

A	:	SERGIO ENRIQUE CIFUENTES CASTAÑEDA GERENTE GENERAL
CC	:	RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ PRESIDENTE DEL CONSEJO DIRECTIVO
ASUNTO	:	OPINIÓN SOBRE EL PROYECTO DE LEY 4333/2018-CR, LEY DE TELECOMUNICACIONES Y TECNOLOGIAS DE LA INFORMACION Y COMUNICACION
FECHA	:	11 de junio de 2019

	CARGO	NOMBRE
ELABORADO POR	Abogado Especialista en Procedimientos Administrativos – Segunda Instancia	Pamela Lisett Cadillo La Torre
	Abogado Especialista en Temas Regulatorios	Katy Paola Torres Peceros
	Abogado Especialista en Políticas Regulatorias	Pabel Camero Cusihuallpa
REVISADO POR	Asesor Legal	Gustavo Oswaldo Cámara Lopez
APROBADO POR	Gerente de Asesoría Legal	Luis Alberto Arequipeño Tamara



I. OBJETIVO

El presente informe tiene por objetivo alcanzar algunos comentarios y aportes al Proyecto de Ley N° 4333/2018-CR, mediante el cual se propone la “Ley de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información y Comunicación”.

II. ANTECEDENTES

1. Mediante Oficio N° 1358-2018-2019/CTC-CR del 24 de mayo de 2019, el Congreso de la República solicitó al OSIPTEL opinión institucional sobre el Proyecto de Ley N° 4333/2018-CR, mediante el cual se propone la “Ley de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información y Comunicación”
2. Mediante Oficio N° D001922-2019-PCM-SC recibido el 31 de mayo de 2019, la Secretaría de Coordinación de la Presidencia del Consejo de Ministros, solicita que en el plazo de siete (7) días hábiles, se emita opinión sobre el Proyecto de Ley N° 4333/2018-CR, mediante el cual se propone la “Ley de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información y Comunicación” (en adelante, Proyecto de Ley).

III. ANÁLISIS

3.1. Comentarios Generales

- No existe alineamiento entre los fines que persigue el Proyecto de Ley y los medios para lograrlos. Por ejemplo, la promoción de la inversión para expandir la infraestructura es un paso previo para lograr masificar el uso de contenidos digitales. Sin embargo, ambos se incluyen como finalidades del Proyecto de Ley.
- Si bien el Proyecto de Ley hace referencia a Tecnologías de la Información y Comunicación, no se advierte que el mismo tenga una definición sobre el particular, ni si los servicios de tecnologías de la Información y las Comunicaciones, también podrían ser considerados servicios públicos, en la medida que, por su incidencia en el mercado, compiten directamente con los servicios públicos de telecomunicaciones convencionales.
- Consideramos que es necesario evaluar las competencias asignadas a las entidades que intervienen en el sector (Ministerio de Transportes y Comunicaciones - MTC, Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL, Programa Nacional de Telecomunicaciones - PRONATEL), con la finalidad de asignar las funciones con criterio de eficiencia a quien este en mejor condición y capacidad de asumirlas, con el objetivo de promover el desarrollo y la competencia en los servicios de telecomunicaciones.
- Se recomienda incluir en el Proyecto de Ley una sección con definiciones tales como: servicio urbano, internet, Sociedad de la Información y el Conocimiento, entre otros.



3.2. Comentarios Específicos

1. Objeto de la Ley (Artículo I)

Cabe resaltar que, acorde con el manual de técnica legislativa del Congreso de la República, el “Objeto de la Ley” establece el ámbito de aplicación material. En el mismo sentido, la Guía de Técnica Legislativa para elaboración de Proyectos Normativos de las Entidades del Poder Ejecutivo, señala que el “Objeto” es la parte dispositiva en la que se identifica la materia o asunto que se pretende regular, siendo real, fáctico, viable y único.

No obstante, en el Proyecto de Ley incluye en el “objeto” determinados propósitos o finalidades, que van más allá de lo que debe considerarse en el mismo.

Sin perjuicio de lo antes mencionado, se advierte que en el literal a) del artículo I del Título Preliminar, se indica que la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones se da bajo la concesión y puede ser desarrollada por empresas privadas y **estatales**.

Respecto a la posibilidad que los servicios sean brindados a través de empresas estatales, corresponde analizar si esto es resulta pertinente, teniendo en cuenta el rol subsidiario del Estado establecido en la Constitución Política del Perú, sobre todo en un sector en el que es indispensable continuar incentivando la inversión privada, tal como se reconoce en el artículo II del Proyecto de Ley, al establecer como una de las finalidades el “*Promover el desarrollo y fortalecimiento del sector telecomunicaciones y TICs, incentivando la **inversión privada** (..)*”.

De otro lado, corresponde considerar que en aquellos lugares en los que no llega la inversión privada, el Proyecto de Ley reconoce el derecho del acceso universal, que es garantizado a través del FITEL, administrado por el PRONATEL, a quien, atendiendo el rol subsidiario del Estado, se le atribuye la facultad de brindar servicios **de manera temporal**, en la medida que los proyectos deben ser concesionados a empresas privadas mediante concursos públicos.

Adicionalmente, se considera necesario que haya una consistencia entre el objeto y propósito (artículo I) y finalidad (artículo II), así como los fines del Rol del Estado (artículo 2.3).

2. Principios Rectores (Artículo IV).

Se advierte que se introducen los siguientes **principios rectores**: 1) Acceso universal; 2) Neutralidad tecnológica, 3) Protección de los usuarios; 4) No discriminación; 5) Calidad; 6) Continuidad; 7) Promoción y acceso de las telecomunicaciones; 8) Promoción de Libre y Leal competencia; 9) Convergencia; 10) Uso eficiente de los recursos escasos; 11) Uso compartido de infraestructura; 12) Promoción de la inversión; 13) Seguridad, inviolabilidad y secreto de las telecomunicaciones; 14) Bienestar de la sociedad, y; 15) Razonabilidad; algunos de los cuales en la actualidad están recogidos a nivel reglamentario y otros son nuevos.

- Con relación al Principio de **Acceso Universal**, se advierte que el Proyecto de Ley, contiene un enunciado por el que “*Las empresas operadoras no pueden negar el servicio a ninguna persona natural o jurídica que cumpla con las condiciones establecidas para la prestación de los servicios*”.



Al respecto, cabe anotar que dicho enunciado está más asociado al Principio de No discriminación¹, el cual está desarrollado en los mismos términos en el literal d) del artículo IV del Proyecto de Ley.

- Respecto al Principio de Neutralidad Tecnológica, se advierte que este contiene tres enunciados:
 - i) El Estado garantiza la libre adopción de tecnologías, teniendo en cuenta recomendaciones, conceptos y normativas de los organismos internacionales competentes e idóneos en la materia, que permitan fomentar la eficiente prestación de servicios, contenidos y aplicaciones que usen Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.
 - ii) En aplicación de este principio, el Estado establece estándares o parámetros mínimos tecnológicos que garanticen la prestación de servicios de calidad.
 - iii) Las empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones deben garantizar que no utilizarán su condición de operadores de tales servicios para obtener ventajas para sí misma o para sus empresas vinculadas, en detrimento de sus competidoras.

Con relación al primer enunciado, consideramos que si bien debe garantizarse la libre adopción de tecnologías, se recomienda que se evalúe incluir una excepción por razones de interés público.

Sobre el segundo enunciado, consideramos que la posibilidad de establecer parámetros mínimos que garanticen la prestación de servicios de calidad, está más vinculado con temas de calidad que con neutralidad tecnológica.

Respecto al tercer enunciado cabe advertir que, está asociado al Principio de Neutralidad, regulado en el artículo 11 del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, mas no a temas de neutralidad tecnológica.

- Al referirse al Principio de **Continuidad** también hace mención a temas de neutralidad de red, que no son propios de la obligación de continuidad.
- Con relación al Principio de Razonabilidad, se advierte que en este se especifica los criterios para la graduación de la sanción, que han sido previamente regulados en el numeral 3 del artículo 248 del TUO de la Ley N° 27444².

¹ Es preciso resaltar que el Principio de No discriminación se encuentra regulado en dichos términos en el artículo 10 del TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones:

“Artículo 10.- Principio de no discriminación

El acceso a la utilización y prestación de los servicios de telecomunicaciones está sujeto al principio de no discriminación; por lo tanto, las empresas prestadoras de dichos servicios, de acuerdo a la oferta disponible, no pueden negar el servicio a ninguna persona natural o jurídica que cumpla con las condiciones establecidas para dicho servicio.”

² **“Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa**

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

3. Razonabilidad.- *Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación:*

- a) *El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción;*
- b) *La probabilidad de detección de la infracción;*



En tal sentido, a fin de mantener la congruencia en las normas aplicables, sugerimos eliminar su inclusión en el Proyecto de Ley, más aún cuando el proyecto incluye algunos criterios (como la repetición de la conducta) y omite otros (como el beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción y el de la probabilidad de detección).

