A	**:**	LUIS ALBERTO AREQUIPEÑO TAMARA **GERENTE GENERAL (E)**
CC	**:**	RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ **PRESIDENTE DEL CONSEJO DIRECTIVO**
ASUNTO	**:**	COMENTARIOS AL PROYECTO DE DECRETO SUPREMO QUE MODIFICA DIVERSOS ARTÍCULOS DEL REGLAMENTO DE LA LEY Nº 29904, LEY DE PROMOCIÓN DE LA BANDA ANCHA Y CONSTRUCCIÓN DE LA RED DORSAL NACIONAL DE FIBRA ÓPTICA
FECHA	**:**	**25 de julio de 2019**

	CARGO	NOMBRE
ELABORADO POR	Sub Gerente de Análisis Regulatorio (e)	Daniel Argandoña Martinez
	Abogada Especialista en Temas Regulatorios	Katy Torres Peceros
	Abogada Especialista en Procedimientos Administrativos – Segunda Instancia	Pamela Cadillo La Torre
	Especialista en Políticas Regulatorias	Pabel Camero Cusihuallpa
REVISADO POR	Asesor Legal	Gustavo Camara Lopez
APROBADO POR	Gerente de Asesoría Legal	Alberto Arequipeño Tamara

I. OBJETIVO

El presente informe tiene por objetivo comentar la propuesta de Decreto Supremo que modifica diversos artículos del Reglamento de la Ley Nº 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, aprobado mediante la Resolución Ministerial Nº 529-2019-MTC/01.03.

II. ANTECEDENTES

El 10 de julio de 2019, se publicó en el Diario Oficial El Peruano la Resolución Ministerial N° 529-2019-MTC/01.03, que dispone la publicación para comentarios del proyecto de decreto supremo que modifica diversos artículos del Reglamento de la Ley Nº 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, aprobado mediante la Resolución Ministerial Nº 529-2019-MTC/01.03.

Asimismo, se otorgó el plazo de quince (15) días calendario, contados a partir del día siguiente de la publicación de la referida resolución, a efectos de que los interesados puedan remitir sus opiniones, comentarios y/o sugerencias a la Dirección General de Políticas y Regulación en Comunicaciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC).

El plazo para emitir los comentarios vence el 25 de julio de 2019.

III. ANÁLISIS

3.1. COMENTARIOS GENERALES

3.1.1. Sobre el plazo para la emisión de comentarios al Proyecto de Decreto Supremo.

El plazo otorgado de quince (15) días calendario para emitir comentarios al proyecto de modificación del Reglamento de la Ley de Banda Ancha (en adelante, el Reglamento) es insuficiente, dadas las implicancias del mismo. Este proyecto de reglamento, una vez aprobado repercutirá en los proyectos actuales de conectividad de Banda Ancha (redes dorsal, regionales y de acceso), así como en los futuros proyectos que puedan formularse con la finalidad de mejorar la conectividad a nivel nacional.

Cabe señalar que el OSIPTEL, para el desarrollo del "Informe de análisis y recomendaciones sobre la situación comercial de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (en adelante, RDNFO)"[1], por la especial relevancia y urgencia que revestía su análisis, otorgó 20 días hábiles para presentar comentarios, equivalente a 30 días calendario[2]. El MTC remitió sus comentarios al término del plazo otorgado.

Por otra parte, en el informe sustentatorio de este proyecto normativo, el MTC hace referencia a dos informes elaborados por el Banco Mundial, i) el Informe de Diagnóstico del Estado Actual del Mercado de Banda Ancha y Posicionamiento de la RDNFO en el mercado y ii) el

[1] En atención de la solicitud presentada por el MTC mediante Oficio N° 058-2017-MTC/2, el OSIPTEL brindó asistencia técnica al MTC respecto a la situación comercial de la RDNFO, emitiendo el Informe N° 045-GPRC/2018.
[2] Siendo que este informe fue publicado en la página *web* del OSIPTEL el 28 de noviembre de 2017, se recibieron comentarios hasta el 28 de diciembre de 2017.

Informe de Escenarios y Modelos de Negocio para la RDNFO y Redes de Transporte Regionales.
Sin embargo, estos informes no se encuentran publicados en la página web del MTC, y tampoco han sido remitidos al OSIPTEL, a pesar de que este organismo viene colaborando con el MTC en varios temas vinculados con el desarrollo de la RDNFO y los proyectos regionales de conectividad. Incluso, se debe señalar que el OSIPTEL no fue invitado a participar de la presentación oficial del segundo informe indicado, realizada en la Universidad del Pacífico.

No contar con dichos informes impide realizar una evaluación más profunda de este proyecto de modificación del Reglamento, toda vez que no se dispone de toda la información relevante que justificaría el proyecto normativo.

De otro lado, se advierte que en el Informe N° 0410-2019-MTC/26 y en la Exposición de Motivos de este proyecto normativo, la evaluación del impacto de esta propuesta normativa enuncia y describe los beneficios asociados, no obstante sería importante que existan mayores evidencias que sustente el Análisis Costo-Beneficio, a fin que se logre una mayor consistencia entre el problema y la justificación identificados en el Informe de sustento y la propuesta formulada.

