

Régimen Legal de la Transferencia de Títulos Sobre el Espectro Radioeléctrico: El Mercado Secundario

Gerardo Soto Carrillo*

Resumen:

El presente trabajo describe la regulación de la transferencia de espectro radioeléctrico en el ámbito de los servicios públicos de telecomunicaciones, como parte del mercado secundario de espectro. Se analiza el marco legal y los precedentes administrativos que han emitido las autoridades encargadas de la materia.

Palabras clave:

Espectro radioeléctrico – Mercado secundario – Telecomunicaciones – Concesión

Abstract:

This paper describes the regulation of radio spectrum transfer for public telecommunications services, as part of the secondary market for spectrum. The legal framework and administrative precedents issued by competent authorities are analyzed.

Keywords:

Radio spectrum – Secondary market – Telecommunications – Concession

Sumario:

1. Introducción – 2. El régimen general de la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones en el Perú – 3. El régimen de transferencia de títulos habilitantes y el caso específico de la transferencia de asignaciones de espectro radioeléctrico – 4. Situaciones particulares en la transferencia de espectro radioeléctrico derivadas de la resolución de contratos de concesión – 5. Los contratos de concesión derivados de la subasta – 6. A modo de conclusión

* Socio del Estudio Payet, Rey, Cauvi, Pérez. Master en Regulación de Servicios Públicos. Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1. Introducción

El presente trabajo tiene como finalidad describir el régimen legal de transferencia entre particulares de porciones asignadas de espectro radioeléctrico.

Desde un ámbito más amplio, en Perú existen diversas formas por las cuales una empresa o grupo empresarial puede adquirir el derecho de usar una porción de espectro radioeléctrico previamente asignado. Una de las más usuales es la adquisición del control societario de la compañía que ostenta la titularidad del espectro en el país; por ejemplo, en los años 90 del siglo pasado, el grupo Nextel adquirió el control societario de varias empresas que contaban con espectro asignado por el Estado peruano. Caso distinto sucedió recientemente, en 2013, cuando el grupo Entel Chile adquirió el control societario de Nextel. Este tipo de adquisiciones –las cuales no serán objeto del presente trabajo– no requieren una aprobación del Estado peruano¹.

Una vez que una empresa cuenta con una porción de espectro radioeléctrico asignado puede transferir a un tercero ese derecho, bajo una serie de reglas que se describirán más adelante, siendo una de las principales que dicha transferencia cuente con autorización estatal. Este tipo de transferencias se enmarca en lo que se denomina el *mercado secundario* de espectro radioeléctrico. La etapa primaria corresponde a la adquisición original del espectro a través de un procedimiento de solicitud de parte o a través de una subasta.

La Unión Internacional de Telecomunicaciones – UIT, define al mercado secundario de espectro (*secondary trading*) “la compra y venta de (...) de derechos sobre el espectro tras su asignación inicial por la autoridad encargada de la gestión del espectro. Este tipo de operaciones puede tener lugar directamente entre las partes o a través de un intermediario.”² Dicha organización internacional también da cuenta de la eficiencia económica presente en la existencia del mercado secundario³.

En el Perú, el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL, también ha analizado las ventajas y desventajas del mercado secundario de espectro⁴ ⁵. Como describiremos posteriormente, el mercado secundario de espectro existe en el Perú, habiéndose realizado diversas transferencias de espectro aprobadas por el Estado peruano.

Un mecanismo de protección contra la acumulación de espectro es el establecimiento de toques que limitan la capacidad de espectro que una empresa o grupo empresarial puede obtener. Por ejemplo, el Decreto Supremo No. 11-2005-MTC dispone un tope en la asignación de espectro para servicios públicos móviles, de 60 MHz para las bandas 800 MHz, 900 MHz y 1900 MHz. La modificación efectuada por el Decreto Supremo No. 11-2012-MTC creó un tope específico de 40 MHz en relación a las bandas 1710-1770 MHz y 2110-2170 MHz⁶, de forma que éstas no son

1 Las normas aplicables sólo establecen una obligación de informar el cambio de accionistas de la empresa titular del espectro. No obstante, si la adquisición corporativa ocurre de forma tal que dichos accionistas no varían, no existiría dicha obligación.

2 UIT (2014) “Aspectos económicos de la gestión del espectro - Informe UIT-R SM.2012-4” (versión de junio 2014) pp. 161.

3 “Spectrum trading contributes to a more economically efficient use of frequencies. This is because a trade will only take place if the spectrum is worth more to the new user than it was to the old user, reflecting the greater economic benefit the new user expects to derive from its use. In the absence of misjudgements or irrational behaviour on the part of the buyer or seller, and if the trade does not cause external effects, then it can be assumed that spectrum trading contributes to greater economic efficiency. As well as this direct effect, which at the same time boosts transparency by revealing the true opportunity cost of the spectrum, secondary trading also results in a series of indirect positive effects. Spectrum trading makes it possible for companies to expand more quickly than would otherwise be the case. It also makes it easier for prospective new market entrants to acquire spectrum in order to enter the market. Greater flexibility in spectrum use also provides considerable incentives for incumbents to invest in new technology in order to ward off the threat of new entrants in the absence of other barriers to entry (i.e. the unavailability of spectrum). This in turn will boost market competition. These economic efficiency gains will not be realised, however, if transaction costs are too high or if external effects intervene (particularly, anti-competitive behaviour and interference). It is important to ensure that the transaction or administrative costs for spectrum users are as low as possible. This implies, for example, that there should be few bureaucratic obstacles to the transfer of spectrum. At the same time, there should be a source of clear information that allows prospective spectrum users to find out which frequencies are available, what they can be used for, who is currently using them and what needs to be done in order to obtain a right of use.” UIT – Infodiv “Radio Spectrum Management, Striking a Balance Between Market Flexibility and Regulation”. Corresponde a la sección 5 del ICT Regulation Toolkit. <<http://www.ictregulationtoolkit.org/sectionexport/pdf/5>>.

4 Señalan como principal ventaja a las ganancias de eficiencia en el uso del recurso. Otras ventajas son la revelación del verdadero costo de oportunidad del espectro, mejores ofertas en el servicio dado que los operadores pueden expandir sus operación rápidamente y la innovación en tecnología, concluyendo respecto de las ventajas que: “en conjunto, los beneficios relacionados a una mayor eficiencia técnica, a una mayor gama de servicios ofrecidos por los operadores establecidos, a una mayor facilidad para que nuevos operadores entren al mercado, y a los nuevos incentivos para un mayor despliegue tecnológico, generarán un entorno de mayor competencia”. Las desventajas descritas por OSIPTEL son el riesgo de mayor incertidumbre en el mercado debido a que el número de operadores podría cambiar respecto del escenario de asignación primaria, asimismo puede generarse acumulación de espectro y conflictos por interferencias. OSIPTEL. “El Espectro Radioeléctrico como herramienta para la promoción de la expansión de los servicios móviles y la competencia en el Perú”. Lima, 2013.

5 Para el caso de la Unión Europea, Cfr. GARCÍA LEYVA, Ma Trinidad (2009) “La Unión Europea y el espectro radioeléctrico: de la armonización técnica a la liberalización del interés público” En: *Redes.com*, n. 5, pp. 283-308.

6 Comúnmente conocida como la banda de Advanced Wireless Services – AWS.

consideradas a efectos del tope original de 60 MHz. Asimismo, el Decreto Supremo No. 2-2006-MTC también establece un tope de 50 MHz a las asignaciones de espectro para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones en la banda 3400 - 3600 MHz.

En este sentido, el mercado secundario de espectro para servicios públicos de telecomunicaciones en Perú está sujeto a determinados toques para bandas específicas y también a la aprobación estatal de la transferencia.

2. El régimen general de la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones en el Perú

La operación de los servicios de telecomunicaciones en Perú se encuentra sujeta principalmente a las disposiciones del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo No. 13-93-TCC (en adelante, la "Ley de Telecomunicaciones")⁷ y de su Reglamento General, cuyo Texto Único Ordenado ha sido aprobado por el Decreto Supremo No. 20-2007-MTC (en adelante "Reglamento General")⁸.