- Con relación a los denominados Principios de Calidad, Continuidad, Uso compartido de infraestructura y de inviolabilidad y secreto de las telecomunicaciones, consideramos que constituyen derechos de los usuarios u operadores, más no Principios.

3. Declaración de necesidad pública e interés nacional (Artículo 1)

Sobre el particular, se considera que la declaratoria de necesidad pública e interés nacional, deber ser lo más precisa posible, por lo que no sería recomendable hacer alusión a los motivos o razones que condujeron a dicha declaración, toda vez que en la Exposición de Motivos se pueden argumentar con mayor detalle dichas razones.

4. Rol del Estado (Artículo 2)

4.1. Sobre la determinación de tarifas

En el artículo 2.3.b) del Proyecto de Ley se señala que el Rol del Estado es propender a la reducción de tarifas, luego en el numeral (r) del referido artículo se añade que también se debe garantizar el derecho de acceder a tarifas a precios de mercado en los servicios de telecomunicaciones.

Al respecto, se debe señalar que la regulación tarifaria resulta aplicable cuando lo indique expresamente el contrato de concesión, se trate de un mercado donde existan operadores dominantes o no existe competencia efectiva (conforme al Reglamento General de Tarifas del OSIPTEL³). En estos casos, la regulación tarifaria no debe orientarse a reducir tarifas, sino a fijarlas en función a criterios de eficiencia.

El objetivo no debe ser reducir tarifas *per se*, sino que el régimen tarifario promueva la competencia, el mismo que tendrá como consecuencia natural mejorar las prestaciones y/o la reducción de tarifas.

Por lo tanto, el Estado no puede comprometerse a reducir las tarifas. Asimismo no resulta claro el enunciado referido a garantizar el acceso al servicio a través de “precios de mercado”. Al respecto, resultaría conveniente hacer referencia al desempeño de las tarifas en función a la promoción de condiciones de competencia.

c) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;

d) El perjuicio económico causado;

e) La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.

f) Las circunstancias de la comisión de la infracción; y

g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor (...).”

³ Aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM



De otro lado, se advierte que suprime la facultad estipulada actualmente en el artículo 68 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 013-93-TCC, donde se establece que el OSIPTEL podría establecer regulación tarifaria en caso determine ausencia de condiciones de competencia en servicios de valor añadido o se declare la existencia de un proveedor importante. Se sugiere incluir esta facultad dentro de las funciones del OSIPTEL.

4.2. Zonas rurales, lugares de preferente interés social y otras.

En distintos numerales y literales del artículo 2 del Proyecto de Ley se hace referencia a zonas rurales, lugares de preferente interés social y otras que el Estado defina, también se hace referencia a zonas carentes de cobertura.

Se sugiere uniformizar la redacción en la norma, haciendo referencia únicamente a las categorías de zonas rurales o lugares de preferente interés social, cuya determinación como tales, respondan a criterios técnicos.

5. Declaración de internet como servicio público (Artículo 3)

No resulta correcto declarar al "Internet" como servicio público, en la medida que el servicio que se presta es el "acceso a Internet".

Adicionalmente a ello, no resulta adecuado calificar como servicio público únicamente a este servicio, sin hacer mención a los demás servicios de telecomunicaciones que también contribuyen al desarrollo del sector.

6. Funciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones – MTC (Artículo 9)

- **Promover, fomentar y dictar políticas, planes, programas y el marco legal para impulsar la alfabetización digital, así como el desarrollo, despliegue, de habilidades digitales por parte de la población, especialmente en áreas rurales y lugares de preferente interés social (literal i).**

Corresponde indicar que, acorde con el artículo 23 de la Ley 29904⁴, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (Ley de Banda Ancha), la formación de capacidades necesarias para el aprovechamiento de los beneficios asociados a la Banda Ancha, corresponde a las políticas de educación.

En tal sentido, se sugiere precisar si esta competencia será compartida entre el MTC y el Ministerio de Educación, o que en adelante la competencia será exclusiva del MTC.

- **Promover, fomentar y dictar políticas, planes, programas y marco legal, para el desarrollo y fortalecimiento del sector de Telecomunicaciones, preservando las condiciones de competencia en los mercados,**

⁴ "Artículo 23. Alfabetización digital

El Estado incluirá dentro de sus políticas de educación la formación de capacidades necesarias para el aprovechamiento de los beneficios asociados a la Banda Ancha."



propendiendo a la reducción de tarifas y al mejoramiento de la calidad en la prestación de servicios de telecomunicaciones (literal j).

Se reitera los comentarios formulados en el numeral 4.1, en el sentido que el objetivo no debe ser reducir tarifas *per se*, sino que el régimen tarifario promueva la competencia, el mismo que tendrá como consecuencia natural mejorar las prestaciones y/o la reducción de tarifas.

Asimismo, el preservar las condiciones de competencia en los mercados y el mejoramiento de la calidad en la prestación de servicios de telecomunicaciones, son funciones relacionadas a competencias atribuidas legalmente al OSIPTEL, que deben mantenerse en este organismo regulador.

- **Emitir el marco legal para garantizar a la población el acceso a servicios públicos de telecomunicaciones de calidad; en especial al servicio público de internet (literal h) y Definir la política de calidad, expansión de los servicios e infraestructura de telecomunicaciones, así como el marco legal para la convergencia de redes y servicios; y, velocidad mínima garantizada de acceso a Internet (literal m)**

Ambas funciones hacen referencia a temas de calidad que, conforme al artículo 76 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, es competencia que ha sido atribuida al OSIPTEL.

El sustento para que la calidad de la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones sea de competencia del organismo regulador, es que este atributo está vinculado directamente con la prestación misma del servicio, el cual – a su vez – es objeto de supervisión por parte del organismo regulador.

En efecto, la calidad es un aspecto de la prestación del servicio de exigencia permanente, el mismo que es construido en base a indicadores técnicos cuyo cumplimiento conjunto consolidarán la prestación del servicio en condiciones óptimas⁵, que finalmente se traducen en derechos de los usuarios, lo cual es competencia del organismo regulador.

Más aún, no debe perderse de vista que cuando el Código de Protección y Defensa del Consumidor establece que es política del Estado la promoción de la calidad en la producción de bienes y en la prestación de servicios a fin de que éstos sean idóneos y competitivos⁶, también reconoce en su artículo 63 que la protección al usuario de los servicios públicos regulados por los organismos reguladores a que hace referencia la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos (Ley Marco), se rige por las disposiciones de dicho Código en lo que resulte pertinente y por la regulación sectorial correspondiente, precisando además que la regulación sectorial desarrolla en sus normas reglamentarias los

⁵ Aróstegui Hirano, José "El acceso a un Servicio Público de calidad, continuidad del servicio y rol del Regulador", en Revista de Derecho Administrativo N° 12. Regulación de Servicios Públicos e Infraestructuras. Pág. 46.

⁶ "Artículo VI.- Políticas públicas

(...)

10. El Estado promueve la calidad en la producción de bienes y en la prestación de servicios a fin de que éstos sean idóneos y competitivos. Con esta finalidad, impulsa y apoya el desarrollo de la normalización, a efectos de obtener los mejores estándares en beneficio y bienestar del consumidor.

(...)"



principios de protección establecidos en dicho Código, siendo el organismo regulador respectivo el encargado de velar por su cumplimiento⁷.

En tal sentido, y considerando que la Ley Marco atribuye al OSIPTEL la función normativa - en virtud a la cual puede dictar, en el ámbito y en materia de sus competencias, los reglamentos, normas de carácter general referidas a, entre otros, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios - , es dicho organismo a quien en materia de consumidor también le corresponde la promoción de la calidad en la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.

Debe resaltarse además que nuestro Tribunal Constitucional ha reconocido plena y reiteradamente que es a los Organismos Reguladores, como el OSIPTEL, a quienes compete asumir el rol del Estado en materia de control de la calidad y las demás condiciones de prestación de los servicios públicos:

Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 008-2003-AI/TC

“8. Acerca del rol de los organismos reguladores

(...)

41. (...) el papel de los organismos reguladores puede resumirse en la función de suministrar el marco regulador necesario a fin de promover nuevas inversiones, así como el ingreso de nuevos operadores, desarrollando al mismo tiempo mayores niveles de bienestar para los usuarios de los servicios bajo su supervisión.

(...)

43. (...) En efecto, el control de los estándares de calidad del servicio, la razonabilidad del precio que se le asigne, el desarrollo sostenido del sector, la acción proactiva y efectiva en el cuidado del medio ambiente y la competencia técnica, son conductas que deben ser asumidas por los organismos reguladores, sea mediante acciones ex ante -regulaciones previas-, o ex post -sanciones ejemplares que disuadan tanto al infractor como a los distintos competidores de atentar contra los valores de un mercado eficiente y humano-. (...).”

