ser accedida por el resto de competidores.


En esta situación, no hay garantías de que otro operador pueda alcanzar similares niveles de sinergia, por lo tanto, siendo necesario salvaguardar los principios de transparencia, no discriminación, así como la igualdad de participación no es conveniente la transacción solicitada.

Por último, reiteramos que acuerdos de competencia como el descrito en la propuesta podrían tratarse de manera más transparente en el marco de las normas de participación de infraestructura y no a través de una adenda al contrato.

otras empresas del Grupo Telefónica u otras operadoras, previo acuerdo con éstas y de conformidad con la legislación vigente en cada oportunidad.

c) Una vez que la red se encuentre en funcionamiento, TELEFÓNICA pondrá a disposición una oferta mayorista de servicios portadores a precios de mercado para los tramos que conforman esta red. En caso no se llegara a un acuerdo entre TELEFÓNICA y el solicitante de capacidad, éste podrá recurrir a OSIPTEL, a fin de que emita un mandato de acceso, basado en costos, que incluirá la capacidad que sea requerida por el solicitante.



	DOCUMENTO	Informe N° 547 -GPRC.GAL/2014 Página : Página 18 de 18
	INFORME N°	

IV. CONCLUSIÓN:

Por los argumentos legales, económicos y técnicos antes planteados, consideramos que no se debe aprobar la solicitud de adenda al contrato de concesión de TELEFÓNICA.



AYUDA MEMORIA

Opinión sobre la Solicitud de Transferencia de Espectro radioeléctrico de la Banda 1725 - 1730 MHz y 2 125 - 2 130 MHz (5+5) de Telefónica del Perú a América Móvil

I. ANTECEDENTES

- Con fecha 14 de octubre del 2014, Telefónica del Perú solicita al MTC la transferencia parcial del bloque A de la Banda 1.7/2.1 GHz a favor de América Móvil, y de algunas obligaciones derivadas de la asignación de dicha banda.
- La transferencia solicitada se refiere a la banda de 1725-1730 MHz y 2125-2130 MHz (5+5) y de determinadas obligaciones referidas al Plan de Cobertura y Metas de Uso de espectro radioeléctrico contenidas en los Anexos 2 y 5 del Contrato de Concesión Única para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones y asignación del Bloque A de la Banda 1 710-1 770 MHz y 2110-2 170 MHz a nivel nacional.
- El 6 de noviembre de 2014, el MTC solicito a OSIPTEL emitir su opinión al respecto, en materia de sus competencias.
- Mediante Informe N° 547-GPRC.GAL/2014, del 13 de noviembre, GPRC remite a la Gerencia General el Proyecto de Opinión al referido proceso.

II. MERCADOS INVOLUCRADOS

Telefónica del Perú, a quien recientemente se le transfirieron los títulos habilitantes y registros de valor agregado de Telefónica Móviles (mediante Resolución Viceministerial N° 461-2014-MTC/03).

- Participación en el mercado móvil; 55.8% en líneas en servicio y 55.5% en tráfico cursado.

América Móvil, empresa que opera de manera integrada en los mercados fijos y móviles, desde que adquirió los derechos y concesiones de Telmex Perú.

- Participación en el mercado móvil; 55.8% en líneas en servicio y 55.5% en tráfico cursado-

III. Proceso de concesión

- El 22 de julio de 2013 concluyó el proceso de la licitación de los bloques "A" y "B" de la banda de 1.7/2.1 GHz en el Perú. TELEFÓNICA fue la ganadora del bloque A (1710-1730 MHz y 2110-2130 MHz) y Americatel del Perú S.A fue la ganadora del bloque B (1730-1750 MHz y 2130-2150 MHz).



- El 2 de octubre se emite la Resolución Ministerial N° 616-2013-MTC/03 que otorgó a TELEFÓNICA la concesión única para la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones.
- El Contrato de Concesión fue suscrito el 10 de octubre de 2013, y a partir de esa fecha contó con doce (12) meses de plazo para iniciar la prestación del servicio.
- TELEFÓNICA comunicó al OSIPTEL que el inicio de operaciones para la prestación del servicio PCS con tecnología LTE era a partir del 02 de enero de 2014.

IV. EVALUACIÓN DEL PROCESO DE TRANSFERENCIA

1. Análisis Legal:

- El contrato de concesión de TELEFÓNICA ha sido otorgado conforme al Reglamento de la Ley Marco de APP's.
- Dicho reglamento contempla una cláusula por la que los Contratos otorgados mediante Asociaciones Público-Privadas no pueden ser modificados en los tres (3) primeros años¹, a menos que se trate de la corrección de errores materiales, requerimientos sustentados de los acreedores permitidos y/o precisión de aspectos operativos que impidan la ejecución del contrato.
- En el presente caso, se tiene que: (i) las modificaciones que se pretende introducir en el Contrato de Concesión no se refieren a ninguna de las materias de la lista taxativa del acotado Art. 15°, y (ii) el Contrato que pretende modificarse fue suscrito con fecha 10 de octubre de 2013, siendo así que a la fecha aún no han transcurrido tres (3) años desde la fecha de su suscripción.
- Por lo tanto, resulta legalmente inviable la aprobación de la solicitud planteada por Telefónica mediante su escrito de fecha 14 de octubre de 2014.