De conformidad con la Ley de Telecomunicaciones, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones –MTC, es la entidad competente para regular y otorgar concesiones, autorizaciones, permisos y licencias necesarios para la prestación de servicios de telecomunicaciones. Asimismo, el MTC es competente para regular y otorgar asignaciones de porciones de espectro radioeléctrico para los servicios que lo requieran.

OSIPTEL es el organismo regulador sectorial, con competencia sólo respecto de servicios públicos de telecomunicaciones, tal como lo dispone la Ley 26285⁹. El régimen jurídico principal de OSIPTEL incluye además la Ley No. 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores, la Ley No. 27336, Ley de Facultades y Funciones de OSIPTEL y el Decreto Supremo No. 8-2001-PCM, Reglamento General de OSIPTEL. Este organismo no tiene funciones atribuidas respecto del otorgamiento de derechos para el uso del espectro radioeléctrico ni para su fiscalización.

Los servicios de telecomunicaciones se clasifican en públicos, privados o privados de interés público. Son servicios públicos aquellos que se

encuentran a disposición del público en general y cuya utilización se efectúe a cambio del pago de una contraprestación. Por otro lado, los servicios privados son aquellos que establecen las personas naturales o jurídicas para satisfacer sus propias necesidades de comunicación. Por último, son servicios privados de interés público aquellos denominados de radiodifusión (televisión abierta y radio).

Adicionalmente, los servicios de telecomunicaciones se clasifican en:

- a) **Servicios Portadores.**- Proporcionan la capacidad necesaria para el transporte y enrutamiento de señales que permiten la prestación de servicios finales, de difusión y de valor añadido. Son considerados necesariamente servicios públicos. La prestación de servicios portadores requiere del otorgamiento de una concesión.
- b) **Teleservicios o Servicios Finales.**- Proporcionan la capacidad completa que hace posible la comunicación entre usuarios. Forman parte de este tipo de servicios, entre otros, la telefonía fija y móvil, el servicio télex, el servicio telegráfico, servicio de buscapersonas, servicio móvil de canales múltiples de selección automática, servicio de conmutación para transmisión de datos, servicios multimedios, servicio de comunicaciones personales, servicios móviles por satélite, servicio móvil de datos marítimo por satélite y los servicios de radiocomunicación. La prestación de servicios finales públicos requiere del otorgamiento de una concesión. La prestación de servicios finales privados y de radiocomunicación requiere del otorgamiento de una autorización, permiso o licencia según sea el caso.
- c) **Servicios de Difusión.**- Aquellos en los que la comunicación se realiza en un solo sentido hacia varios puntos de recepción. Forman parte de este tipo de servicios, entre otros, el servicio de radiodifusión sonora y de televisión, el servicio de distribución de radiodifusión por cable y el circuito cerrado de televisión. La prestación de servicios de difusión públicos requiere del otorgamiento de una concesión. La prestación de servicios de difusión privados y de radiodifusión requiere del otorgamiento de una autorización, permiso o licencia según sea el caso.

7 Publicado en el diario oficial El Peruano el 6 de mayo de 1993. El T.U.O. de la Ley de Telecomunicaciones recoge las disposiciones originales del Decreto Legislativo No. 702, de noviembre de 1991 y sus modificaciones.

8 El Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones fue aprobado por el Decreto Supremo 6-94-TCC. En la actualidad luego de numerosas modificaciones, existe un texto único ordenado aprobado por el Decreto Supremo 20-2007-MTC, publicado el 04 de julio de 2007.

9 Tercera Disposición Final de la Ley No.26285: "A partir de la promulgación de la presente Ley, el OSIPTEL será competente exclusivamente para los servicios públicos de telecomunicaciones (...)."

d) **Servicios de Valor Añadido.**- Aquellos que, utilizando como soporte servicios portadores o finales o de difusión, añaden alguna característica o facilidad al servicio que les sirve de base. Forman parte de este tipo de servicios, entre otros, el facsímil, el videotex, el teletexto, la teleacción, telemando, telealarma, almacenamiento y retransmisión de datos, teleproceso y procesamiento de datos, mensajería interpersonal, mensajería de voz, servicio de consulta, servicio de conmutación de datos por paquetes y suministro de información. La prestación de servicios de valor añadido requiere la inscripción de la empresa prestadora en el registro pertinente del MTC.

El servicio público de distribución de radiodifusión por cable (denominado también como televisión de abonados o televisión de pago), puede ser prestado bajo tres modalidades: (i) cable alámbrico u óptico, (ii) MMDS y (iii) difusión directa por satélite.

Los títulos habilitantes emitidos por el MTC, para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, son los siguientes:

- a) La prestación de servicios públicos de valor añadido no requiere concesión, sólo un registro de manera previa a la prestación del servicio¹⁰.
- b) Concesión única.- Faculta a la prestación de todos los servicios públicos de telecomunicaciones. El contrato puede incluir servicios específicos. Para cada servicio público que la empresa decida prestar, deberá registrar el nuevo servicio en un registro especial del MTC, sin este registro la empresa no puede prestar el servicio nuevo.

El régimen de concesión única se crea mediante las modificaciones realizadas a la Ley de Telecomunicaciones por la Ley No. 28737, publicada el 18 de mayo de 2006, que entró en vigencia el 5 de julio de 2007. De esta manera, en este régimen ya no es necesario que una empresa solicite una concesión por cada servicio público que pretenda prestar.

Conviene agregar que la tercera disposición transitoria de este dispositivo normativo contempla la posibilidad de que anteriores

contratos de concesión se adecuen al régimen de concesión única.

Las causales de resolución del contrato de concesión se encuentran establecidas en el artículo 137 del Reglamento General:

“Artículo 137.- Causales de resolución del contrato

El contrato de concesión se resuelve por:

1. *Incumplimiento del plazo pactado para iniciar la prestación del servicio. Si el contrato de concesión comprende varios servicios o varias modalidades de un servicio y el incumplimiento está referido a uno de los servicios o modalidades otorgados, el concesionario perderá el derecho a prestar dichos servicios o modalidades.*
2. *Incumplimiento de otras obligaciones contraídas por el concesionario, cuando hayan sido expresamente convenidas como causal de resolución del contrato.*
3. *Suspensión de la prestación del servicio sin previa autorización del Ministerio, salvo que ésta se produzca por razones de fuerza mayor o caso fortuito debidamente acreditados y calificados como tales por el Ministerio.*
4. *Incumplimiento reiterado de las obligaciones referidas a la inviolabilidad y el secreto de las telecomunicaciones, debidamente acreditado, siguiendo el debido proceso y siempre que se encuentre con resolución firme.*
5. *Incumplimiento del pago de la tasa durante dos (2) años calendario consecutivos, salvo que cuente con fraccionamiento vigente o se haya dejado en suspenso la exigibilidad de las obligaciones económicas conforme a lo establecido en la Ley General del Sistema Concursal.*
6. *Incumplimiento del pago del canon por dos (2) años calendario consecutivos, salvo que cuente con fraccionamiento vigente o se haya dejado en suspenso la exigibilidad de las obligaciones económicas conforme a lo establecido en la Ley General del Sistema Concursal.*
7. *Pérdida del fraccionamiento de pago por las deudas existentes al momento de otorgarse la concesión respectiva.*

10 Sólo si la prestación del servicio de valor añadido requiere la instalación de redes propias distintas a las de los servicios portadores o tele servicios, se requiere una autorización del MTC.

8. *Incumplimiento de la obligación de atender, como mínimo, un distrito fuera de la provincia de Lima y la Provincia Constitucional del Callao, para los casos en que la concesión para teleservicios involucre la Provincia de Lima y/o la Provincia Constitucional del Callao, conforme lo señala el numeral 7 del artículo 144.*
9. *Cancelación de todos los registros, tratándose de concesión única.*
10. *La redistribución parcial o total, a través del servicio público de distribución de radiodifusión por cable, de la señal o programación proveniente de otro concesionario del mismo servicio, siempre que dicha redistribución no haya sido materia de acuerdo escrito entre ambos concesionarios.*

Esta causal también será aplicable, si el concesionario redistribuye la señal o programación de otro operador del mismo servicio, contratada por cualquier abonado.

El contrato de concesión podrá establecer un procedimiento especial para la resolución. Para los casos de los numerales 5, 6 y 8 la resolución opera de pleno derecho, sin perjuicio de su formalización mediante la resolución correspondiente."