(Subrayado agregado)

Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 0034-2004-PI/TC

“39. En ese sentido mientras una actividad económica pueda ser realizada por un particular, el Estado debe respetar su libertad de actuación y determinación económica; contrariamente, - y dado que el fin último es fomentar la competencia-, cuando la oferta privada resulte inexistente o cuando existiendo sea insuficiente, es evidente que no sólo está habilitado a intervenir reconstruyendo el mercado, sino que tal intervención resulta imperiosa ante los riesgos que una situación como ésta produciría en la población. Este es el caso de muchos de los servicios públicos calificados por la legislación y que responden al tipo de monopolios naturales, en cuyo

⁷ **“Artículo 63.- Regulación de los servicios públicos**

La protección al usuario de los servicios públicos regulados por los organismos reguladores a que hace referencia la Ley núm. 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, se rige por las disposiciones del presente Código en lo que resulte pertinente y por la regulación sectorial correspondiente. La regulación sectorial desarrolla en sus normas reglamentarias los principios de protección establecidos en el presente Código. El ente encargado de velar por su cumplimiento es el organismo regulador respectivo. Para los efectos del cumplimiento de la finalidad señalada, el organismo regulador debe, entre otros, efectuar la permanente fiscalización de la medición del servicio, de las condiciones de facturación, y desarrollar sus facultades de sanción, cuando corresponda.”



caso, el Estado a través de los denominados Organismos Reguladores, controla la calidad y condiciones del servicio, fija la tarifa y garantiza, a su vez, generar condiciones de competencia en los segmentos donde ésta sea posible.”

(Subrayado agregado)

En virtud a lo expuesto, consideramos que las funciones en materia de calidad deben continuar siendo asignadas al OSIPTEL, a fin de guardar una coherencia normativa en materia de derechos del consumidor.

- **Aprobar el Plan de Servicio Universal y definir los servicios de telecomunicaciones que se incluyen en el Servicio Universal (literal o).**

Se recomienda que el Plan de Servicio Universal debe ser trabajado de manera intersectorial y con la participación de más entidades.

- **Autorizar las operaciones que, de cualquier forma, impliquen un cambio en el control de los prestadores de servicios de telecomunicaciones, a nivel de titularidad de concesión, autorización y licencias de los servicios y de asignación de espectro radioeléctrico (literal x)**

Sobre el particular, consideramos que si bien los procedimientos administrativos que aprueben los actos que impliquen transferencia de espectro o cambio de control en el titular del derecho de uso de dicho recurso, pueden ser seguidos ante el MTC, deben requerir la opinión previa favorable del OSIPTEL, en la medida que dichos actos podrían tener implicancias en la competencia, al modificar la composición y funcionamiento del mercado de telecomunicaciones.

- **Adopción de medidas cautelares y correctivas, como también, la reversión de espectro, separación funcional y estructural en los casos que la normativa que para el efecto la establezca; para ello solicita un informe previo al OSIPTEL (literal dd)**

Al respecto, todas las acciones descritas en el referido literal podrían tener un impacto considerable en el desempeño competitivo del mercado de telecomunicaciones. En ese sentido, se sugiere que el informe previo solicitado al OSIPTEL sea vinculante.

7. Recursos del MTC (Artículo 10)

En el Proyecto de Ley se establece que son recursos del MTC los provenientes, entre otros, de las multas. No obstante, en el literal b del artículo 18 del mismo Proyecto, se indica que constituyen recursos del PRONATEL, las multas provenientes del MTC.

En tal sentido, se sugiere definir claramente el destino de las multas impuestas por el MTC.

8. OSIPTEL – Competencia y Aporte por Regulación (Artículo 12)

8.1. Autonomía de OSIPTEL

En el numeral 12.1 del Proyecto de Ley, se define al OSIPTEL en los mismos términos planteados en el artículo 76 de la vigente Ley de Telecomunicaciones.



Asimismo, en el numeral 12.2 se reconocen las funciones atribuidas a todo organismo regulador por la Ley Marco. No obstante, a diferencia de la Ley de Telecomunicaciones y la Ley Marco, no se reconoce que dicho organismo cuenta con autonomía administrativa, funcional técnica, económica y financiera; lo cual nos parece una omisión importante.

Al respecto, el artículo 2 de la Ley Marco, señala que los “organismos reguladores son organismos públicos descentralizados adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros, con personería de derecho público interno y con autonomía administrativa, funcional técnica, económica y financiera”.

Así, la autonomía del OSIPTEL es un elemento fundamental del diseño institucional, dado que garantiza que las decisiones regulatorias sean adoptadas con criterios técnicos, se orienten a la mejora del desempeño del mercado y no se encuentren supeditadas a objetivos políticos. En efecto, cuando un regulador pierde su autonomía podría surgir el riesgo de captura regulatoria. Consideramos además que para que dicha autonomía se concrete, las funciones que le han sido atribuidas por la Ley deben ser ejercidas de manera exclusiva.

Finalmente, la necesidad de autonomía por parte del regulador es un aspecto en que la OECD incide, incluso en la última evaluación efectuada al OSIPTEL, en el siguiente sentido:

“Los reguladores económicos independientes, ofrecen certidumbre y predictibilidad mediante visiones estratégicas a mediano y largo plazo respecto a los regímenes regulatorios que crean y apoyan. Con el paso del tiempo, esto inspira confianza en las instituciones públicas y fomentan la inversión. La independencia de los reguladores y su capacidad para tomar decisiones técnicas basadas en pruebas concluyentes concede a los reguladores el potencial para actuar como baluartes contra la corrupción e influencias indebidas, con lo que aumenta la confianza en la administración pública. Estos beneficios de la regulación económica independiente son relevantes y valiosos para el contexto político peruano, que se ha visto afectado por inestabilidad ligada a escándalos de corrupción en 2017 – 18.”⁸

En ese contexto, se considera pertinente reconocer autonomía administrativa, funcional técnica, económica y financiera.

8.2. Función fiscalizadora del OSIPTEL

En el numeral 12.3 del Proyecto de Ley se señala que el OSIPTEL, en el desarrollo de su función fiscalizadora, “puede contratar a personas naturales o jurídicas, realizando su contratación directa”. Asimismo, señala que ello se regulará en el correspondiente Reglamento de este Proyecto.

Sobre el particular, el artículo 42 del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, faculta delegar las funciones de fiscalización y sanción del Gerente General del OSIPTEL a entidades públicas o privadas. La delegación se realiza mediante un convenio, en el cual se garantice la autonomía e idoneidad técnica del órgano encargado.

⁸OECD (2019). Impulsando el desempeño del Organismo supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones de Perú, Gobernanza de Reguladores, OECD, Publicado en Paris. Pág. 18.



Asimismo, cabe indicar que el artículo 59° del TUO de la LPAG, ya establece la posibilidad de la tercerización de las actividades vinculadas a la fiscalización. Cabe indicar que si bien dicho artículo establece que la PCM aprobará un DS para la aplicación de dicha figura, conforme a las coordinaciones sostenidas con la PCM, dicha entidad ha indicado que el OSIPTEL cuenta con la autonomía para emitir sus propias disposiciones y aplicar la tercerización de la función fiscalizadora.

En ese sentido, dado que ya existen mecanismos que permiten que el OSIPTEL delegue su función supervisora y fiscalizadora, no se considera necesario incluir el numeral 12.3 del Proyecto de Ley, sobre todo porque ello genera restricciones a la autonomía del regulador respecto a la forma de ejercer su función fiscalizadora.

Asimismo, sería recomendable que se especifique si el texto del referido numeral 12.3, está referido a la posibilidad de contratar “terceros” sin tener que realizar un proceso de selección (conforme a las normas de contratación pública), sino directamente a quien se considere idóneo (como sucedería con OSINERGMIN); pues caso contrario, podría interpretarse que la contratación está supeditada a la futura reglamentación de la ley, con lo cual, se estaría generando restricciones en la contratación del personal del OSIPTEL, lo cual es contrario a su autonomía administrativa.

8.3. Aporte por regulación

El artículo 10 de la Ley Marco, crea el Aporte por Regulación para todos los Organismos Reguladores y establece los elementos esenciales de esta contribución. Asimismo, señala que dicho aporte no podrá exceder del 1% de la facturación anual de las empresas bajo el ámbito de cada organismo regulador.

En ese sentido, acorde a su naturaleza tributaria, y conforme a lo dispuesto por dicha Ley Marco, se recomienda que se establezca que los sujetos obligados al pago del Aporte por Regulación al OSIPTEL son las empresas operadoras que cuentan con concesión o registro para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, entre las que se comprende a las empresas comercializadoras, las cuales efectivamente están bajo el ámbito de competencia del OSIPTEL ⁽¹⁾. Así también, se recomienda precisar que la base de cálculo de este Aporte está constituida por el valor de la facturación mensual proveniente de las actividades sujetas a las competencias del OSIPTEL, deducido el IGV, el IPM y los cargos de interconexión pagados.

Adicionalmente, consideramos necesario que se señale expresamente que el aporte, está destinado al sostenimiento de todas las actividades que desarrolla el OSIPTEL en el marco de sus funciones.