Sin perjuicio de lo anterior, se presentan los comentarios específicos a las modificaciones e incorporaciones al texto normativo del Reglamento.

3.1.2. Sobre el Segundo Informe del Banco Mundial y los escenarios planteados

Sin perjuicio de lo indicado en el primer punto sobre la falta de acceso al contenido de los informes preparados por el Banco Mundial, de acuerdo a lo difundido por la prensa nacional[3], el contenido del informe elaborado por el Banco Mundial denominado "*Escenarios y modelos de negocio para la RDNFO y redes de transporte regionales*" (en adelante Segundo Informe del Banco Mundial), citado como bibliografía en el Informe N° 0410-2019-MTC/26 que sustenta el Proyecto de Decreto Supremo que modifica el Reglamento de la Ley 29904 (en adelante Informe Sustentatorio), dicha entidad internacional planteó los siguientes tres escenarios que buscan viabilizar la sostenibilidad de la RDNFO y los proyectos regionales:

- **Primer escenario**. Denominado “modelo competitivo integrado”, a través del cual se plantea la integración de la RDNFO con las 21 redes regionales de esta manera los usuarios ya no tendrían que pagar dos tarifas de transporte sino una sola. Tras la integración, se entregaría la Concesión al concesionario de la RDNFO, al cual se permitiría prestar toda clase de servicios de telecomunicaciones (internet, telefonía fija y móvil, tv de paga, larga distancia nacional y larga distancia internacional) a operadores y usuarios finales (empresas, instituciones, y personas naturales).

- **Segundo escenario**. Denominado “modelo existente optimizado”. En este escenario -que también contempla la integración de la RDNFO con las 21 redes regionales para que exista una sola tarifa de transporte- se le otorgaría al concesionario mayor

[3] https://gestion.pe/economia/banco-mundial-plantea-azteca-ofrezca-servicios-internet-usuarios-finales-peru-269312
https://www.telesemana.com/blog/2019/06/06/el-banco-mundial-propone-tres-caminos-para-que-la-red-dorsal-funcione-en-peru/
https://elcomercio.pe/economia/peru/banco-mundial-presenta-debate-tres-modelos-rediseno-red-dorsal-ecpm-noticia-642039

flexibilidad en su oferta comercial (tarifas) y también la posibilidad de ofrecer el servicio de telecomunicaciones a usuarios finales, pero a través de empresas vinculadas.

- **Tercer escenario.** La tercera propuesta es el "modelo de desinversión" a través del cual el Estado mantendría la titularidad de segmentos de la red donde no existe competencia. En el caso de aquellos tramos en los que sí existe oferta de terceros, se plantea la desinversión, a través de la subasta de las redes redundantes.

Al respecto, se debe resaltar que un aspecto fundamental para evaluar los escenarios planteados es analizar la **proyección de la cantidad demandada del servicio portador** para cada uno de los escenarios. Por ejemplo, de acuerdo con la metodología desarrollada en el Informe N° 00045-GPRC/2018 (en adelante Informe del OSIPTEL) del 5 de febrero 2018, "*Informe de análisis y recomendaciones sobre la situación comercial de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (RDNFO)*"[4], se consideró dividir la demanda que la RDNFO podría atender (también denominada demanda potencial) en función a la condición de competencia existente en cada zona geográfica. Para tal división, se puede emplear como aproximación la cantidad de empresas que disponen de nodos de fibra óptica.

Es importante indicar que en las primeras zonas, la RDNFO es la única empresa que cuenta con nodos de fibra óptica; mientras que en las segundas zonas existen competidores.[5] En ese sentido, mientras más superposición exista entre la RDNFO y las redes de fibra óptica de las empresas operadoras, se obtendrían menores cantidades de demanda proyectada de los servicios de la RDNFO.

En esa línea, **el nivel de superposición entre la RDNFO y las redes de fibra óptica de las empresas operadoras se constituye en una variable significativa** al momento de evaluar los escenarios planteados por el Informe del Banco Mundial. Al respecto, en la página 34 del Informe Sustentatorio, se cita el siguiente extracto contenido en la página 10 del Informe del Banco Mundial:

> "*existen tramos de la red donde existe oferta de los operadores integrados que también cuentan con sus propias redes dorsales en el interior del país,* ***que en muchos tramos siguen trayectorias paralelas a la RDNFO, llegan a las mismas ciudades donde se concentra el mercado, llegan también a Lima y cuentan con abundante capacidad de reserva****."*

Asimismo, dicho nivel de superposición entre la RDNFO y las redes de fibra óptica de las empresas operadoras también fue analizado en la página 18 del Informe del OSIPTEL, donde se indicó lo siguiente en base a información a diciembre de 2017:

> "*Según esta información, si se considera solo la presencia de nodos de fibra óptica, Azteca tendría presencia exclusiva en 169 distritos (9.02%), en los que contaría con 183 nodos. Por su parte, considerando la existencia de otras tecnologías, la exclusividad de Azteca se reduce a 56 distritos (2.99%), en los que contaría con 57 nodos.*
>
> *Por otro lado, Azteca competiría con nodos de fibra óptica de otras empresas en* ***115 distritos (6.14%), compitiendo directamente con Telefónica en 91, con América Móvil en 30, con Entel en 29, y con Viettel en 43****. Asimismo, considerando los nodos*

[4] http://www.osiptel.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/1/bol/boldic214/files/Inf045-GPRC-2018.pdf
[5] Página 74 del Informe del OSIPTEL.

de otras tecnologías, Azteca compite con otras empresas en 228 distritos (12.17%), compitiendo directamente con Telefónica en 166, con América Móvil en 195, con Entel en 146, y con Viettel en 110."