¹ “Artículo 15°.- Causales y procedimiento para la modificación de los contratos de Asociación Público Privada (...)

15.2 Durante los primeros tres (03) años contados desde la fecha de su suscripción, las entidades no podrán suscribir adendas a los contratos de Asociación Público Privada, salvo que se tratara de:

- a) La corrección de errores materiales;
- b) Los requerimientos sustentados de los acreedores permitidos vinculados a la etapa de cierre financiero del contrato; o,
- c) La precisión de aspectos operativos que impidan la ejecución del contrato.”



2. Análisis Económico:

2.1. Afectación a la Libre Competencia:

- El Decreto Supremo N° 020-2007-MTC, establece en su artículo 117° que las concesiones y las asignaciones de espectro son intransferibles total o parcialmente, salvo aprobación previa y expresa del Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Precizando además que dicha solicitud de transferencia no podrá ser denegada sin causa justificada, señalando algunos de los supuestos que se consideran como causa justificada².
- El artículo 6° del TUO de la Ley establece que el Estado fomenta la libre competencia en la prestación de los servicios de telecomunicaciones, de acuerdo al siguiente texto:

Artículo 6.- 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 derivados de la posición dominante de una empresa o empresas en el mercado. Igualmente, el Estado fomenta la participación de los usuarios de servidores de los de telecomunicaciones, en el establecimiento de tarifas y en la prestación y control de estos servicios.

- El contexto en el que se pretende realizar esta transferencia muestra que los dos actores involucrados más del 95% del mercado móvil tanto en líneas en servicio como en tráfico cursado e ingresos.
- Además la reciente entrada de Viettel, y tomando en cuenta que es el único operador que no cuenta con espectro 4G-LTE, estaríamos en un escenario en el que eventualmente podría existir alguna otra empresa interesada en obtener el espectro radioeléctrico que TELEFONICA desea ceder.

2.2. Riesgo de Colusión en las Subastas:

- El permitir que se genere esta transferencia entre privados, restaría presión competitiva al proceso de subastas, pues sienta las bases para que se establezcan acuerdos futuros entre operadores en los que unos pocos participen de la subasta de futuras

² **Artículo 117°.- Transferencia de concesiones y autorizaciones**

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



bandas y, en un segundo momento, transfieran parte del espectro que se les ha asignado.

- o Elimina los beneficios de la subasta como mecanismo eficiente de asignación y la sustituye por un mecanismo arbitrario.
- o Reduce los potenciales ingresos del Estado pues se limita la competencia por el recurso.

3. Análisis Técnico:

3.1 Sobre las obligaciones de cobertura:

- El contrato de concesión de la banda AWS establece que el plan de cobertura y la propuesta técnica solo pueden ser modificados cuando implique mayores compromisos asumidos.
- La propuesta de TELEFONICA no implica mayores compromisos asumidos, por lo tanto se ratifica la inviabilidad legal y contractual de la modificación solicitada.

V. CONCLUSIÓN:

Por los argumentos legales, económicos y técnicos antes planteados, consideramos que no se debe aprobar la solicitud de adenda al contrato de concesión de TELEFÓNICA.





PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL

CARGO

11031

Lima, 14 NOV. 2014

C. 1109 -GG.GPRC.GAL/2014

Señor
JUAN CARLOS MEJÍA
DIRECTOR GENERAL DE CONCESIONES EN COMUNICACIONES
MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES
Jr. Zorritos N° 1203
Cercado.-

DD. 209972
OAG y GD - NTC
Recepción Documental
15 NOV 2014
VENTANILLA N° 13
V°B°

Ref.: Oficio N° 42065-2014-MTC/27

De mi consideración:

Me dirijo a usted con relación al oficio de referencia, mediante la cual se solicita la opinión del OSIPTEL respecto a la solicitud de transferencia de espectro radioeléctrico de la Banda 1725 —1730 MHz y 2 125 — 2 130 MHz (5+5) y, de determinadas obligaciones referidas al Plan de Cobertura y Metas de Uso de espectro radioeléctrico asociadas, formulada por Telefónica del Perú S.A.A.

Al respecto, en la Sesión realizada el 14 de noviembre del año en curso, el Consejo Directivo ha evaluado la solicitud de Telefónica del Perú S.A.A., considerando los argumentos presentados por la empresa y la normativa vigente al respecto.

Por consiguiente, dados los impactos legales, económicos y técnicos de dicha transferencia, que se desarrollan en el Informe N° 547-GPRC.GAL /2014, el Consejo Directivo recomienda que no se apruebe la solicitud de adenda del contrato de concesión formulada por Telefónica del Perú S.A.A., por la cual se permitiría transferir el espectro radioeléctrico de la Banda 1725 - 1730 MHz y 2125 - 2130 MHz (5+5) de Telefónica del Perú S.A.A a favor de la empresa América Móvil Perú S.A.C.

Hago propicia la oportunidad para hacerle llegar mi consideración y estima personal.

Atentamente,

JORGE ANTONIO APOLONI QUISPE
GERENTE GENERAL



J

o

o