Ello en concordancia con la precisión legal que fue establecida para el Aporte por Regulación que se paga al OSINERG, en el Art. 7 de la Ley N° 27699, donde se enfatiza que dicho Aporte, establecido en el Art. 10 de la Ley Marco, debe servir en general para el “sostenimiento institucional” del organismo regulador y no sólo para cubrir algunas de sus actividades o funciones:



“Artículo 7.- Naturaleza del aporte

Precísase que el aporte a que hace mención el Artículo 10 de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, tienen la naturaleza de contribución destinada al sostenimiento institucional del OSINERG.”

Por otra parte, en relación a ingresos por recursos propios del OSIPTTEL se debería incluir en el Proyecto de Ley que esos recursos no son transferibles a otros sectores, instituciones o para acciones distintas a las vinculadas a las competencias del OSIPTTEL. De esta manera, se garantizaría que los montos obtenidos a través del aporte por regulación se mantengan dentro del sector de telecomunicaciones, y no sea utilizado para financiar actividades estatales en otros sectores.

Asimismo, corresponde tener en consideración que la OECD ha recomendado que se establezca una práctica en la que el porcentaje del aporte por regulación se revise cada tres años (u otra periodicidad regular y razonable) con base en principios de recuperación de costos de financiamiento de los reguladores económicos⁹.

9. Funciones del OSIPTTEL (Artículo 13)

- **Proveer asistencia e información al MTC y asesorar al MTC sobre las concesiones, autorizaciones, permisos y licencias (literal a).**

En relación al artículo 13.a., se considera que se debería mantener la redacción de la vigente Ley de Telecomunicaciones, la cual señala que el OSIPTTEL tiene la función de “proveer información y asistencia al Ministro de Transportes y Comunicaciones cuando así lo requiriera o cuando el OSIPTTEL lo considerara apropiado sobre cualquier materia relacionada a la competencia del Organismo”.

En efecto, en el Proyecto de Ley bajo comentario, el OSIPTTEL pierde la capacidad para tomar la iniciativa de participar e informar al MTC, cuando esta entidad adopta decisiones relacionadas con el ámbito de competencia del OSIPTTEL.

- **Fijar cada año indicadores de calidad para los servicios públicos de telecomunicaciones a nivel nacional y en particular para áreas urbanas, rurales y lugares de preferente interés social, los cuales deben ser establecidos de acuerdo a las directrices generales que emita el MTC, a los estándares internacionales y desarrollo tecnológico (literal b).**

Tal como se ha mencionado, la calidad de los servicios públicos de telecomunicaciones, está vinculada a la prestación misma del servicio, lo cual es materia de competencia del OSIPTTEL, ello en virtud a la Ley Marco, como por años ha sido reconocida en la Ley de Telecomunicaciones, y que está acorde con el diseño institucional de un organismo regulador.

⁹ OECD (2019). Impulsando el desempeño del Organismo supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones de Perú, Gobernanza de Reguladores, OECD. Pág. 28.



En tal sentido, en el literal (b) del artículo 13 debería señalarse que el OSIPTEL tiene la función de establecer y diseñar la regulación de la calidad y los indicadores de calidad de los servicios públicos de telecomunicaciones.

Asimismo, no se considera apropiado establecer un plazo anual para la publicación de indicadores de calidad, dado que son aspectos muy específicos al diseño regulatorio. En ese sentido, es necesario que el OSIPTEL tenga la suficiente flexibilidad técnica para diseñar una estrategia de mejora de la calidad de los servicios públicos acorde con las necesidades actuales del mercado y la evolución tecnológica del sector.

En ese contexto, se considera que la participación del MTC en los temas de calidad del servicio debería estar más vinculado a los objetivos de largo plazo. Es decir, definir las metas que se procure alcanzar en los próximos 10 años por ejemplo, así como a la promoción de mejoras de calidad que requieran de un mayor esfuerzo financiero (por ejemplo, inversiones en infraestructura o en la renovación de equipos).

- **Expedir directivas para solucionar y resolver los reclamos de los usuarios de los servicios (literal c).**

Al respecto, se recomienda modificar el término “directivas” por el de “reglamentos”, considerando que el OSIPTEL, como organismo regulador, cuenta con la función normativa, la misma que comprende la facultad de dictar, en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulan los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios¹⁰.

Lo señalado anteriormente, además, está en línea con lo señalado por Guzmán Napuri al indicar lo siguiente: “Otras normas administrativas están constituidas por las **directivas** y los instrumentos de gestión, las mismas que tiene en común que no **están dirigidas a los administrados** (como ocurre con los reglamentos), sino más bien a la propia Administración Pública.”¹¹. (Resaltado nuestro)

- **Resolver controversias por la vía administrativa entre prestadores de servicios públicos de telecomunicaciones (literal e).**

Se establece que OSIPTEL tiene facultad para resolver controversias que se generen entre prestadores de servicios públicos de telecomunicaciones, sin embargo actualmente tenemos competencia para resolver controversias entre empresas que puedan afectar el mercado de servicios de telecomunicaciones, aunque solo una de las partes tenga la condición de empresa operadora de tales servicios.

- **Regular en el ámbito de su competencia la interconexión y la compartición de infraestructura pasiva e intervenir en tales relaciones, así como emitir los correspondientes mandatos de conformidad con esta ley (literal g).**

¹⁰ Inciso c) del artículo 3 de la Ley N° 27332

¹¹ Guzmán Napuri, Christian. Las actuaciones impugnables en el Proceso Contencioso Administrativo peruano. En: Revista de derecho Administrativo. Edición N° 11. Círculo de Derecho Administrativo. 2012.



En la medida que el Proyecto de Ley ha introducido la regulación de compartición de infraestructura activa, dicha competencia también debe ser atribuida al OSIPTEL, tal como se expone en el numeral 24 del presente informe.

- **Elaborar y administrar su presupuesto obtenido en base a las asignaciones conferidas por la presente ley y su reglamento (literal k).**

Al respecto, se entiende que el objetivo del artículo 13 del Proyecto es señalar las funciones que el OSIPTEL tiene que cumplir en favor de la sociedad y del sector telecomunicaciones, y no las acciones y actividades internas a la gestión de este organismo.

En ese sentido, se reitera la recomendación de incluir en el Proyecto que el OSIPTEL es un organismo público con personería de derecho público interno y con autonomía administrativa, funcional técnica, económica y financiera, dado que esta definición recoge plenamente lo que se señala el literal (k) del artículo 13 del Proyecto de Ley.

- **Ejercer funciones y atribuciones delegadas por el MTC (literal l).**

Al respecto, se considera que la delegación de funciones y atribuciones al OSIPTEL por parte del MTC requiere tener algunas restricciones, a fin de no generar un impacto negativo en las actividades del OSIPTEL y en su presupuesto.

En ese sentido, corresponde que en el texto del Proyecto de Ley se señale que las funciones y atribuciones delegadas deben estar estrictamente relacionadas a la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones, para lo cual el MTC debe presentar un sustento técnico a la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM), a fin de que se emita la correspondiente Resolución Ministerial.

Asimismo, toda nueva función y atribución debe ser otorgada con la debida partida presupuestal, de manera que no afecte la ejecución presupuestal programada del OSIPTEL.

En esa línea, si el OSIPTEL se va encargar de la administración y fiscalización del RENTESEG, entonces el MTC debería transferir la partida presupuestal necesaria para cumplir con dicha tarea, para lo cual se requiere la habilitación legal necesaria para tal fin.

- **Fiscalizar y sancionar a los importadores y comercializadores de equipos terminales móviles, en el marco del Registro Nacional de Equipos Terminales Móviles para la Seguridad – RENTESEG (literal n).**

En la medida que esta materia se relaciona a la importación y comercialización de equipos terminales, que son funciones atribuidas al MTC, dicha entidad debería fiscalizar y sancionar a los referidos agentes en el marco del RENTESEG. Más aun considerando que es el MTC quien emite la política y normativa sobre el particular.

Además, cabe resaltar que las funciones del OSIPTEL se ejercen respecto a la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones, por lo que debe resaltarse que los importadores y comercializadores de equipos terminales móviles no son empresas proveedoras de servicios públicos de telecomunicaciones, y, por tanto, se encuentran fuera del ámbito de la competencia del OSIPTEL.



- **Eliminar la facultad de resolver reclamos respecto a la información obtenida por los prestadores de servicios públicos de telecomunicaciones (literal q).**

En el literal 13.q se establece la competencia de “**Resolver los reclamos de los usuarios, respecto del uso, acceso y comercialización, entre otros, de la información obtenida por los prestadores de servicios públicos de telecomunicaciones**”, competencia que correspondería a la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales, conforme a la Ley N° 29733.

Esta misma disposición se repite en el numeral 49.4.

En consecuencia, se sugiere evaluar la eliminación y/o la aclaración de esta competencia propuesta, tanto en el numeral q) del artículo 13 como en el numeral 4 del artículo 49, en tanto resulta más vinculada a las funciones de otra institución del Estado.