Como se puede apreciar, existen ciertas causales (falta de pago de las tasas y canon, y la prestación en un distrito fuera de Lima y Callao para determinada situación) en las cuales la resolución del contrato de concesión no se estima producida con la emisión de la resolución ministerial correspondiente. En estos casos, la resolución ministerial sólo formaliza una resolución contractual producida con anterioridad.

Asimismo, de conformidad con lo establecido en el artículo 135 del Reglamento General, vencido el plazo de inicio del servicio sin que el mismo se hubiere iniciado, se producirá la resolución de pleno derecho del contrato de concesión y, simultáneamente, quedará sin efecto la correspondiente resolución que asignó el uso del espectro¹¹.

3. El régimen de la transferencia de títulos habilitantes y el caso específico de la transferencia de asignaciones de espectro radioeléctrico

3.1 El espectro radioeléctrico en el régimen legal peruano

El sistema jurídico peruano trata al espectro radioeléctrico como un recurso natural del Estado.

Al respecto, la Ley de Telecomunicaciones establece en su artículo 57 que "[e]l Espectro radioeléctrico es un recurso natural de dimensiones limitadas que forma parte del patrimonio de la Nación."¹² A su vez, la Ley No. 26821, Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, señala lo siguiente:

"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; (...)"

Artículo 4.- Los recursos naturales mantenidos en su fuente, sean éstos renovables o no renovables, son Patrimonio de la Nación. Los frutos y productos de los recursos naturales obtenidos en la forma establecida en la presente Ley, son del dominio de los titulares de los derechos concedidos sobre ellos."

Pronunciándose acerca de las características jurídicas del espectro radioeléctrico, en su sentencia del 19 de setiembre de 2006 recaída en el expediente No. 003-2006-AI, el Pleno del Tribunal Constitucional señala lo siguiente:

"57. Asimismo, en tanto recurso natural y bien de dominio público, el uso del espectro radioeléctrico se atribuye y se ejerce en armonía con el interés público y el bienestar de la sociedad toda. Es así que el Estado puede autorizar a los medios de radiodifusión su uso, pero en ningún caso transmitir el dominio que sobre él ejerce, manteniendo para sí la supervisión y un control general del espectro en aras de garantizar que sus

11 Reglamento General: "Artículo 135°.- Resolución de contrato por incumplimiento del plazo de inicio de la prestación del servicio. Vencido el plazo indicado conforme al artículo anterior sin haberse iniciado la prestación del servicio de telecomunicaciones concedido, se producirá de pleno derecho la resolución del contrato de concesión, y simultáneamente quedará sin efecto la correspondiente resolución que asignó el uso del espectro."

12 Análoga situación es reconocida en el artículo 11° de la Ley de Radio y Televisión, en el cual se señala lo siguiente: "Artículo 11°.- El espectro radioeléctrico es un recurso natural de dimensiones limitadas que forma parte del patrimonio de la Nación. Su utilización y otorgamiento para la prestación del servicio de radiodifusión, se efectúa en las condiciones señaladas en la presente Ley y las normas internacionales de la Unión Internacional de Telecomunicaciones".

finés en ningún caso disientan del interés público y social que le es inherente.”

De esta manera, si bien el espectro radioeléctrico no constituye un bien tangible sino el resultado de una actividad humana, el sistema jurídico peruano lo asimila como un bien del Estado¹³. Según este régimen, se establece que es el MTC la entidad competente para regular su uso y el establecimiento de derechos a favor de los particulares, así como la fiscalización correspondiente¹⁴. En otros países se ha discutido en extenso: (i) si el régimen jurídico de dominio estatal es el adecuado y, (ii) el carácter de “bien” del espectro radioeléctrico¹⁵.

El Perú, mediante Resolución Legislativa No. 26362, ha adoptado la Constitución, Convenio y Protocolo Facultativo de la UIT, en cuyo artículo 4 se señala que tiene efecto vinculante para los Estados el Reglamento de Radiocomunicaciones.

A efectos de establecer orden en los usos y derechos sobre el espectro radioeléctrico, siguiendo las disposiciones de la UIT, el MTC aprobó el Plan Nacional de Atribución de Frecuencias – PNAF, mediante Resolución Ministerial No. 187-2005-MTC/03. En el PNAF los servicios de telecomunicaciones son atribuidos a determinadas bandas de frecuencias.

Posteriormente, mediante Resolución Directoral y dentro de las bandas atribuidas, se puede otorgar a particulares el uso específico de ciertas porciones de espectro, a través de una asignación de espectro^{16, 17}.

Con la finalidad de asegurar el uso eficiente del espectro radioeléctrico, el MTC aprueba Metas de Uso, cuyo régimen se encuentra establecido en la Resolución Ministerial No. 87-2002-MTC/15.03.

La asignación de espectro radioeléctrico no se circunscribe a un único servicio público de telecomunicaciones, de conformidad con el artículo 208 del Reglamento General, que dispone:

“Artículo 208.- Asignación de espectro radioeléctrico en bandas atribuidas para la prestación de más de un servicio público de telecomunicaciones.

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

De esta manera, si un particular tiene asignada determinada porción del espectro radioeléctrico que inicialmente usaba para un determinado servicio público de telecomunicaciones, podrá usar dicho espectro, sin requerir una nueva asignación, para otros servicios públicos de telecomunicaciones (bajo su concesión), siempre que la banda esté atribuida para este tipo de servicios en el PNAF.

13 *“De la fórmula legal es fácil concluir que el objeto no es una realidad física o una entidad de razón, sino una actividad humana. Primeramente hay que pensar que no es, no puede ser objeto demanial el espacio en cuanto contenido, sino en cuanto continente, equivalente a mera distancia. La noción de radiación electromagnética implica la idea de espacio ocupado por la radiación, y es de esta noción de espacio, de un concepto de la física, de la que se habla jurídicamente, a veces, como espacio radioeléctrico. Por más que se intente encontrar ese bien (salvo que se considere, como CHINCHILLA, que es la energía electromagnética), lo cierto es que resulta difícil conceptualarlo jurídicamente aprehensible como tal, sin recurrir a socorridas analogías o ficciones. Y ello porque de lo que en el fondo se trata es de utilizar leyes de la naturaleza, propiedades de la energía electromagnética, y no parece haber más intervención humana que la de emisión. Si no hay emisión, no hay bien alguno que demanializar. El, legalmente, llamado dominio público radioeléctrico sólo existe si se crea, si se usan aquellas propiedades de la radiación electromagnética. El objeto demanializado debería ser, por tanto, la extracción de la utilidad de aquellas leyes naturales, que es lo que requiere habilidad humana encaminada a satisfacer una necesidad, y por tanto genera un “bien”. Pero como falta, en la noción legal, la idea de “soberanía”, que, con toda evidencia, vincularía esa regulación a un ordenamiento y un territorio concreto, la confusión es total. El resultado es que se ha cosificado una actividad, actividad que requiere, lógicamente, un ordenamiento concreto de referencia: la referencia al territorio del Estado sobre el que se realiza”. FERNANDO PABLO, Marcos M. “Sobre el dominio público radioeléctrico: espejismo y realidad”. En: Revista de Administración Pública, número 143, Mayo/Agosto 1997 pp. 107 y ss.*

14 Ley de Telecomunicaciones: “Artículo 58º.- La administración, asignación de frecuencias y control del espectro radioeléctrico corresponden al Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción”.

15 Cfr. TORRES LÓPEZ, Ma. Asunción “Las comunicaciones móviles y su régimen jurídico” Civitas: Madrid, 1998 pp. 140 y ss. MARZO COSCULLUELA, Javier “El dominio público radioeléctrico”. En: Telecomunicaciones: estudios sobre dominio público y propiedad privada: Marcial Pons, Madrid 2000 pp. 149 y ss. MARTÍNEZ GARCÍA, Clara “La intervención administrativa en las telecomunicaciones”. Universidad Pontificia Comillas: Madrid, 2002 pp. 234 y ss.

16 Reglamento General: “Artículo 202º.- Definición de asignación. La asignación es el acto administrativo por el que el Estado otorga a una persona el derecho de uso sobre una determinada porción del espectro radioeléctrico, dentro de una determinada área geográfica, para la prestación de servicios de telecomunicaciones, de acuerdo con lo establecido en el PNAF”.