No obstante que a diciembre de 2017 dicha superposición era ya muy significativa, desde esa fecha dicho nivel de superposición entre la RDNFO y las redes de los operadores ha ido incrementándose, debido tanto a la expansión de las redes de los operadores como al ingreso de nuevos operadores que han desplegado fibra óptica inter departamental. En efecto, en octubre de 2018[6] la empresa Internexa anunció la construcción de su red propia de fibra óptica entre Lima y la Oroya, asimismo, dicha empresa resaltó que ya había construido la red que va desde Moquegua a Desaguadero (Puno), que implica más de 300 kilómetros de fibra óptica. Del mismo modo, según nota periodística del 21 de julio[7], Movistar habría agregado 452 Km de fibra a los 32,000 Km que poseía, BITEL 590 Km a los 34,600 Km que tenía, Entel agregó 1,555 Km desde enero del 2018 y Claro ya había llegado a los 17,000 Km.

En el caso de nuevos operadores, se tiene a la empresa Entel Bolivia, que recientemente ha obtenido concesión para los servicios de Portador Local, Portador LDN (Conmutado y No Conmutado) y Portador LDI (No Conmutado)[8], la cual viene desplegando un tendido de fibra óptica para unir Chucuito (Desaguadero) con la estación terrena de Lurín, que consta de un tramo terrestre y otro submarino. El tramo terrestre pasará por las provincias de Ilo, Chucuito, Mariscal Nieto, Tacna e Islay, mientras que el tramo submarino unirá las provincias de Islay y Lima (Lurín).

En ese sentido, consideramos que la elección del escenario idóneo para conseguir los objetivos expuestos en los Considerandos del Proyecto de Decreto Supremo que modifica el Reglamento de la Ley 29904, a saber, "*permitir la adecuación de las redes de transporte regional a este mercado tan dinámico así como asegurar su operación para la prestación de los servicios de conectividad de Banda Ancha*", requiere un análisis detallado de las potenciales demandas y beneficios que podrían obtener cada uno de los escenarios planteados, el cual debería necesariamente considerar la realidad del despliegue actual de las redes de fibra óptica de los operadores, las cuales, como se ha visto, han continuado expandiéndose de manera sostenida en los últimos semestres.

En este punto es importante señalar que, debido al otorgamiento de la concesión de portador a Entel Bolivia, la cual desplegará su propio tendido de fibra óptica desde Desaguadero hasta Lurín, la RDNFO pierde prácticamente la totalidad de la demanda proveniente de Bolivia, inicialmente estimada en alrededor de 300 Gbps, la cual, de otra forma, habría contribuido de manera importante a la sostenibilidad y equilibrio financiero del proyecto a largo plazo.

Por ello, consideramos que la realización del análisis antes mencionado es fundamental para determinar de manera objetiva la viabilidad económica y financiera a largo plazo de cada uno de los escenarios planteados, y elegir la mejor opción.

3.1.3. Sobre el escenario que implementaría el Proyecto de Decreto Supremo

Sobre el Proyecto de Decreto Supremo que modifica el Reglamento de la Ley 29904**, se observa que el contenido del mismo no implementa ninguno de los escenarios planteados por el Banco Mundial** antes mencionados (cuando menos, de la información

[6] https://elperuano.pe/noticia-impulsan-red-fibra-optica-72299.aspx
[7] Artículo "Desafío Telecom: la cruzada rumbo al 5G", publicado en el diario El Comercio el 22 de julio de 2019.
[8] Resolución Ministerial 081-2019 MTC/01.03 de fecha 8 de febrero de 2019

disponible publicada en la Prensa), sino que más bien plantea la separación de la RDNFO y las Redes Regionales, tal como se puede leer en la página 34 del Informe Sustentatorio:

> "*Así, en este esquema* ***se plantea que las redes regionales no formen parte de la RDNFO*** *y puedan ser concursadas a uno o más concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones, eliminando en el caso de éstas la restricción de que se traten de operadores neutros. Esto habilitaría al operador u operadores de las redes a prestar otros servicios públicos de telecomunicaciones y no solo el servicio portador, (…)*"

En ese sentido, no se ha encontrado en la exposición de motivos o en el Informe Sustentatorio, el sustento técnico respectivo y el análisis de los costos y beneficios, que permitan determinar que el escenario de separación entre la RDNFO y las Redes Regionales es el idóneo para viabilizar el proyecto. Del mismo modo, tampoco se ha encontrado el sustento de por qué se estarían descartando los otros tres escenarios planteados en el Segundo Informe del Banco Mundial.