- **Emitir la normativa necesaria para el cumplimiento de sus competencias en base a las políticas que emita el MTC (literal r).**

Se establece que el OSIPTEL emite la normativa en base a las políticas del MTC, lo cual, como se ha mencionado anteriormente, afecta la autonomía funcional técnica del regulador.

Adicionalmente a lo indicado, consideramos que es una oportunidad para reiterar que las funciones regulatoria y normativa, son ejercidas a través de resoluciones expedidas por su Consejo Directivo, las cuales tienen naturaleza reglamentaria y, por tanto, están sujetas únicamente a control constitucional a través de la acción popular.

Por otra parte, en la medida que a través de la Única Disposición Derogatoria se está proponiendo derogar, entre otros la Ley N° 26285, Ley que dispone la desmonopolización progresiva de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de Telefonía Fija Local y de Servicios de Portadores de Larga Distancia, en la que se establecen determinados objetivos del OSIPTEL¹², consideramos que tales objetivos deben ser trasladados al Proyecto de Ley bajo comentario.

10. OSIPTEL: Controversias que surjan entre empresas (Artículo 14).

En el artículo 14 del Proyecto de Ley se retira al OSIPTEL la competencia para atender casos relacionados con “el incumplimiento de las obligaciones sobre leal competencia” y las “relacionadas con las tarifas entre empresas”. Si bien estas competencias pueden entenderse incluidas en el rubro “otras materias señaladas en el marco legal vigente”, se sugiere incluirlas explícitamente en el referido artículo.

Se sugiere que las materias señaladas en el artículo 14, sean consideradas materias no arbitrables, considerando que dichas controversias están vinculadas a relaciones que revisten interés público.

¹² “Artículo 7.- El OSIPTEL tiene entre sus objetivos:

- a) Propiciar el crecimiento de la inversión privada en el servicio público de telecomunicaciones.
- b) Mantener y promover la competencia eficaz y equitativa.
- c) Promover la calidad y eficiencia de los servicios públicos brindados al usuario.”



11. PRONATEL

11.1. Recursos (Artículo 18).

En el Proyecto de Ley se considera que los recursos del FITELE son los mismos que el PRONATEL.

Si bien a través del Decreto Supremo N° 018-2018-MTC, se indicó que los recursos del PRONATEL son los mismos que estaban considerados como recursos del FITELE en el artículo 3 de la Ley N° 28900, un Decreto Supremo no puede modificar una norma con rango de Ley. En tal sentido, de aprobarse el Proyecto de Ley bajo comentario, esta situación se convalidaría. Sin embargo, esta situación conllevaría a que los aportes de los prestadores de servicios públicos de telecomunicaciones, no serían únicamente para proyectos asociados a dichos servicios, sino también a otras funciones que se atribuyen al PRONATEL, y que no se relacionan necesariamente con la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.

Sumado a ello, corresponde tener en cuenta que si bien la Ley 30880 dispone que el financiamiento de las actividades y los proyectos de inversión del pliego MTC, se puede efectuar con cargo a la totalidad de los ingresos previstos en la Fuente de Financiamiento Recursos Directamente Recaudados, lo que incluye recursos del FITELE, que se encuentren considerados en el Presupuesto Institucional de Apertura del citado Pliego, tal como se establece en la misma norma, el uso de los mencionados recursos se realiza sin que se deje de cumplir su finalidad prevista en las normas que autorizan su recaudación.

11.2. Rol subsidiario de PRONATEL

No queda claro si el PRONATEL será la única entidad que desplegará infraestructura en zonas rurales y/o de preferente interés social. Debe verificarse previamente que se cumpla el principio de actividad subsidiaria, pues existe terceros que podrían estar interesados en desplegar infraestructura a cambio de un subsidio. (Disposición Preliminar, art. 4.3 sobre la participación del Estado en el sector de Comunicaciones, 11. e y f sobre las funciones del MTC, art. 17 sobre PRONATEL, art. 18 c y d sobre funciones de PRONATEL).

12. Concesión (Artículo 20).

Por simplificación administrativa, a fin de facilitar el ingreso de nuevos operadores al sector, no se considera pertinente que el otorgamiento de concesiones se efectúe mediante concurso público, tal como se plantea en el artículo 20.2.

Consideramos que la modalidad de concurso público, únicamente se justifica cuando la concesión involucra o incluye la asignación de espectro radioeléctrico.

Por otro lado, resulta contradictorio que en el mismo artículo 20, se indique que los procedimientos administrativos vinculados a este título habilitante, son de evaluación previa y se sujetan al silencio administrativo negativo, cuando por naturaleza los concursos o licitaciones públicas se rigen por sus propias etapas y condiciones.



13. Derechos intransferibles (Artículo 23).

La transferencia de títulos habilitantes vinculados a la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones debe contar con la opinión previa favorable del OSIPTEL.

14. Plazo de las concesiones y renovación (Artículo 27).

El Proyecto de Ley establece que las concesiones de servicios públicos de telecomunicaciones tienen un plazo máximo de 20 años, y que pueden ser renovadas por única vez por un máximo de 20 años adicionales.

Al respecto, se considera que no es recomendable restringir a una sola renovación, dado que podría darse el caso de una empresa que haya tenido un buen desempeño durante 40 años de operación, y que debido a esta norma, no puede acceder a una nueva renovación del periodo de concesión.

En ese sentido, se recomienda que las disposiciones vinculadas sobre este tema se realicen en base a criterios de eficiencia.

Se advierte además que para evaluar la renovación de la concesión, el MTC debe - además de evaluar el desempeño del titular y el cumplimiento de obligaciones contractuales y normativas-, verificar que los precios de los servicios brindados sean competitivos en el mercado.

Con relación al último supuesto a ser verificable por el MTC, se advierte que es competencia del OSIPTEL y en todo caso, esto depende del enfoque comercial y segmento al que pretenda llegar el concesionario. Por lo que en la medida que cumpla con sus obligaciones, haciendo un uso eficiente de espectro y cumpliendo sus metas, los precios del mercado no deberían ser materia de evaluación.

15. Gestión de los Recursos Escasos – Espectro Radioeléctrico**15.1. Las facultades del OSIPTEL en materia de competencia ex ante y ex post.**

El espectro radioeléctrico constituye una herramienta esencial para promover competencia y desarrollo de nuevas tecnologías en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, por lo que corresponde efectuar una revisión integral de la administración, gestión y asignación de dicho recurso, situación que no se advierte en el Proyecto de Ley.

Al respecto, corresponde tener en consideración que diversas gestiones del MTC han demostrado deficiencias en la forma cómo se ha asignado este recurso (v.g. algunas subastas y procesos de transferencias de espectro), habiendo el MTC autorizado determinadas transferencias incluso cuando estas eran lesivas para la competencia, tal como el OSIPTEL opinó en su momento.

Pese a ello, si bien el art. 12.1 del Proyecto mantiene la competencia del OSIPTEL de regular, normar, supervisar y fiscalizar “el comportamiento de las empresas operadoras, así como las relaciones de dichas empresas entre sí”, en el artículo



31.1 se indica que es el MTC quien administra, asigna y gestiona el espectro radioeléctrico. De acuerdo con el artículo 31.2, el OSIPTEL únicamente emite opinión técnica respecto a las asignaciones o transferencias de espectro. Es decir, no se trata de una opinión vinculante.

Conforme a la teoría económica el comportamiento de las empresas está vinculado con la estructura del mercado. De esa manera, regular el comportamiento implica promover la competencia, y solo si ello no es posible, entonces se opta por regular la falla de mercado asociada. Por esta razón, **el diseño e implementación de la política de competencia es una parte esencial de las funciones del OSIPTEL.**

Sin embargo, de aprobarse el proyecto, el OSIPTEL únicamente podrá dar su opinión técnica, sin que ello implique que el MTC tenga que considerar lo que en su oportunidad señale el OSIPTEL. El MTC es quien decidirá cómo se distribuye el espectro entre los operadores, a pesar de que de esto dependa la estructura o composición de los mercados de telecomunicaciones, en particular de los servicios móviles. Una mala decisión en este aspecto reduciría la competencia en estos mercados, reduciendo a su vez los incentivos para expandir infraestructura. (Ver artículo 9 g) y h) acerca de las funciones del MTC, artículo 30.4 acerca de recursos escasos, artículo 24 sobre derechos intransferibles, artículo 31. 4 y 31.5 sobre gestión de espectro radioeléctrico y artículo 31.6 sobre procedimientos administrativos que involucran espectro).

Del mismo modo, el OSIPTEL tampoco podrá opinar (y menos decidir) acerca de mecanismos de acceso y compartición de infraestructura tales como arrendamiento de espectro, roaming nacional o compartición de infraestructura activa, pues estos roles quedan a cargo del MTC. (Art. 35 sobre arrendamiento de espectro, art. 61 sobre acceso y uso compartido de infraestructura de comunicaciones). Incluso, se señala que el MTC sería el único competente para emitir mandatos de compartición de infraestructura pasiva en aquellos casos en que este se solicite de manera conjunta con compartición de infraestructura activa.