17 *“(…) conviene retener, decíamos, la diferencia conceptual y de régimen jurídico entre la distribución de determinadas frecuencias entre los distintos usos o servicios (atribución) y la asignación de frecuencias, que es una operación más compleja e implica una suerte de “reparto” en una región determinada, de las posibles emisiones desde un territorio, dentro de aquella banda y servicio o servicios a los que se atribuye. Con relación a la atribución, hay que señalar que es el contenido típico del Reglamento de Radiocomunicaciones (vid hoy, art. 55) distinguiendo entre atribuciones de una banda de frecuencias a un servicio o servicios a título primario, secundario, adicional o sustitutivo.” FERNANDO PABLO, Marcos M. Comentarios al artículo 61 En: Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones. Civitas: Madrid, 1999 pp. 543 – 544.*

El Reglamento General establece causas específicas en las cuales procede la reversión al Estado del espectro radioeléctrico cuyo uso fue asignado a un particular¹⁸. De esta manera, su artículo 218 señala:

“Artículo 218.- Causales de reversión del espectro al Estado

El espectro asignado para servicios públicos, revertirá al Estado en los siguientes casos:

- 1. Por revocación parcial o total de la asignación, debido al incumplimiento injustificado de metas de uso de espectro o cuando se trate de un recurso escaso y exista un uso ineficiente del mismo.*
- 2. A solicitud del titular de la asignación.*
- 3. Por vencimiento del plazo por el que se le otorgó la asignación, sin que el titular hubiese solicitado la renovación de la misma.*
- 4. Por resolución del contrato de concesión del servicio para el cual se asignó el espectro.*
- 5. Por renuncia a la concesión.*
- 6. Cuando se superen los topes de espectro radioeléctrico aprobados por el Ministerio por haberse adjudicado la buena pro en un concurso público realizado para la asignación de nuevo espectro.*

La determinación del espectro a revertir, así como el monto a ser reconocido, de ser el caso, se sujetará a la realización de un estudio previo, en el que se privilegiará la menor afectación de los derechos de los usuarios, los objetivos previstos en la realización del nuevo concurso público, entre otros criterios que establezca el Ministerio o el organismo encargado de realizar el concurso. La elaboración del estudio podrá ser delegado a terceros.

El Ministerio, de ser el caso, mediante Resolución Ministerial, establecerá los términos y condiciones en los que se efectuarán los procesos de reversión.

En ningún caso procederá el desembolso de suma alguna a favor de la concesionaria.”

Como se puede observar, una de las causales para la reversión del espectro es la resolución

del contrato de concesión del servicio público de telecomunicaciones para el cual se asignó el espectro. Posteriormente describiremos algunas situaciones específicas en las cuales la resolución de contratos de concesión se produce de pleno derecho al momento de configuración de la causal de resolución, situación en la cual el MTC declara improcedente la transferencia de concesión y del espectro asociado a la misma.

3.2 La transferencia de asignaciones de espectro radioeléctrico

De acuerdo con el artículo 51 de la Ley de Telecomunicaciones, las concesiones, autorizaciones, permisos y licencias otorgados por el Estado son intransferibles, salvo autorización previa del MTC. El incumplimiento conlleva la resolución de pleno derecho del contrato de concesión o la anulación automática de las autorizaciones, permisos y licencias¹⁹.

El Reglamento General regula la transferencia de concesiones y autorizaciones, incluyendo las asignaciones de espectro, en su artículo 117:

“Artículo 117.- Transferencia de concesiones y autorizaciones

Las autorizaciones, así como los permisos y licencias de los servicios de telecomunicaciones, son intransferibles total o parcialmente, salvo aprobación previa y expresa del Ministerio. Aprobada la transferencia, el adquirente asumirá automáticamente todos los derechos y obligaciones derivados de la autorización.

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 de que se expida el acto administrativo correspondiente. Suscrita dicha adenda el adquirente asumirá automáticamente todos los derechos y obligaciones derivados de la concesión.

¹⁸ La reversión implica que la porción del espectro asignada a un operador no puede seguir siendo utilizada por dicho operador, retornando su titularidad al Estado.

¹⁹ Sobre este artículo el MTC ha señalado en la Resolución Viceministerial No. 160-2005-MTC/03: *“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”.*

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 [de Telecomunicaciones] y aquellas que señale la Ley [de Telecomunicaciones], el Reglamento [General] 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.”

Como se aprecia, la aprobación o denegatoria a una solicitud de transferencia no es meramente discrecional. Existen situaciones previstas para una denegatoria, que son las mismas causales para denegar el otorgamiento de una concesión, y se encuentran establecidas en el artículo 113 del Reglamento General:

“Artículo 113.- Causas para denegar la concesión o autorización

El Ministerio no otorgará la concesión o autorización cuando:

- 1. El otorgamiento de la concesión o autorización ponga en peligro real o potencial la seguridad nacional o vaya en contra del interés público.*
- 2. Al 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 (1) año desde la fecha en que la resolución que sanciona quedó firme administrativamente.*
- 3. Se ponga en peligro real o potencial el cumplimiento de los fines de las telecomunicaciones como mecanismo de integración, pacificación, desarrollo y como vehículo de cultura.*
- 4. El solicitante estuviera incurso en algunas de las prohibiciones establecidas en la Ley y el Reglamento.*
- 5. 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.

- 6. 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.*
- 7. Cuando en la banda de frecuencia y localidad solicitadas no exista disponibilidad de frecuencias o se configure restricción en la disponibilidad de frecuencias, en los casos en que se requiere utilizar espectro radioeléctrico.*
- 8. Al solicitante, se le hubiera resuelto su contrato de concesión por incurrir en la causal de resolución prevista en el numeral 10 del artículo 137 y no haya transcurrido dos (2) años desde la notificación de la resolución correspondiente. Esta causal, también es aplicable a los accionistas, socios, asociados, director o representante legal, de la persona jurídica que incurrió en la referida causal, sean éstos solicitantes o formen parte de una persona jurídica solicitante.*
- 9. Otras que se contemplen en la Ley u otra norma con rango de ley.*

El presente artículo no será de aplicación a las solicitudes sobre renovación de concesión o autorización que presenten los titulares.

Lo dispuesto en los numerales 5 y 6 se aplicará además a los accionistas, socios, asociados, director o representante legal de la persona jurídica, sea ésta solicitante o forme parte de una persona jurídica solicitante”.

Nótese que una de las causales para la denegatoria es que al solicitante (sus accionistas, socios, etc.) se le hubiere resuelto un contrato de concesión por incurrir en la específica causal de redistribución parcial o total, a través del servicio público de distribución de radiodifusión por cable, de la señal o programación proveniente de otro concesionario del mismo servicio. La lista de situaciones de denegatoria no incluye la previa resolución de un contrato de concesión por una causal distinta a la descrita anteriormente²⁰.

El artículo 117 del Reglamento General también señala como causal de denegatoria a una situación

²⁰ Algunas referencias sobre cómo se aplican las causales establecidas en el artículo 113^o han sido señaladas en la Resolución Viceministerial No. 160-2005-MTC/03.

que pudiera atentar contra lo establecido en el artículo 6 de la Ley de Telecomunicaciones, el cual dispone lo siguiente:

“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”.

No conocemos antecedentes en los cuales el MTC hubiera alegado la aplicación de este artículo para la denegación de transferencia de asignación de espectro. No obstante, sí han existido casos en los cuales se han establecido condiciones especiales al aprobar la transferencia de concesiones (con asignación de espectro)^{21, 22}. La evaluación que realiza el MTC en relación con el artículo 6 se asemeja a aquellas realizadas por

agencias de competencia en relación a un control de concentraciones²³.

El artículo 117 señala que también se podrá denegar la transferencia por otras causas señaladas en la Ley de Telecomunicaciones, el Reglamento General u otra disposición legal. Entonces, entendemos que este dispositivo normativo no aplica en tanto no existan otras causales establecidas normativamente. El MTC, al aprobar las transferencias, se refiere únicamente a las causales del artículo 113 del Reglamento General y del artículo 6 de la Ley de Telecomunicaciones²⁴.