También, de la revisión del Informe Sustentatorio no se ha encontrado un análisis que determine si sería necesaria una modificación de la Ley de Banda Ancha, o si los cambios planteados por el Proyecto de Decreto Supremo sean suficientes para garantizar la sostenibilidad, viabilidad y equilibrio financiero del proyecto a largo plazo.

3.2. COMENTARIOS ESPECÍFICOS A LA PROPUESTA:

3.2.1. Con relación a los términos y definiciones

Cabe indicar que los artículos 3 y 7 de la Ley de Banda Ancha, hacen referencia a redes de alta capacidad que integren y brinden conectividad de Banda Ancha a **todos los distritos, coligiéndose que con ello se concibió la idea de las redes regionales.**

En tal sentido, se recomienda que en la nueva definición de redes de acceso, así como la modificación de la definición de redes regionales se emplee la referencia a todos los distritos o, en todo caso, se precise si el uso de la palabra "principalmente", implica que se priorizará las capitales de distrito. Sugerimos que se precise el alcance de este término, cuando menos en el informe de sustento.

Con relación a la modificación de la definición de Redes Regionales, se advierte que:

i) Se elimina la referencia a que se tratan de redes de transporte;
ii) Se elimina la referencia a su integración con los puntos de presencia provincial de la RDNFO, y;
iii) Se elimina la referencia a que forman parte integrante de la RDNFO

Con relación al primer punto, debe precisarse si con ello se busca que la definición de Redes Regionales se equipare a los proyectos regionales licitados y adjudicados, es decir, que no tengan únicamente el componente de transporte sino también el de acceso[9].

De ser así, en la medida que se está incorporando una definición de redes de acceso, ello conllevaría a tener también una definición de redes de transporte.

[9] Cabe anotar que el numeral 7.4 de la Ley de Banda Ancha, hace referencia al financiamiento de proyectos para el despliegue de redes de alta capacidad que integren y brinden conectividad de Banda Ancha a nivel distrital, sin que se precise que estas sean únicamente de transporte.

Adicionalmente, a efectos de evaluar si es legalmente viable establecer mediante un decreto Supremo que las redes regionales no forman parte de la RDNFO, debemos anotar que el artículo 3 de la Ley de Banda Ancha, al declarar de necesidad pública e interés nacional, la construcción de la RDNFO, se precisa que esta tiene por finalidad de integrar a todas las capitales de las provincias del país y el despliegue redes de alta capacidad que integren a todos los distritos, a fin de hacer posible la conectividad de Banda Ancha fija y móvil y su masificación en todo el territorio. Es decir, su concepción fue integral.

Ahora bien, dada la situación actual advertimos que existe el Proyecto " Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica: Cobertura Universal Norte, Cobertura Universal Sur y Cobertura Universal Centro" adjudicado a Azteca, así como y los 21 Proyectos Regionales adjudicados a distintos concesionarios, los cuales tienen un componente de transporte y un componente de acceso.

Ahora bien, el componente de la red de transporte de dichos proyectos regionales, tendría como sustento la definición de Redes Regionales vigente, que a su vez se base en los artículos 3 y 7 de la Ley de Banda Ancha.

Por otra parte, el componente de la red acceso permite que se brinde servicios a determinadas localidades e **instituciones públicas beneficiarias**. En virtud a ello, el componente de acceso de los proyectos regionales tiene como sustento a la Red Nacional del Estado - REDNACE, en la medida que el artículo 19 de la Ley de Banda Ancha, establece que la conectividad de la REDNACE será contratada, por concurso público, cautelando la libre competencia, a uno o más concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones, que se encargarán de proveer a las entidades de la administración pública, en ámbitos regionales, el acceso de Banda Ancha y servicios de telecomunicaciones complementarios, **contratando los servicios portadores del operador de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica.**

Es decir, en virtud a lo establecido en la Ley de Banda Ancha, la REDNACE se debe vincular a los servicios proporcionados por la **Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica.**

Por lo tanto, en el caso que se considere que las Redes Regionales no forman parte de la RDNFO, se deberá precisar en qué situación quedaría REDNACE, en la medida que dicha red a la fecha, en virtud a los proyectos adjudicados, vendría soportándose sobre las Redes Regionales que han sido adjudicadas en los 21 proyectos financiados por el FITEL (hoy PRONATEL)

3.2.2. Con relación a la propuesta de modificación del artículo 11

Se advierte que a través del artículo 14 se establece que el MTC puede entregar en concesión la construcción operación y mantenimiento y explotación de la RDNFO, las redes regionales, y redes de acceso, pudiendo optar por cualquiera de las modalidades de participación de la inversión privada previstas en el Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que Regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en activos (Ley de Promoción de la Inversión Privada), indicándose además que en esos casos el Estado no necesariamente mantienen la titularidad de esas redes.

Sobre el particular, cabe advertir que la Ley de Promoción de Inversión Privada, tiene por objeto establecer los procesos y modalidades de promoción de la inversión privada para el desarrollo de infraestructura pública, **servicios públicos**, servicios vinculados a estos,

proyectos de investigación aplicada y/o innovación tecnológica y la ejecución de proyectos en activos.