En tal sentido, corresponde que el Proyecto de Ley considere que la gestión del espectro deba ser efectuada por el MTC en coordinación con el OSIPTEL¹³. Asimismo, con la finalidad que esta coordinación se efectúe y tenga efectos reales, el Proyecto de Ley debe exigir la opinión vinculante del Organismo Regulador en los siguientes procedimientos y disposiciones a emitir, vinculados a la gestión, administración y asignación del espectro:

- (i) Opinión previa favorable para asignar espectro para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones por concurso y para determinar los casos de excepción en los que la asignación se efectúe sin concurso.
- (ii) Opinión previa favorable para establecer topes de espectro.

¹³ Cabe mencionar que en Europa, el modelo más utilizado es un modelo mixto, en que la gestión del espectro es compartido tanto por la agencia reguladora como por el ministerio (Alemania, Austria, Bélgica, Eslovaquia, Eslovenia, Finlandia, Francia, Irlanda, Polonia, Reino Unido, República Checa y Suiza). Por su parte, en América el principal modelo predominante es aquel en que el regulador gestiona de forma exclusiva el espectro. De esta forma, este modelo es aplicado en 9 países (Argentina, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Estados Unidos, México, República Dominicana, Paraguay y Uruguay), mientras que en otros 6 países el espectro es gestionado exclusivamente por el ministerio (Canadá, Colombia, Chile, Ecuador, Venezuela y Perú).



- (iii) Opinión previa favorable para establecer los indicadores, parámetros y metodología de medición de las metas de uso.
- (iv) Opinión previa favorable para autorizar: i) La transferencia total o parcial de la asignación de espectro radioeléctrico; ii) La transferencia total de acciones o participaciones del titular de la asignación; iii) La transferencia de acciones o participaciones del titular de la asignación, que impliquen el cambio del control de la empresa titular de la asignación; iv) La reorganización societaria, conforme a lo dispuesto en la Ley General de Sociedades, con excepción de la transformación, y v) la afectación de los derechos de uso del espectro radioeléctrico, mediante cesión temporal, gravamen y arrendamiento u otra forma que conlleve a la pérdida efectiva de la capacidad decisoria o del control del titular sobre la asignación otorgada.
- (v) Opinión previa favorable para la renovación de la asignación con modificación, cuando el titular hubiera aceptado la modificación de las condiciones del título, propuesta en el procedimiento por el MTC.

15.2. Recursos escasos

En el artículo 30.2 del Proyecto de Ley se estaría declarando facilidades esenciales que no están consideradas en el Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión.

15.3. Control o fiscalización de recursos escasos

En el artículo 30 del Proyecto de Ley se establece que la fiscalización (supervisión) de los recursos escasos corresponde al OSIPTEL, quien vela por su uso eficiente, su mejor aprovechamiento, control y fiscalización oportuna.

Corresponde resaltar que, dado el rol que debe cumplir el OSIPTEL en la promoción de la competencia en el sector de servicios públicos de telecomunicaciones, las competencias y funciones que deben serle reconocidas en la Ley, deben estar asociadas a la gestión, administración y asignación del espectro, por constituir la manera de acceder a la prestación de determinados mercados de servicios públicos de telecomunicaciones.

No obstante, el control de espectro, puede abarcar una parte del espectro que no esté necesariamente vinculado a la prestación de servicios **públicos** de telecomunicaciones. Por lo tanto, en este extremo, dicha función debería continuar siendo ejercida por el MTC.

Cabe resaltar que, de ser aprobada esta función de supervisión, que hoy no tiene el regulador, se deberán transferir los recursos respectivos.

16. Arrendamiento de espectro radioeléctrico (Artículo 35)

El Proyecto de Ley regula el arrendamiento del espectro radioeléctrico, disponiendo que este tiene carácter obligatorio por parte del asignatario del derecho de uso si es que este no cumple con las Metas de Uso espectro radioeléctrico y para tal efectos las partes



presentan el acuerdo para aprobación del MTC y ante la falta de acuerdo el MTC se encuentra facultado a emitir un mandato.

Al respecto, consideramos que, por eficiencia, debe evaluarse asignar esta competencia para emitir mandatos al OSIPTEL, en la medida que este organismo regulador tiene competencia respecto a las relaciones entre empresas prestadoras de servicios públicos de telecomunicaciones y tiene experiencia en el ámbito de dictar mandatos. Caso contrario, se debería contar con la opinión vinculante del OSIPTEL.

De otro lado, cabe precisar que el 28 de mayo de 2019, se publicó el Decreto Supremo N° 015-2019-MTC, que regula el arrendamiento de espectro, y, a diferencia del Proyecto de Ley, solo considera obligatorio el arrendamiento de espectro por incumplimiento de metas en áreas rurales y lugares de preferente interés social. En tal sentido, se recomienda evaluar primero ver cómo se desarrolla la implementación de la obligatoriedad en dichas áreas antes que generalizar la obligación a nivel nacional.

17. Comisión Multisectorial PNAF (Artículo 38).

Sobre el particular, conforme a lo establecido en el artículo 36 de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, las Comisiones Multisectoriales de naturaleza permanente son creadas mediante decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y los titulares de los Sectores involucrados.

En tal sentido, se recomienda evaluar la necesidad de incluir en una norma con rango de Ley, la creación de una Comisión Multisectorial, cuando ello podría ser incluido en el Reglamento.

Sin perjuicio de ello, a continuación se traslada el análisis efectuado respecto al funcionamiento de la Comisión Multisectorial PNAF, el cual, puede contribuir a su regulación.

Al respecto, cabe señalar que mediante Decreto Supremo N° 041-2011-PCM publicado el 05 de mayo de 2011, se creó la Comisión Multisectorial Permanente encargada de emitir informes técnicos especializados y recomendaciones para la planificación y gestión del Espectro Radioeléctrico y las adecuaciones del Plan Nacional de Atribución de Frecuencias (en adelante, Comisión Multisectorial Permanente del Espectro).

El citado Decreto Supremo precisa que la Comisión Multisectorial Permanente del Espectro se encuentra adscrita al Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) y se encuentra conformada por 5 miembros:

- Un representante de la Dirección General de Regulación y Asuntos Internacionales de Comunicaciones.
- Un representante de la Dirección General de Concesiones en Comunicaciones.
- Un representante de la Dirección General de Autorizaciones en Telecomunicaciones.
- Un representante de la Dirección General de Control y Supervisión de Comunicaciones.
- Un representante del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL.

Asimismo, las funciones de la Comisión Multisectorial del Espectro son:



- a. Evaluar y proponer la modificación del Plan Nacional de Atribución de Frecuencias (PNAF) y la canalización de las bandas de frecuencias.
- b. Evaluar las consultas referidas al PNAF y la canalización de las bandas de frecuencias
- c. Evaluar y proponer parámetros técnicos para la medición del uso eficiente del espectro radioeléctrico.
- d. Investigar e identificar las nuevas tendencias internacionales en cuanto a la administración, atribución, asignación y control del espectro radioeléctrico que puedan ser implementadas en el país.
- e. Apoyar en el diseño y formulación de políticas, planes y programas relacionados con el espectro radioeléctrico.
- f. Las demás que por su naturaleza le sean asignadas por el Viceministro de Comunicaciones o le correspondan.

No obstante, se han identificado varios puntos en el modo de trabajo de la Comisión Multisectorial Permanente del Espectro que, en la práctica, han impedido que los aportes contribuyan en la gestión del espectro más allá del ámbito de ingeniería, a saber, en la mejora de las políticas de gestión del espectro radioeléctrico en el país, promoviendo la expansión y/o competencia:

- El enfoque de la Comisión Multisectorial Permanente del Espectro se ha limitado solo al aspecto de ingeniería. Si bien en el citado Decreto Supremo del año 2011 se estableció que la Comisión Multisectorial Permanente del Espectro también podría “apoyar en el diseño y formulación de políticas, planes y programas relacionados con el espectro radioeléctrico”, en la práctica se tiene una continuidad del modo de trabajo de su predecesora, es decir, siguió basando su trabajo en el enfoque de ingeniería, complementado de un soporte legal para temas puntuales. Considerando que el espectro radioeléctrico es el recurso indispensable para la provisión de servicios móviles y que por tanto requiere ser asignado de forma eficiente, es necesario que los informes elaborados por la citada Comisión no consideren solo los aspectos de ingeniería, sino también introduzcan un análisis del impacto en el mercado y la competencia.
- Si bien desde el año 2017 la Comisión reporta su Plan de Trabajo anual a la PCM, dicho plan no se hace público en la web del MTC.
- El modo de trabajo no se basa en expedientes en los que se registre y contabilice con precisión cada etapa y las evidencias de cada decisión. El producto de la Comisión es solo informes. No existe un procedimiento estandarizado, y por tanto los plazos no están debidamente acotados y las actividades y/o pasos a seguir no siempre son los mismos.
- Los miembros de la Comisión Multisectorial del Espectro no se dedican a tiempo completo a la misma, toda vez que las labores propias de la Comisión Multisectorial Permanente del Espectro y las labores de los miembros en sus respectivos puestos de trabajo son compartidas. Ello origina acumulación de trabajos y retrasos en la elaboración de respuestas a los expedientes de la comisión o análisis incompletos o no apropiados.
- Lo anterior ha derivado en que la agenda de la Comisión Multisectorial Permanente del Espectro sea reactiva y no prospectiva. En efecto, la Comisión no ha realizado



estudios prospectivos, de necesidades de espectro en general, de evaluación de nuevas tendencias, y dada sus limitaciones no puede realizar diversos estudios que deberían ser abordados por una Comisión de esta naturaleza.