No obstante, el MTC sí ha analizado la aplicación del último párrafo del artículo 206 del Reglamento General, el cual señala que el MTC “cautelará que la asignación de frecuencias no contribuya a configurar una posición de dominio en el mercado”. Así, este Ministerio no la considera como una causal para denegar la transferencia, pero sí como una habilitación para establecer medidas apropiadas para evitar que el espectro asignado contribuya a configurar y/o acentuar una posición de dominio preexistente en el mercado²⁵.

21 Resolución Viceministerial No. 160-2005-MTC/03: *“De esta norma [artículo 6 de la Ley de Telecomunicaciones] 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 faculta 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”.*

22 Resolución Viceministerial No. 136-2012-MTC/03: *“Que, el artículo 6º del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, señala 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 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 servicios de telecomunicaciones en el establecimiento de tarifas y en la prestación y control de estos servicios; Que, mediante Oficio No. 20946-2011-MTC/27, de fecha 17 de agosto de 2011, y su reiterativo Oficio No. 24182-2011-MTC/27 de fecha 20 de setiembre de 2011, se requirió al Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL, su opinión respecto al impacto de la solicitud de transferencia presentada por TELMEX PERÚ S.A., de títulos habilitantes y de asignaciones de espectro; sobre las condiciones de competencia en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones; Que, en atención a lo señalado en el considerando precedente, el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL, emitió el Informe N° 603-GPRC/2011 – Opinión sobre la Transferencia de Títulos Habilitantes de TELMEX PERÚ S.A. a AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C., mediante el cual concluye que a través de los análisis respectivos: que en el caso de “...la transferencia de títulos de Telmex a América Móvil, no existe riesgo de concentración de espectro en un solo operador, por lo cual la existencia de una eventual posición de dominio en alguno de los mercados involucrados como resultado del proceso en mención es improbable”; Que, no obstante, OSIPTEL señala que: “Ante los posibles riesgos competitivos que existen con la transferencia de títulos de Telmex a América Móvil, el OSIPTEL tiene la tarea de mantenerse vigilante de los mercados minoristas y mayoristas- sean regulados o supervisados- para prevenir que ambas empresas se unan con el objetivo de discriminar a otros operadores de menor tamaño no integrados.”; Que, como consecuencia de ello, OSIPTEL recomienda que de aprobarse la transferencia solicitada por TELMEX PERÚ S.A., ésta se debe sujetar a determinadas condiciones; Que, con la finalidad de garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 6º del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, resulta necesario sujetar la aprobación de la transferencia solicitada al cumplimiento de las medidas específicas para salvaguardar el normal desenvolvimiento del mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, de acuerdo a las recomendaciones de OSIPTEL; (...).”*

23 En el Perú sólo existe control de concentraciones en el sector eléctrico.

24 Como ejemplo, en la Resolución Viceministerial No. 170-2006-MTC/03 se señala: *“Que de la evaluación realizada a la solicitud presentada se establece que no se incurre en las causales establecidas por el Artículo 119º [hoy 113º] del Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, ni se atenta contra lo dispuesto en el artículo 6º del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, por lo que no hay causa justificada para denegar la transferencia de la concesión; (...).”*

25 Resolución No. 160-2005-MTC/03 la cual señala lo siguiente: *“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”.*

Independientemente de lo señalado, en caso se trate de una transferencia de asignación de espectro radioeléctrico que no incluya la transferencia de la concesión original respecto de la cual la asignación fue otorgada; debe tenerse en cuenta que el favorecido con la transferencia debe contar con concesión previa que le permita utilizar el espectro a ser transferido. Ello implica que la porción de espectro involucrada debe encontrarse atribuida en el PNAF para el servicio que el beneficiario de la transferencia opera bajo su concesión previa. Ello se deriva de las disposiciones de los artículos 204 y 208 del Reglamento General:

“Artículo 204.- Condiciones para el uso del espectro radioeléctrico

El uso del espectro radioeléctrico requiere de una concesión o autorización del servicio de telecomunicaciones correspondiente, según sea el caso, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en el Reglamento. Tratándose de servicios públicos de telecomunicaciones la asignación se hará mediante resolución directoral del órgano competente del Ministerio.

Artículo 208.- Asignación de espectro radioeléctrico en bandas atribuidas para la prestación de más de un servicio público de telecomunicaciones.

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

Esta situación generó la declaración de improcedencia emitida mediante Resolución Viceministerial No. 177-2012-MTC/03, respecto de la solicitud de transferencia de espectro que presentó la empresa TC Siglo 21 S.A. a favor de la empresa DirecTV S.R.L., en tanto el MTC señaló que la concesión de esta última empresa incluía un servicio fijo por satélite, no atribuido como uso primario en el PNAF para las bandas de espectro que se pretendía transferir.

Asimismo, se debe considerar que el incumplimiento injustificado de las Metas de Uso puede generar la reversión del espectro al Estado, situación en la cual no será posible su transferencia.

3.3 La aprobación de transferencia de asignación de espectro y el principio de legalidad

Como se ha descrito, el procedimiento de aprobación de transferencia de asignaciones de espectro se encuentra regulado y, salvo que el solicitante se encuentre en una de las causales de denegatoria tasadas, el MTC está en la obligación de aprobar la transferencia.

No se trata entonces de una decisión discrecional, sino reglada y sometida al principio de legalidad que rige para todas las entidades de la Administración Pública.

El respeto que todos los poderes e instituciones del Estado deben tener ante el ordenamiento jurídico en su conjunto, desde las disposiciones constitucionales hasta las legales y reglamentarias, es uno de los fundamentos más elementales de un Estado Constitucional de Derecho. Ello debido a que, a diferencia de los particulares –respecto de los cuales la libertad es la regla y la restricción es la excepción– la actuación estatal se encuentra limitada a aquellas actividades que el ordenamiento jurídico le permite realizar²⁶, tanto en su contenido como en su procedimiento²⁷. Esta regla se denomina principio de legalidad.

Como lo explican García de Enterría y Fernández, *“el principio de legalidad de la Administración (...) se expresa en un mecanismo técnico preciso: la legalidad atribuye potestades a la Administración, precisamente. La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción, confiriéndola al efecto de poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución legal previa de potestades la Administración no puede actuar, simplemente.”*²⁸

26 *“Así surge, en contraposición a lo que es propio en general de los sujetos privados, que la Administración no puede obrar sin que el ordenamiento la autorice expresamente”* HUTCHINSON, citado en OCHOA CARDICH, César “Los principios generales del procedimiento administrativo”. En: AAVV Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley 27444 Segunda Parte”. ARA, Lima: 2003 pp. 53.

27 *“¿Podría entonces la Administración actuar sin norma alguna, o es preciso que dicte antes de su actuación el reglamento por el que aquélla ha de regirse? Si la ley, como el reglamento, por mínimos que sean, y entendidos ambos como el bloque de la legalidad, son un presupuesto de la actividad administrativa, parece que se impone la respuesta negativa, y así como no hay actuación material lícita de la Administración sin acto previo (...) tampoco hay acto lícito sin una norma previa legal o reglamentaria al que el acto o actividad de la Administración pueda ser reconducido.”* PARADA, Ramón “Derecho Administrativo I Parte General” Undécima edición. Marcial Pons: Madrid, 1999 pp. 426 – 427.

28 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. “Curso de Derecho Administrativo”. Civitas: Madrid, 2004, Tomo I, pp. 449.

El principio de legalidad refleja y ordena el sometimiento de la Administración Pública al Derecho²⁹, y se encuentra normativamente establecido, para el caso de los procedimientos administrativos, en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG:

“Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.”

Conforme lo detalla Morón³⁰ al comentar la aplicación del principio de legalidad, *“si en el Derecho privado la capacidad es la regla, y la incapacidad es la excepción, en el Derecho público la relación es precisamente la inversa (...) las competencias públicas mantienen una situación precisamente inversa, ya que debiendo su creación y subsistencia a la ley, por ende, siempre deben contar con una norma que le señale su campo atributivo, que lógicamente no puede ser ilimitado”*. De acuerdo a lo anterior, la Administración no está facultada para llevar a cabo cualquier acción –aunque su actuación parezca lógica o conveniente–, sino que requiere de una norma expresa que la autorice a hacerlo.