Las modalidades de participación de la inversión privada reconocidas en esta norma son:

Cuadro 2

Modalidades de participación de la inversión privada	
Asociaciones Público Privadas (APP) - Art. 20	**Proyectos en Activos - Art. 49**
Artículo 20. Definición 20.1 Las Asociaciones Público Privadas constituyen una modalidad de participación de la inversión privada, mediante contratos de largo plazo en los que interviene el Estado, a través de alguna entidad pública y uno o más inversionistas privados. 20.2 Mediante Asociaciones Público Privadas se desarrollan proyectos de infraestructura pública, **servicios públicos**, servicios vinculados a infraestructura pública y servicios públicos, investigación aplicada, y/o innovación tecnológica. 20.3 En las Asociaciones Público Privadas, **se distribuyen riesgos y recursos**; en este último caso, preferentemente privados. 20.4 Las Asociaciones Público Privadas se originan por iniciativa estatal o por iniciativa privada.	Artículo 49. Definición de Proyectos en Activos 49.1 Los Proyectos en Activos constituyen una modalidad de participación de la inversión privada promovida por las entidades públicas con facultad de disposición de sus activos, así como por las entidades públicas a las que se refiere el artículo 6. 49.2 La aplicación de esta modalidad de participación de la inversión privada está a cargo del Organismo Promotor de la Inversión Privada respectivo y recae sobre activos presentes o futuros de titularidad de las entidades públicas mencionadas en el numeral precedente, bajo los siguientes esquemas: 1. Disposición de activos: implica la transferencia total o parcial, incluida la permuta de bienes inmuebles. 2. Contratos de cesión en uso, arrendamiento, usufructo, superficie u otras modalidades permitidas por ley. 49.3 Los contratos de Proyectos en Activos no pueden comprometer recursos públicos, ni trasladar riesgos al Estado, salvo ley expresa. 49.4 Proinversión, los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales, en calidad de Organismos Promotores de la Inversión Privada, determinan las condiciones económicas del proyecto, los ingresos a favor del Estado y, de ser el caso, los compromisos de inversión. 49.5 Cuando el proyecto así lo requiera, pueden constituirse fideicomisos, conforme a lo previsto en el artículo 54, en lo que corresponda.

Ahora bien, los proyectos de las redes de acceso y redes regionales (entendiéndose por ellas las de transporte), estas tendrían por objeto la operación de las mimas, lo cual supone la **prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones**.

Cabe indicar que acorde con el marco institucional del sector telecomunicaciones, reconocido en el TUO de la Ley de Telecomunicaciones, **el título habilitante para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones es la concesión**, que por su naturaleza se asocia a la modalidad de Asociaciones Público Privadas.

Adicionalmente, debe anotarse que en algunos casos dichos proyectos podrían comprometer recursos del Estado, al estar involucrados financiamientos dados por el PRONATEL.

Por lo tanto, no debería se concebirse para dichos proyectos la posibilidad de que sean promovidos como proyectos en activos.

Más aún, el artículo 57° de la Ley de Promoción de Inversión Privada[10] establece que tratándose de proyectos en sectores regulados, la supervisión se sujeta a lo dispuesto en la Ley Nº 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos y la normativa vigente, las cuales prevén la existencia de los organismos reguladores especializados, como el OSIPTEL, que tiene acorde a su marco normativo vigente la función supervisora, reguladora, normativa, fiscalizadora y sancionadora, de solución de controversias y solución de reclamos, en los temas de su competencia.

Cabe resaltar que la función supervisora comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el Organismo Regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisadas.

No obstante, en el caso de promoverse dichos proyectos bajo la modalidad de Proyectos de Activos, la supervisión de los mismos, de conformidad con el artículo 146 del Reglamento de la Ley de Promoción de la Inversión Privada[11], sería realizada por la entidad titular del activo o a quien ésta contrate, de acuerdo a lo señalado en el respectivo contrato.

En este sentido, de considerar que las redes de acceso y las redes regionales sean consideradas como Proyectos en Activos se quebraría el diseño institucional concebido para este tipo de proyectos que se encuentran vinculados a la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.

Cabe indicar que en la actualidad, ya existen algunos problemas suscitados sobre superposición de funciones, en la medida que los proyectos que FITEL (hoy PRONATEL) licitó y adjudicó por la Agencia de Promoción de la Inversión Privada, en adelante PROINVERSION, como proyectos en activos y no como asociaciones público privadas, a pesar que en sus componentes implican la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, que enmarcan en este último tipo de modalidad de participación de la inversión privada.

Asimismo, el hecho que los Proyectos Regionales hayan sido promovidos bajo la modalidad de Proyectos en Activos, implicó que, de conformidad con el numeral 9.4 del entonces vigente Reglamento de la Ley de Promoción de la Inversión Privada, la supervisión sea realizada por

---

[10] *"**Artículo 57. Supervisión de los contratos de Asociación Público Privada***

57.1 Tratándose de proyectos en sectores regulados, la supervisión se sujeta a lo dispuesto en la Ley Nº 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos y la normatividad vigente.