- Si bien las actas sí se publican en la página web, están usualmente tienen un retraso considerable en su publicación.
- La Comisión Multisectorial Permanente del Espectro está conformada por un total de 5 miembros titulares (cada uno con su respectivo miembro suplente), de los cuales 4 son del MTC y solo uno del OSIPTEL, quien ha contribuido con el punto de vista de promoción de la competencia. Considerando que para realizar una sesión, se requiere un quórum de 4 personas, en el supuesto de la imposibilidad de asistir el representante del OSIPTEL, la citada Comisión podrá tomar decisiones con tan solo el voto de los miembros pertenecientes al MTC.
- Dada la disparidad de representantes del MTC frente a los representantes del OSIPTEL (4 a 1), la posición del MTC siempre será la predominante, lo cual podría reducir la participación del OSIPTEL a la mera observación.
- Si bien la Comisión Multisectorial Permanente del Espectro se denomina “multisectorial”, no hay representantes de otras entidades, centros de investigación o de la academia.
- No siempre se hacen públicos los informes de recomendaciones remitidos por el OSIPTEL y no siempre se evidencia la posición que tuvo el regulador en el debate el interior de la Comisión Multisectorial del Espectro.
- Los miembros de la Comisión no tienen participación en los eventos internacionales relacionados a las últimas tendencias en políticas de espectro, en especial a los WRC (Conferencia Mundial de Radiocomunicaciones) organizadas por la Unión Internacional de Telecomunicaciones, que es donde se definen las futuras bandas de espectro a ser usadas por los países miembros.
- Existe riesgo de que, al no ser la Comisión totalmente autónoma, la posición de algún miembro de la Comisión esté influenciada por la posición de la respectiva Dirección a la que pertenece.

En ese sentido, el Proyecto de Ley debe considerar la evidente la necesidad de evaluar el modo de trabajo de la Comisión Multisectorial Permanente del Espectro y reformular algunos aspectos de la misma para fortalecer el papel que realiza.

Al respecto, efectuamos las siguientes recomendaciones:

- Para reestructurar esta Comisión se puede considerar la experiencia adoptada en Colombia, donde mediante Ley 1341 del año 2009, se creó la Agencia Nacional de Espectro (ANE) como una unidad administrativa especial del orden nacional, adscrita al MINTIC, sin personería jurídica, con autonomía técnica, administrativa y financiera. El objetivo de la ANE es brindar el soporte técnico para la gestión y la planeación, la vigilancia y control del espectro radioeléctrico.



- Se recomienda que el ente que reemplace a la Comisión Multisectorial, cuente con un esquema mixto conformado por: i) Personal dedicado de forma exclusiva a las labores de gestión del espectro, y ii) Personal perteneciente a las distintas direcciones del Viceministerio de Comunicaciones del MTC (4 integrantes titulares) y gerencias del OSIPTEL (al menos 2 integrantes titulares), y de ser el caso, de otros sectores (por ejemplo, academia, centros de investigación).
- Se debe trabajar bajo procesos estandarizados, basado en expedientes, con etapas definidas (pre-publicación de propuestas, etapa de comentarios, audiencias, emisión de decisión final, etc.), con plazos definidos y que se garantice la transparencia en todas sus etapas.
- En particular, se debe establecer los pasos que definan una toma de decisiones, el sustento y evidencia respectivos, la forma de votación, así como el detalle de las posiciones que discreparon al interno de la Comisión.
- Asimismo, para el desarrollo de las sesiones se recomienda que para que exista quórum se cuente con la presencia de al menos un representante del OSIPTEL.
- Por otro lado, es necesario que los representantes de este nuevo ente tengan participación directa en eventos internacionales, tales como la Conferencia Mundial de Radiocomunicaciones, organizada por la Unión Internacional de Telecomunicaciones.
- En relación a los productos trabajados, se sugiere que exista un esquema de transparencia de información disponible en el portal web del MTC, en el que se cuente de forma actualizada con toda la información de carácter público realizado en el marco del trabajo desarrollado por este nuevo ente.

18. Derechos de los Usuarios (Artículo 43).

El Proyecto de Ley incorpora un artículo referido a los derechos de los usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones.

Al respecto, cabe reiterar que, acorde a lo establecido en el artículo 63 de Código de Protección y Defensa del Consumidor, la protección al usuario de los servicios públicos regulados, se rige por las disposiciones de dicho Código en lo que resulte pertinente y por la regulación sectorial correspondiente. Asimismo, el OSIPTEL es el encargado de velar su cumplimiento, teniendo además el regulador competencia para dictar normas y reglamentos respecto a los derechos de las entidades o actividades supervisadas así como de sus usuarios, tal como lo establece el numeral c del artículo 3 de la Ley Marco.

Adicionalmente, corresponde advertir que muchas de los derechos listados en el artículo 43 del Proyecto de Ley, son derechos que han sido reconocidos en la normativa aprobada por el OSIPTEL.

En tal sentido, consideramos que la normativa sobre el régimen de protección de usuarios debe seguir siendo emitida por el OSIPTEL, no limitándose a lo establecido en la Ley de Telecomunicaciones.



19. Servicios de radiodifusión información (Artículo 46).

En el artículo 46 del Proyecto, se debe tener presente que los servicios de radiodifusión, por su naturaleza tecnológica, operativa y funcional, son servicios de telecomunicaciones.

20. Definición de servicio público de telecomunicaciones (Artículo 47).

El Proyecto de Ley establece que los servicios públicos de telecomunicaciones son aquellos servicios que estén a disposición del público en general y cuya utilización se efectúe a cambio de una contraprestación. Asimismo, indica que serán detallados en el Reglamento.

Cabe advertir que esta definición es similar a la regulada en el TUO de la Ley de Telecomunicaciones, no obstante, consideramos que es una oportunidad para revisar dicha definición.

Al respecto, se recomienda que estos servicios estén definidos como aquellos que posibilitan una modalidad específica de telecomunicaciones. Asimismo, se recomienda precisar que el servicio público se define como aquel que está a disposición de terceros, sin que deba exigirse que estén a disposición del público en general, en la medida que esto último es una consecuencia que se encuentre clasificado como servicio público (Principio de no discriminación).

Esto resulta relevante, dado que se han evidenciado casos en los que las empresas, con la finalidad de evitar las obligaciones que la normativa exige a los prestadores de servicios públicos, alegan que los servicios que brindan no se encuentran *“a disposición del público en general”*, sino que son brindados a determinadas empresas, y por lo tanto no calificarían como servicios públicos de telecomunicaciones, a pesar que, por su naturaleza, sí clasifican como tales al ser brindados a terceros a cambio de una contraprestación.

Adicionalmente, se recomienda establecer que las categorías de clasificación o sub clasificación de servicios públicos de telecomunicaciones se determinarán en base a criterios técnicos, vinculados a nuevas tecnologías y modalidades de provisión, niveles de sustitución, efectos en el mercado, entre otros.

21. Servicios de información (artículo 49)

Se sugiere evaluar de manera especial la conveniencia de excluir a los servicios que el Proyecto denomina servicios de información (aplicaciones y contenidos), de la definición de servicios de telecomunicaciones. Se sugiere que este aspecto sea trasladado al Reglamento.

En el artículo 49.4 del Proyecto se introduce el concepto de Servicio de Información, a los cuales no se les aplica mayores obligaciones en esta Ley, salvo que estarán sujetos a pago de aporte al PRONATEL. Sin embargo, en el numeral 5 de este artículo no es clara la mención de las competencias del OSIPTEL para dichos servicios de información.

Asimismo, en el Proyecto de Ley se indica que el MTC regula el uso, acceso y comercialización, entre otros, de la información obtenida por los prestadores de servicios públicos de telecomunicaciones en sus relaciones con los usuarios de dichos servicios y



que el OSIPTEL es el competente para resolver los reclamos de los usuarios respecto del uso, acceso y comercialización, entre otros, de la información obtenida por los prestadores de servicios públicos de telecomunicaciones.

Al respecto, se confunde la prestación del servicio de información, con la información que se puede obtener de los usuarios a través de dichos servicios, respecto de la cual, cualquier reclamo sobre el uso, acceso y comercialización de dicha información, que puede estar vinculada a datos personales de los usuarios, no debe ser competencia del OSIPTEL, debiendo regirse por la normativa de la materia (Ley N° 29733 u otras normas que la modifiquen o la sustituyan).