Cabe recordar que el Tribunal Constitucional peruano se ha pronunciado respecto del principio de legalidad, en su sentencia del 12 de mayo de 2006, en los siguientes términos:

“Y es que en virtud del principio de legalidad de la función ejecutiva, los agentes públicos deben fundar todas sus actuaciones en la normativa vigente. “El principio de ‘vinculación positiva de la Administración a la Ley’ exige que la certeza de validez de toda acción administrativa dependa de la medida en que pueda referirse a un precepto jurídico o que, partiendo de este, pueda derivarse como su cobertura o desarrollo necesario. El marco normativo para la administración es un valor indisponible, motu proprio, irrenunciable ni transigible”.

Precisamente, el apartado 1.1. del artículo IV del Título Preliminar de la Ley 27444, del Procedimiento Administrativo General, establece que “Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén

atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas”.

De este modo se evidencia como, en el ámbito de la administración pública, las actuaciones de los funcionarios y autoridades públicas deben desarrollarse dentro del marco normativo establecido en la ley y en la Constitución, marco que contiene sus competencias, así como los límites de su actuación (...)”³¹.

En particular, el cumplimiento del principio de legalidad en la emisión de actos administrativos constituye una de las principales materias que pueden ser revisadas tanto por los superiores jerárquicos dentro del propio procedimiento administrativo, como por los jueces en caso que el acto administrativo fuera impugnado en la vía judicial³².

Por ello, la denegatoria de una solicitud de transferencia de asignación de espectro radioeléctrico, que no se sustente en una de las causales específicas establecidas en la normativa será nula y, deberá ser anulada o revocada en vía administrativa o, de ser el caso, judicial.

Debe tener en cuenta que, aunque no se encuentre establecida específicamente como causal de denegatoria, es claro que no se puede transferir aquello sobre lo que no se tiene derecho. Por lo que si se ha declarado la reversión del espectro por incumplimiento injustificado de las Metas de Uso, la asignación caduca y no puede ser trasferida a un tercero. El MTC también ha denegado transferencias debido a que el contrato de concesión involucrado ya se encontraba resuelto y debido a que el favorecido por la transferencia de espectro no contaba con el título habilitante adecuado que le permitiera el uso de la banda a ser transferida.

4. Situaciones particulares en la transferencia de espectro radioeléctrico derivadas de la resolución de contratos de concesión

Existen casos en los cuales el MTC ha declarado improcedentes las solicitudes de transferencia de concesión señalando que los contratos involucrados se encontraban resueltos de pleno derecho a la fecha de la solicitud de transferencia, por haberse incumplido el plazo de inicio del servicio.

29 Cfr. BREWER-CARÍAS, Allan R. “Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina”. Legis: Bogotá, 2003 pp. 4 y ss.

30 MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Octava Edición. Lima, 2008: Gaceta Jurídica. pp 61.

31 Emitida en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente No. 2002-2006-PC/TC.

32 “La definición aportada por la ley [LPAG] pone de relieve la función que cumple el principio de legalidad en la determinación de los fines de interés general a los que debe servir la Administración Pública y que justifican su existencia, y cuya observancia o no constituye criterio válido para el enjuiciamiento de la corrección de su actuación.” DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge “Comentarios a la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General”. En: AAVV Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley 27444”. ARA: Lima, 2001 pp. 44.

Por ejemplo, la Resolución Viceministerial No. 881-2011-MTC/03 declaró improcedente la solicitud de transferencia de concesión presentada por el señor Carlos Sigarróstegui Peñafiel a favor de la empresa Tele Cable Iquitos S.A.C.³³. El MTC señaló que al no existir contrato (al encontrarse resuelto) resultaba un imposible jurídico pronunciarse sobre la solicitud de transferencia³⁴.

Esta perspectiva ha sido también aplicada en la Resolución Viceministerial No. 916-2010-MTC/03, que declaró improcedente la solicitud de transferencia de concesión (no involucraba espectro radioeléctrico) presentada por el señor Fulgencio Chacón Bermúdez a favor del señor

Luis Chacón Ruiz. En dicho caso se señaló que el contrato de concesión involucrado se encontraba resuelto de pleno derecho al no haberse pagado la tasa por explotación comercial del servicio durante dos años consecutivos y, dado que no existía ya contrato de concesión, una solicitud de transferencia resultaba improcedente por constituir un "imposible fáctico"³⁵.

De tratarse de una concesión que contaba con espectro radioeléctrico, en aplicación de lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 218 del Reglamento General, la porción de espectro asignada revierte al Estado, por lo cual queda sin efecto la resolución de asignación³⁶.

33 Resolución Viceministerial No. 881-2011-MTC/03: "Que, el artículo 137° del Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones establece como causal de resolución del contrato de concesión el incumplimiento del plazo pactado para iniciar la prestación del servicio; Que, mediante Memorando N° 5015-2008-MTC/29 del 05 de diciembre de 2008, la Dirección General de Control y Supervisión de Comunicaciones remitió el Informe N° 5306-2008-MTC/29.02 del 11 de noviembre de 2008, sustentado en el Acta de Inspección N° 000005-2008 de fecha 06 de octubre de 2008, en el cual se señala que el señor CARLOS ALFONSO SIGARROSTEGUI PEÑAFIEL no se encontraba prestando el servicio concedido en el área de su concesión; de lo cual se concluye que el concesionario no cumplió con iniciar operaciones del servicio concedido en el plazo legal previsto para tal efecto; Que, si bien con fecha 22 de septiembre de 2009 se realizó una segunda inspección técnica levantándose el Acta de Inspección N° 000854-2008/2009, en la que se verificó la operatividad del servicio concedido al señor CARLOS ALFONSO SIGARROSTEGUI PEÑAFIEL, en la misma se consigna que la representante del concesionario en la diligencia manifestó que inició la prestación del servicio concedido el 8 de diciembre de 2008, es decir, con posterioridad al vencimiento del plazo establecido para tal efecto en el Contrato de Concesión aprobado por Resolución Ministerial N° 238-2007-MTC/03, corroborándose que el concesionario no inició operaciones del servicio concedido dentro del plazo otorgado; Que, habiendo quedado resuelto de pleno derecho el Contrato de Concesión aprobado por Resolución Ministerial N° 238-2007-MTC/03, consecuentemente quedó sin efecto todo acto posterior a éste, comprendiendo la adecuación al contrato de concesión única aprobado por Resolución Ministerial N° 493-2008-MTC/03; Que, en ese orden de ideas, el contrato de concesión aprobado mediante Resolución Ministerial N° 238-2007-MTC/03 quedó resuelto de pleno derecho antes de la presentación de la solicitud de transferencia de concesión; (...)"

34 Resolución Viceministerial No. 881-2011-MTC/03: "Que, el artículo 117° del vigente Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones aprobado por Decreto Supremo N° 020-2007-MTC y sus modificatorias, establece que las concesiones son intransferibles, salvo aprobación previa y expresa del Ministerio, la cual será formalizada mediante resolución viceministerial; Que, el artículo 3° de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, dispone que el objeto es uno de los requisitos de validez de todo acto administrativo; por su parte, el numeral 5.2 del artículo 5° de la citada norma establece que en ningún caso será admisible un objeto o contenido prohibido pro el orden normativo, ni incompatible con la situación de hecho prevista en las normas; ni impreciso, oscuro o imposible de realizar; Que, por lo tanto, resulta un imposible jurídico el objeto de la transferencia solicitada por el señor CARLOS ALFONSO SIGARROSTEGUI PEÑAFIEL, al haber quedado resuelto de pleno derecho la concesión que le fuera otorgada; Que, la Dirección General de Concesiones en Comunicaciones de acuerdo a los términos de su Informe N° 1118-2011-MTC/27 concluye que al haber quedado resuelto de pleno derecho el Contrato de Concesión celebrado con el señor CARLOS ALFONSO SIGARROSTEGUI PEÑAFIEL corresponde declarar improcedente la solicitud de transferencia de concesión presentada con Expediente N° 2011-034648; (...)"