57.2 Los contratos de Asociación Público Privada contienen las disposiciones necesarias para asegurar una supervisión oportuna y eficiente durante la fase de Ejecución Contractual, con la finalidad de salvaguardar primordialmente el cumplimiento de los niveles de servicio."

[11] Aprobado por Decreto Supremo N° 240-2018-EF

*"**Artículo 146. Ejecución Contractual de Proyectos en Activos***

146.1 La administración del Contrato y sus modificatorias es responsabilidad de la entidad pública titular del proyecto, asimismo comprende el seguimiento y supervisión de las obligaciones contractuales, de corresponder.

146.2 La supervisión es realizada directamente por la entidad titular del proyecto o a través de un tercero, de acuerdo a lo señalado en el respectivo Contrato."

la entidad titular del activo o a quien ésta contrate; asimismo, que no se requiera la opinión del regulador sobre los Contratos.

Ante ello, cabe anotar que hemos advertido que en los contratos de financiamiento que se han suscrito se han incluido cláusulas que contienen parámetros de calidad para la prestación del servicio, cuya supervisión está a cargo del FITEL, lo que afecta las competencias exclusivas del OSIPTEL.

3.2.3. Sobre la modificación propuesta al artículo 14.

En la página 46 del Informe Sustentatorio se puede leer lo siguiente:

> "*En consideración al diagnóstico realizado por el Banco Mundial, respecto al escenario actual de la RDNFO,* ***se identificó que la Ley de Banda Ancha ni su Reglamento determinaban ni delimitaban las modalidades de servicio portador que estaba habilitado a prestar****, siendo así en el numeral 23.4* ***se precisa que dicho operador está facultado a prestar el servicio portador bajo cualquier modalidad (esto es conmutado o no conmutado) y ámbito de acción****, ello considerando lo dispuesto en los artículos 33 y 35 del Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 020-2007-MTC.*"

Como se puede apreciar, se indica que incluso bajo las condiciones legales y contractuales actuales, la RDNFO puede brindar servicios portadores en cualquier modalidad (VPN L2, VPN L3, unidireccional, etc) y bajo cualquier ámbito de acción, es decir, local, nacional o internacional.

En ese sentido, y con el fin de contribuir a la consecución de los objetivos del proyecto normativo, se sugiere establecer que la RDNFO pueda proveer conectividad internacional (servicio portador de larga distancia internacional) y el servicio de tránsito IP internacional.

Por otro lado, en el Informe Sustentatorio, página 34 Cuadro N° 6, se observa que el Banco Mundial califica como restricción el no poder prestar, entre otros, el servicio de tránsito IP. Asimismo, en el referido informe (sección Tránsito IP Internacional, páginas 40 a 44) se aprecia que el argumento para sustentar la restricción al operador dorsal de no brindar el servicio de tránsito IP, se deriva de la premisa de que el tránsito IP internacional es brindado por empresas proveedoras de acceso a Internet, y siendo que el operador dorsal, por su condición de 'operador neutro', no puede brindar servicios finales (acceso a Internet), por consiguiente no podría brindar el tránsito IP.

Consideramos que dicho argumento es insuficiente, ya que concebimos al tránsito IP como una modalidad de servicio portador de acuerdo a la definición dada en la Ley de Telecomunicaciones y su Reglamento[12]. Como se sabe, la provisión del servicio de acceso a

---

[12] ***TUO de la Ley de Telecomunicaciones***
Artículo 10.- Se considera servicios portadores a aquellos servicios de telecomunicaciones que proporcionan la capacidad necesaria para el transporte de señales que permiten la prestación de servicios finales, de difusión y de valor añadido. Estos servicios pueden ser desarrollados tanto por empresas privadas como por empresas conformantes de la actividad empresarial del Estado y requerirán de concesión expresa para su ejercicio.
TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones
Artículo 30.- Definición de servicios portadores
Los servicios portadores son aquellos que utilizando la infraestructura del sistema portador, tienen la facultad de proporcionar la capacidad necesaria para el transporte y enrutamiento de las señales de comunicaciones, constituyendo el principal medio de interconexión entre los servicios y redes de telecomunicaciones.

Internet a usuarios finales requiere los títulos habilitantes de “portador local” y SVA (conmutación de datos por paquete), no obstante, el operador dorsal, al no poder tener usuarios finales, podría brindar el servicio de tránsito IP únicamente bajo la modalidad de servicio portador.

Asimismo, al no permitir al operador dorsal brindar el tránsito IP se estaría restringiendo una serie de beneficios. El principal beneficio es que el operador dorsal podría agregar toda la demanda de tránsito IP y obtener considerables descuentos por volumen. Dicha eficiencia se perdería si los clientes de la RDNFO (ISP o Redes Regionales) contratasen de manera individual capacidad de conectividad internacional a Internet, con diferentes proveedores.