22. Mercados relevantes y operadores con poder significativo en el mercado (Artículo 52)

En el artículo 52.1, consideramos que la determinación de mercados relevantes no debe contar con un informe del MTC.

23. Prácticas empresariales prohibidas (Artículo 55)

El artículo 55 del proyecto de Ley señala que se encuentran prohibidas las prácticas empresariales contrarias a la libre y leal competencia que afecten o puedan afectar los mercados de servicios públicos de telecomunicaciones, conforme a lo dispuesto en las leyes que prohíben y sancionan las conductas anticompetitivas o desleales. Asimismo, dispone que estas prácticas dan lugar a la imposición de sanciones y, en su caso, a la adopción de medidas correctivas dispuestas por OSIPTEL, de cumplimiento obligatorio por las empresas infractoras.

Al respecto, manifestamos nuestra conformidad con estas disposiciones normativas, al constituir una función principal del OSIPTEL, el mantener y promover la competencia entre los prestadores de servicios públicos de telecomunicaciones.

Así, tanto el TUO de la Ley de Telecomunicaciones, como la Ley que dispone la Desmonopolización Progresiva de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de Telefonía Fija Local y de Servicios Portadores de Larga Distancia, Ley N° 26285, establecen como una de las principales funciones asignadas al OSIPTEL, la de mantener y promover una competencia efectiva y justa entre los prestadores de servicios públicos de telecomunicaciones

De otro lado, en el numeral 3 del artículo 55 del proyecto de Ley se establece una definición de las conductas que constituirían abuso de posición de dominio.

“55.3 En los casos de conductas de abuso de posición de dominio que afecten a los mercados de los servicios públicos de telecomunicaciones, se considera que existe abuso de posición de dominio cuando una o más empresas actúan de manera indebida causando perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir posición de dominio”.

Al respecto, se sugiere eliminar dicho numeral considerando que las conductas que constituyen abuso de posición de dominio han sido previstas en la Ley que prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas (artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1034).

En el numeral 4 del artículo 55 el proyecto de Ley establece:



“55.4 A estas conductas le es aplicable la normativa que emita el OSIPTEL en materia de libre y leal competencia”

Sobre el particular, en concordancia con lo señalado anteriormente, se sugiere agregar un párrafo al numeral 4 del artículo 55, según el siguiente texto:

“55.4 A estas conductas, en adición a lo establecido en las leyes que prohíben y sancionan las conductas anticompetitivas o desleales, le es aplicable la normativa que emita el OSIPTEL en materia de libre y leal competencia respecto al mercado de servicios públicos de telecomunicaciones”.

24. Compartición de infraestructura (Artículo 61)

En el artículo 61 del Proyecto de Ley se señala que el MTC emite mandatos de compartición activa.

Al respecto, se aprecia una inconsistencia en este punto, dado que según los numeral (g), (h) e (i) del artículo 13 del Proyecto de Ley, las funciones del OSIPTEL serían:

- Regular en el ámbito de su competencia la interconexión y la compartición de infraestructura pasiva e intervenir en tales relaciones, así como emitir los correspondientes mandatos de conformidad con esta Ley.
- Aprobar y registrar los acuerdos de interconexión y compartición de infraestructura pasiva y ordenar su modificación cuando sea necesario, de conformidad con esta Ley.
- Implementar, organizar y administrar el Registro Público de Acuerdos de Interconexión y Compartición de Infraestructura Pasiva.

No obstante, el Proyecto de Ley bajo análisis otorga competencia al MTC respecto a la emisión de mandatos de compartición de infraestructura activa e incluso pasiva cuando este se solicite de forma conjunta con infraestructura activa.

En ese sentido, por una razón de congruencia legal y uniformidad institucional, la emisión de los mandatos de compartición, tanto activa como pasiva, debe formar parte de las competencias del OSIPTEL, en la medida que por años ha tenido competencia para normar y regular las relaciones entre empresas del sector, además de tener la experiencia y capacidad técnica necesaria para dictar mandatos en el campo de la compartición de infraestructura¹⁴.

Adicionalmente, consideramos que el Proyecto de Ley de Telecomunicaciones puede ser una oportunidad para unificar los tres regímenes de compartición de infraestructura en cuanto a la fecha cuentan con regulación específica que genera confusión en los agentes sobre la norma a ser aplicada.

Así, con el objetivo de ser concordantes con los fines establecidos en el mismo Proyecto de Ley, se sugiere evaluar el establecimiento de la obligatoriedad del acceso y uso

¹⁴ Al respecto, se recomienda tener en consideración las competencias atribuidas al OSIPTEL por:

- i. Ley N° 28295: Ley que regula el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de Servicios Públicos de telecomunicaciones.
- ii. Decreto Legislativo N° 1019: Ley de Acceso a la Infraestructura de los Proveedores importantes de servicios públicos de telecomunicaciones.
- iii. Ley N° 29904: Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal. Nacional de Fibra Óptica.



compartido de infraestructura pasiva, salvo excepciones definidas por el regulador; así como, el acceso y uso compartido de infraestructura activa de manera facultativa, siendo posible que el regulador establezca los supuestos en los que la compartición activa sea obligatoria.

25. Registro de infraestructura de redes para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.

Se sugiere incluir un artículo que haga mención especial a la remisión de información de infraestructura de redes de telecomunicaciones. Se propone la siguiente redacción.

“Art XY.- Los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones están obligados a remitir al MTC y al OSIPTEL, la información de infraestructura de red de todos los segmentos de sus redes, fijas y móviles, involucrados en la provisión de servicios públicos de telecomunicaciones, a saber, acceso, agregación transporte, núcleo, tramo internacional, y otros que se especifiquen en el Reglamento de la presente Ley.

Dicha información deberá ser remitida en formato georreferenciado. En adición, el detalle de los requerimientos de la información de infraestructura materia del presente artículo, será mediante formatos, cuadros, bases de datos específicas, entre otros, cuyos criterios serán definidos en el Reglamento de la presente Ley. La periodicidad de la remisión de información será especificada en el Reglamento.

La información de infraestructura de redes de telecomunicaciones para fines de acceso y uso compartido de infraestructura será remitida al OSIPTEL, para su registro, explotación, procesamiento y puesta a disposición de los agentes interesados. Los detalles para la remisión de esta información, así como la periodicidad, serán establecidos por el OSIPTEL.”

IV. CONCLUSIONES

4.1. El OSIPTEL considera necesaria la emisión de una nueva Ley de Telecomunicaciones, en la medida que han transcurrido más de 25 años desde la entrada en vigencia de la Ley de Telecomunicaciones, sin que se haya evaluado si la misma responde a las necesidades de la población y del sector en materia de telecomunicaciones.

4.2. Corresponde evaluar las competencias asignadas a las diversas instituciones que intervienen en el sector (MTC, OSIPTEL y PRONATEL), con la finalidad de asignar las funciones a quien este en mejor condición y capacidad de asumirlas, con el objetivo de promover el desarrollo y la competencia en los servicios de telecomunicaciones.

4.3. En la medida que el espectro radioeléctrico constituye una herramienta esencial para promover competencia y desarrollo de nuevas tecnologías, consideramos que corresponde una revisión integral de la administración, gestión y asignación de dicho recurso.

En tal sentido, corresponde que en el Proyecto de Ley se considere que la gestión del espectro deba ser efectuada por el MTC en coordinación con el OSIPTEL. Asimismo, con la finalidad que esta coordinación se efectúe y tenga efectos reales, el Proyecto de Ley debe exigir la opinión vinculante del Organismo Regulador en diversos procedimientos y disposiciones a emitir vinculados a la gestión, administración y asignación del espectro.

4.4. La autonomía del OSIPTEL es un elemento fundamental del diseño institucional, dado que garantiza que las decisiones regulatorias sean adoptadas con criterios técnicos, se



orienten a la mejora del desempeño del mercado y no se encuentren supeditadas a objetivos políticos. En tal sentido, consideramos además que para que dicha autonomía se concrete, corresponde que en el Proyecto de Ley se reconozca que las funciones que le han sido atribuidas al regulador por Ley, deban ser ejercidas de manera exclusiva.

- 4.5. Adicionalmente, se formulan otros comentarios y sugerencias al Proyecto de Ley.
- 4.6. Se recomienda que el presente informe, que contiene los comentarios al Proyecto de Ley N° 4333/2018-CR, sea remitido a la Presidencia del Consejo de Ministros, de acuerdo a lo señalado en el Oficio N° 12-2007/PCM-DM-OCP¹⁵ del 5 de marzo de 2007, para su correspondiente remisión al Congreso de la República.

Atentamente,



¹⁵ Mediante el cual la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM) comunica al OSIPTEL que las respuestas a los pedidos de opinión, de información u otros asuntos formulados por las comisiones del Congreso de la República sobre los proyectos de Ley no presentados por el Poder Ejecutivo, deben ser canalizadas a través de la Oficina de Coordinación Parlamentaria del Sector de la PCM.