35 Resolución Viceministerial No. 916-2010-MTC/03: "Que, conforme a lo señalado en la Hoja Informativa N° 00388-2010-MTC/27 del 10 de agosto de 2010, se infiere que el concesionario FULGENCIO CHACON BERMUDEZ, ha incurrido en la causal de resolución de pleno derecho del Contrato de Concesión aprobado mediante Resolución Ministerial N° 452-2006-MTC/03, respecto al pago de la tasa por explotación del servicio concedido correspondiente a los años 2006 y 2007, al incumplir con el pago de la tasa por más de dos (02) años calendario consecutivos, toda vez que el pago por los años referidos ha sido efectuado recién con fecha 13 de junio de 2008, habiéndose configurado la causal de resolución de pleno derecho el 01 de mayo de 2008; Que, en ese orden de ideas, la concesión otorgada mediante Resolución Ministerial N° 452-2006-MTC/03 ha quedado resuelta de pleno derecho antes de la presentación de la solicitud de transferencia de concesión, no siendo necesaria la emisión de acto administrativo alguno para que el referido título habilitante deje de surtir efectos jurídicos; Que, el artículo 117° del vigente Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones aprobado por Decreto Supremo N° 020-2007-MTC y sus modificatorias, establece que las concesiones son intransferibles, salvo aprobación previa y expresa del Ministerio, la cual será formalizada mediante resolución viceministerial; asimismo, el citado artículo señala que la transferencia no podrá ser denegada sin causa justificada, entendiéndose 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; Que, el numeral 5.2 del artículo 5° de la Ley del Procedimiento Administrativo General Ley N° 27444, establece que en ningún caso será admisible un objeto o contenido prohibido por el orden normativo, ni incompatible con la situación de hecho prevista en las normas; ni impreciso, oscuro o imposible de realizar; Que, por lo tanto, no corresponde la aprobación de transferencia sobre una concesión que ha quedado resuelta de pleno derecho; admitir lo contrario implicaría un imposible fáctico contraviniendo lo dispuesto en el numeral 5.2 del artículo 5° de la Ley N° 27444; por lo que no le resulta aplicable al procedimiento administrativo tramitado mediante documento de la Vista el silencio administrativo positivo dispuesto en la Ley N° 29060 y en el Texto Único de Procedimientos Administrativos de este Ministerio, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2002MTC y sus modificatorias; (...)"

36 Un ejemplo de aplicación práctica de esta disposición es la Resolución Ministerial No. 75-2010-MTC/03, la cual señaló: "Que, mediante Informe N° 1203-2009-MTC/27 la Dirección General de Concesiones en Comunicaciones concluye que la empresa CIFSA TELECOM S.A.C. ha incurrido en causal de resolución de pleno derecho del contrato de concesión aprobado por Resolución Ministerial N° 348-2000-MTC/15.03, por el incumplimiento de la obligación de iniciar la prestación de los servicios portadores de larga distancia nacional e internacional, prevista en el artículo 133° del entonces Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 06-94-TCC (vigente al momento de haberse producido la causal de resolución), concordante con el artículo 135° del mismo cuerpo legal y la cláusula sexta del contrato de concesión otorgado mediante Resolución Ministerial N° 348-2000-MTC/15.03, al no haber iniciado la prestación del servicio concedido dentro del plazo máximo de doce (12) meses de suscrito el contrato, habiéndose resuelto de pleno derecho el citado contrato de concesión el 5 de setiembre de 2001; Que, asimismo, concluye que es procedente revertir la asignación de espectro radioeléctrico otorgado a la empresa CIFSA TELECOM S.A.C., mediante la Resolución Viceministerial N° 329-2000-MTC/15.03, debiendo

Un caso parecido se describe en la Resolución Viceministerial No. 271-2009-MTC/03, que declaró improcedente la trasferencia parcial de concesión y asignación de espectro presentada por Cema Comunicaciones S.A. a favor de la empresa Nextel del Perú S.A. El MTC señaló que se había incumplido el pago de la tasa por explotación comercial por más de dos años consecutivos, habiendo operado de pleno derecho la resolución del contrato de concesión involucrado (aun cuando se tomó conocimiento de la causal de resolución cuando ya se había efectuado el pago de la tasa) y que dicha situación impedía otorgar aprobación a la transferencia³⁷.

Debe tomarse en cuenta que los contratos de concesión única pueden contener diversos servicios públicos de telecomunicaciones registrados y, respecto de alguno o varios de ellos, pueden incluir diversas modalidades.

De conformidad con lo señalado en el numeral 1 del artículo 137 del Reglamento General, para casos de incumplimiento del plazo de inicio del servicio, la pérdida de derechos en caso de incumplimiento, se restringe al servicio respecto del que se incumplió o, en caso de existir varias modalidades, la pérdida de derechos se restringe sólo a la modalidad respecto de la cual se incumplió.

Por ejemplo, ante un contrato de concesión única que verse sólo sobre el servicio de distribución de radiodifusión por cable registrado pero que incluya dos modalidades de dicho servicio, en la eventualidad que el MTC determine que se incumplió con el plazo de inicio de la prestación de servicio en una de las modalidades, el MTC estará impedido de resolver el contrato de concesión única. Recordemos que este Ministerio se encuentra sujeto al principio de legalidad, en este caso específico vinculado a la disposición señalada en el numeral 1 del artículo 137 del

Reglamento General. En dicha eventualidad, el MTC podrá declarar que la empresa no cuenta con los derechos respecto de la modalidad en la cual evidenció el incumplimiento (probablemente declarando una “resolución parcial” del contrato de concesión única); pero no podrá resolver el contrato de concesión única en su totalidad, el cual permanecerá vigente respecto de la modalidad del servicio respecto de la cual no se evidenció incumplimiento.

5. Los contratos de concesión derivados de subastas

Las asignaciones de espectro realizadas a través de subastas se realizan en el Perú normalmente a través de licitaciones o concursos administrados por la Agencia de Promoción de la Inversión Privada – PROINVERSIÓN. Estas licitaciones concluyen con la suscripción de un contrato de concesión única entre el adjudicatario de la licitación y el MTC, correspondiendo a dicha concesión una asignación de espectro.

Los contratos de concesión más recientes, que involucran la asignación de espectro, derivados de las licitaciones administradas por PROINVERSIÓN, establecen algunos requerimientos adicionales a los establecidos normativamente en caso de cesión de la concesión y respecto a los derechos que de ella deriven (como la asignación de espectro).

En efecto, en los contratos de concesión de Viettel Perú S.A.C. en relación a 25 MHz de la Banda C de 1900 MHz, del año 2011, así como en los contratos de concesión de Telefónica Móviles S.A y Americatel Perú S.A. del año 2013, para 40 MHz (cada una) en la banda 1710-1770 MHz y 2110-2170 MHz; se establece lo siguiente:

“La Sociedad Concesionaria no podrá transferir su derecho a la Concesión ni ceder su posición

declarar que ha quedado sin efecto la mencionada resolución; (...) SE RESUELVE: Artículo 1º.- Declarar que ha quedado resuelto de pleno derecho el Contrato de Concesión suscrito con la empresa CIFSA TELECOM S.A.C., para la prestación de los servicios públicos portadores de larga distancia nacional e internacional, aprobado por la Resolución Ministerial Nº 348-2000-MTC/15.03; y, en consecuencia declarar que ha quedado sin efecto, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de la presente resolución. Artículo 2º.- Revertir la asignación de espectro radioeléctrico, otorgado a la empresa CIFSA TELECOM S.A.C., mediante Resolución Viceministerial Nº 329-2000-MTC/15.03, habiendo quedado sin efecto la mencionada resolución, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de la presente resolución”.