En efecto, sería más eficiente que la RDNFO provea el tránsito IP directamente a las redes regionales y/o a otros ISP, con el objeto agrupar la demanda y producto de las eficiencias ganadas, poder brindar mejores tarifas a los usuarios finales; que justamente están ubicados en zonas que se desea beneficiar. La RDNFO podría contratar a las empresas operadoras existentes para la salida internacional al Internet (TIWS (ahora Telxius), Global Crossing, etc), por lo cual no los perjudicaría. De esta manera se optimizarían los costos de agencia y el uso de infraestructura y costos operativos; que de otra forma el operador regional o ISP tendría que incurrir (enlaces de RDNFO a Lurín, cubicación de equipos en proveedor de Internet (en TDP Lima, u otro operador nacional, o directamente con los proveedores mayoristas Telxius, Global Crossing, etc).

Conviene precisar que lo indicado en los párrafos previos puede desprenderse del análisis efectuado en su oportunidad por el Informe del OSIPTEL, el cual, en su sección 7.3 propuso una serie de servicios adicionales y/o conexos al servicio portador, con el fin de que pueda evaluarse su aporte al desarrollo de la RDNFO y a la promoción de un uso óptimo de las capacidades tecnológicas que permite la infraestructura de la RDNFO. Entre tales servicios, se mencionó el servicio portador de tránsito internacional.

Asimismo, la interconexión con enlaces internacionales de telecomunicaciones deben atender tanto a las evaluaciones técnicas y económicas, así como también a las necesidades del mercado no solo en el presente sino también con una proyección de futuro.

3.2.3.1. Sobre otros servicios no vinculados al servicio portador que podría brindar la RDNFO

Con el fin de contribuir a la consecución de los objetivos expuestos en los Considerandos del Proyecto de Decreto Supremo se sugiere establecer las disposiciones correspondientes que permitan al operador dorsal brindar el más amplio abanico de servicios que le permitan apalancar su operación y sostenibilidad a largo plazo, entre ellos:

- Provisión de otros servicios asociados a las necesidades de los operadores clientes, como Data Center, Hosting, Housing, NAP, Seguridad, servicios en la nube.

- Servicios de seguridad (Firewall, Detección de intrusos, etc), de plataformas especializadas (DNS, cache, traffic shapping, diameter, etc) o de administración (ERP, CRM, etc) o de monitorización de sus propios enlaces, etc.

3.2.3.2. Sobre la obligatoriedad de que el tráfico de las redes regionales y redes de acceso empleen la RDNFO

Con el fin de contribuir a la consecución de los objetivos expuestos en los Considerandos del Proyecto de Decreto Supremo se sugiere analizar las disposiciones correspondientes para establecer la obligatoriedad de que todo el tráfico de los proyectos de redes regionales sea cursado por la RDNFO. Actualmente en los primeros ocho proyectos de Redes Regionales no se tiene dicha obligación, siendo que recién se introdujo a partir del proyecto número nueve en adelante.
De otro modo, las empresas que en los términos del presente proyecto, ganasen los proyectos regionales, podrían ser operadores verticalmente integrados que ya tengan redes de fibra óptica y que entonces el tráfico lo lleven a través de sus redes propias, prescindiendo de la RDNFO, lo cual impactaría severamente en una reducción de la demanda esperada de la RNFO.

1. En relación al numeral 22.1 se debe señalar que en el marco del actual diseño institucional en materia de promoción de inversión, PROINVERSIÓN suple la débil institucionalidad de los concedentes en procesos de licitación pública (refiriéndonos en general a cualquier entidad sectorial).

   Sin embargo, el cambio normativo que propone el MTC deja abierta la opción de que el concedente, en este caso en particular el MTC, lleve a cabo las licitaciones de proyectos financiados por el Estado. Al respecto, consideramos que siempre es adecuada la visión de un tercero neutral en este tipo de procesos de promoción de inversión, precisamente por la experiencia que maneja Proinversión en materia adjudicaciones. Lo que puede ser una buena intención puede generar mayor entrampamiento, debido a que el MTC intentaría llevar a cabo todos los pasos y actos que otras instituciones ya realizan. Esto, además de generar una duplicidad de capital humano (acrecentando la planilla del sector público sin real sustento), va a generar un retraso natural porque habrá una curva de aprendizaje y la posibilidad de generarse errores en los procesos.

2. Según lo indicado en el numeral 22.2, se propone intrínsecamente que las redes regionales y de acceso no sean parte de la RNFO, entonces éstas ya no tendrían la restricción de ser operadas únicamente por un operador neutro, sino que podría ser operadas por una empresa que brinda servicios finales como Telefónica del Perú S.A.A. o América Móvil Perú S.A.C., por ejemplo.

   Las eficiencias logradas al poseer la infraestructura y agrupar la demanda, brinda ventajas al operador de ésta que también brindaría servicios finales; estando en ventaja frente a su competidores; quienes podrían tener dificultades para competir; existiendo incentivos de la empresa que ahora opera la infraestructura regional de no brindar tarifas competitivas a sus competidores de servicios finales.