37 Resolución Viceministerial No. 271-2009-MTC/03: “Que, en tal sentido, la empresa CEMA COMUNICACIONES S.A. incumplió con el pago por concepto de tasa anual por más de dos (2) años calendario consecutivos dentro del plazo correspondiente, supuesto de hecho que configura la causal para resolver el contrato de concesión suscrito con el concesionario en mención; dicha causal opera de pleno derecho, aun cuando se hubiese tomado conocimiento de dicho incumplimiento después del pago de la misma; Que, mediante Informe Nº 066-2009-MTC/27 la Dirección General de Concesiones en Comunicaciones concluye que la empresa CEMA COMUNICACIONES S.A. ha incurrido en causal del resolución de pleno derecho del contrato de concesión, aprobado mediante Resolución Ministerial Nº 064-96-MTC/15.17, al haber incumplido con el pago de la tasa anual por dos (2) años calendario consecutivos, causal de resolución prevista en el numeral 5) del artículo 144º del entonces Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo Nº 027-2004-MTC, y, en consecuencia corresponde declarar improcedente la solicitud referida a la solicitud de transferencia parcial de la concesión otorgada mediante Resolución Ministerial Nº 064-96-MTC/15.17 en razón que constituye un imposible jurídico de acuerdo al numeral 5.2 del artículo 5º de la Ley del Procedimiento Administrativo General Ley Nº 27444; (...)”. Criterio análogo se incluye en la Resolución Viceministerial No. 167-2009-MTC/03 que denegó la autorización de transferencia de concesión solicitada por el señor Nehemías Aguinaga Malca a favor de Telecable Soritor S.A.C.: “Que, corresponde denegar la solicitud de vista, toda vez que el contrato de concesión, otorgado mediante Resolución Ministerial Nº 592-2005-MTC/03, quedó resuelto de pleno derecho a partir del 01 de mayo de 2007, por tanto, ha dejado de surtir efectos jurídicos, no pudiendo ser objeto de modificaciones posteriores por acto administrativo alguno pues esto implicaría la preexistencia del mismo, lo que constituye un imposible jurídico; (...)”.

contractual, ni podrá gravar, arrendar ni usufructuar, total o parcialmente, bajo ningún título, los derechos, intereses u obligaciones que de él o del Registro se deriven, sin la autorización previa, por escrito, del Concedente, así como sin la opinión previa de OSIPTEL, cuando la solicitud se sustente en un supuesto de su competencia. OSIPTEL emitirá la indicada opinión dentro del plazo de diez (10) días Calendario, de recibida la solicitud. Dicha autorización no será negada sin justa y razonable causa, de acuerdo a lo dispuesto en los Lineamientos de Políticas de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 020-98-MTC y siempre que el nuevo titular cumpla, por lo menos, con los Requisitos de Precalificación establecidos en las Bases. Asimismo, se sujetará a las normas previstas en el Reglamento General.”

De esta manera, se agregan contractualmente, otros requisitos procedimentales y sustantivos al régimen de transferencia establecidos en la Ley de Telecomunicaciones y el Reglamento General.

Desde la perspectiva procedimental, se exige que OSIPTEL emita una opinión previa y el plazo para su emisión. Esta opinión no es vinculante a efectos de la decisión que deberá emitir el MTC³⁸.

Desde la perspectiva sustantiva se señalan dos reglas: (i) la autorización del MTC no será negada sin “justa y razonable causa”, debiéndose entender estos términos como enmarcados en las causales establecidas en la normativa y que ya han sido descritas y (ii) el beneficiario de la transferencia debe de cumplir con los requisitos de precalificación determinados en la licitación administrada por PROINVERSIÓN. Este último requisito es adecuado en la medida que evita que,

a través del mercado secundario de espectro, haga uso del mismo una empresa que no cuenta con la experiencia y características que el Estado ha considerado necesarias en la licitación³⁹.

Recientemente el MTC ha tenido oportunidad de aplicar estas reglas contractuales ante la solicitud de Americatel Perú S.A. de transferir la totalidad del contrato de concesión que incluye la asignación de 40 MHz en banda AWS a favor de Nextel del Perú S.A. (hoy Entel Perú S.A.).

La transferencia fue aprobada por el MTC mediante la Resolución Viceministerial No. 380-2014-MTC/03 y en la misma se menciona el cumplimiento de los requisitos normativos y contractuales. Asimismo, dada la importante participación de Nextel del Perú S.A. y “como producto de la acumulación del espectro” se establecen dos reglas genéricas para dicha empresa: (i) debe cumplir con las disposiciones que establezca el MTC, incluyendo las vinculadas con la decisión de revertir el espectro o mecanismos futuros para una distribución más equitativa del espectro y (ii) debe cumplir con las disposiciones que emita OSIPTEL, principalmente las relacionadas con su función de agencia de competencia⁴⁰.

Las reglas adicionales establecidas en los contratos de concesión derivados de licitaciones administradas por PROINVERSIÓN son razonables y adecuadas, y permiten un mejor uso del recurso espectro en el mercado secundario, previa autorización estatal.

6. A modo de conclusión

El mercado secundario de transferencia de asignaciones de espectro radioeléctrico

38 Sin perjuicio de esta regla, en otras solicitudes de transferencia no derivadas de contratos de concesión provenientes de una licitación, el MTC ha solicitado a OSIPTEL la emisión de una opinión previa, principalmente relacionada a los efectos de la transferencia en la competencia en el mercado. Por ejemplo, la Resolución Viceministerial 472-2013-MTC/03 aprobó la transferencia de frecuencias comprendidas en el Bloque B de la Banda 2 300 – 2 400 MHz de Digital Way S.A. a favor de DirecTV Perú S.R.L, señalando en sus considerandos: “Que, con Oficio N° 7476-2013-MTC/27, la Dirección General de Concesiones en Comunicaciones solicitó al Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL emitir opinión respecto al impacto de la transferencia del espectro radioeléctrico solicitada por la empresa DIGITAL WAY S.A., sobre las condiciones de competencia en los servicios públicos de telecomunicaciones, considerando que de acuerdo a la normativa del sector dicha evaluación debe realizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 117° del Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 020-2007-MTC; Que, mediante Carta 294-GG-2013, con registro P/D N° 039070 del 02 de abril de 2013, el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL, en respuesta a lo solicitado con Oficio N° 7476-2013-MTC/27, remite el Informe N° 217-GPRC/2013 de fecha 22 de marzo de 2013, en el cual efectúa un análisis del referido proceso de transferencia y sus eventuales efectos sobre las condiciones de competencia en los mercados de telecomunicaciones, en el cual en el punto IV de las Conclusiones y Recomendaciones señala lo siguiente: “De acuerdo al análisis realizado, se ha visto que la asignación de la banda de 2.3 – 2.4 GHz a favor de DirecTV podría servir para la implementación de redes WIMAX (Fijo/móvil) y LTE utilizando duplexaje TDD que permite proveer servicio de acceso a internet inalámbrico fijo/móvil. Del mismo modo, no se ha encontrado indicios que la transferencia de la banda bajo evaluación pueda tener un impacto negativo en los mercados involucrados ya sea en el nivel de competencia y/o en el impacto en el mercado de telecomunicaciones en general. Por el contrario, la transferencia de la banda permitiría a DirecTV ampliar la gama de servicios que brinda, incorporando a su oferta comercial actual el servicio de acceso a internet inalámbrico fijo/móvil, previo registro de Portador Local ante el MTC.” (...).”

39 Estos contratos de concesión contienen además restricciones a la participación accionaria de la concesionaria y respecto de transferencia de dicha participación.

40 En este procedimiento, el MTC y OSIPTEL no sujetaron –correctamente– la transferencia a que hubiera transcurrido un número de años (tres) según establecen las normas de asociaciones público – privadas aplicables a la licitación, dado que dicha restricción aplica sólo cuando existen modificaciones a las obligaciones de concesionario o del Estado.

existe en el Perú. La normativa permite la transferencia de espectro siempre que el Estado la apruebe, encontrándose tasadas las causales de denegatoria.

Existen diversos aspectos que deben ser analizados ante una transferencia, incluyendo la verificación de que el contrato de concesión involucrado se encuentre vigente y que el título habilitante del beneficiario de la transferencia contenga los servicios para los cuales la porción de espectro esté previamente atribuida.

Los contratos de concesión derivados de licitaciones mantienen el esquema de la normativa general y añaden otros requisitos que son razonables y adecuados.

En la medida que los servicios públicos de telecomunicaciones se extiendan tanto en área geográfica como en facilidades de servicios, el mercado secundario de transferencia de espectro se desarrollará por la necesidad de los operadores de contar con mayor recurso. El Estado debe promover este mercado por las eficiencias que genera, sin descuidar la protección contra la acumulación o especulación respecto del espectro. Actualmente existen protecciones como límites de porciones de espectro en determinados servicios, así como la necesidad de aprobación administrativa previa.

La evolución de las telecomunicaciones, de la mano con la acelerada evolución de la informática, permite prever un mayor número de transferencias en el mercado secundario. 