   Por ello, sería adecuado que haya una contabilidad separada del operador regional respecto a los servicios finales de la empresa. Si bien sería aplicable los principios de no discriminación, no siempre es fácil la verificación. Los esquemas regulatorios podrían tener demoras en pasar al mercado rápidamente nuevos esquemas y actualizaciones tarifarias; pero; el concesionario de la regional al menos debería tener la obligación de i) presentar al OSIPTEL las tarifas y OSIPTEL aprobar en un plazo determinado, o; ii) tan solo tomar conocimiento y observarlo cuando lo considere únicamente.

3. Con relación al **numeral 22.3** se debe señalar que existen disposiciones a nivel de la normativa sectorial del MTC, que establece específicamente en qué casos el OSIPTEL puede aplicar las referidas obligaciones, delimitándose así las facultades del OSIPTEL en dicha materia, por ejemplo:

   - Artículo 253° del Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones aprobado por Decreto Supremo N° 020-2007-MTC y modificado por el Decreto Supremo Nº 005-2015-MTC.

   - Numeral 107 de los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones del Perú aprobados por Decreto Supremo N° 020-98-MTC y modificado por el Decreto Supremo Nº 005-2015-MTC.

   Por esta razón, no bastará con señalar que dichas empresas vinculadas están sujetas a obligaciones que el OSIPTEL les imponga en el marco de sus facultades, sino que hace falta realizar los cambios normativos correspondientes en la referida normativa sectorial del MTC, para efectos que los mecanismos de control sean los debidamente adecuados.

3.2.4. Con relación al artículo 23.

En el caso de las Redes Regionales y de Acceso, consideramos que debe analizarse con mayor cuidado si es oportuno que puedan co-existir prestaciones de servicios financiados con fondos públicos con aquellos con financiamiento netamente privado, ambos compitiendo por los mismos usuarios finales. Al respecto, queda claro que los fondos públicos no compiten con fondos privados, sino que se complementan, en observancia del principio de subsidiaridad en la intervención del Estado.

El informe del MTC sustenta dicha propuesta basándose en la premisa de que eliminar la restricción de operador neutro para las redes regionales y permitirles llegar a usuarios finales, *"permitirá aprovechar la capacidad de las redes y ofrecer servicios integrados, garantizándose un uso eficiente de los equipos que conforman las redes y se minimizarían los recursos del Tesoro Público que deben destinarse al financiamiento de la operación de las mismas"*.

Al respecto, lo más probable es que en estos casos se sigan destinando los mismos recursos del tesoro público, y sin un sistema de contabilidad separada que les resulte aplicable, el financiamiento asignado con cargo a fondos públicos va terminar subsidiando parte de dichos servicios integrados, y compitiendo por los mismos usuarios con operadores de telecomunicaciones que no reciben financiamiento.

Por ello, deben implementarse salvaguardas a fin de asegurar que el diseño regulatorio de la política de promoción de banda ancha sea neutral en la competencia.

Al respecto, debe advertirse que la obligación de contabilidad separada para operadores telecomunicaciones aplica a partir de cierto umbral de facturación (definido en norma sectorial del MTC, Artículo 253 del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones), por lo que se debe considerar una disposición específica para el caso de las Redes Regionales financiadas con fondos públicos en el marco de la Ley 29904.

Asimismo, debe evaluarse si debe establecerse la obligación para el caso de las Redes Regionales, de estar sujetas a pruebas de imputación tarifaria (Artículo 266 del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones).

En relación a la propuesta de modificación del numeral 23.4, la cual permite al Operador Dorsal comercializar el servicio portador bajo diversos esquemas tarifarios y de modalidad de servicio, es pertinente señalar que la implementación de dicha flexibilidad tarifaria no debe afectar al presupuesto público o signifique mayores desembolsos monetarios para el Estado. En ese sentido, se justifica que la razón para permitir que la empresa concesionaria aplique diversas estructuras tarifarias es que pueda impulsar su demanda. No obstante, se requiere verificar que el modelo de concesión otorgue los incentivos necesarios para que el Operador Dorsal busque incrementar sus ventas y así incrementar sus ingresos.

Por ejemplo, en línea con lo anterior, el Informe N° 0045-GPRC/2018 recomendó que en aquellas zonas donde la flexibilidad tarifaria sea implementada debe cumplirse que los ingresos percibidos por el servicio portador en dicha zona sean superiores a los ingresos del periodo previo a la implementación del nuevo esquema tarifario[13].

De esta manera, se evita que la empresa aplique la flexibilidad tarifaria en las zonas en las que la demanda no se incrementará lo suficiente como para compensar la eventual reducción tarifaria derivada de la aplicación del nuevo esquema tarifario. Cabe reiterar que si la flexibilidad tarifaria no incrementa la demanda suficientemente, será el Estado quien tendrá que asumir mayores desembolsos.

Asimismo, la aplicación de un esquema de flexibilidad tarifaria debe realizarse de conformidad con el rol subsidiario del Estado. Toda vez que la RDNFO es un proyecto de infraestructura de transporte de fibra óptica subsidiado por el Estado y que en la actualidad se superpone con la infraestructura de redes privadas, debe restringirse que a través de la flexibilidad tarifaria el Operador Dorsal implemente niveles tarifarios predatorios que puede afectar la dinámica de competencia.

Por esta razón, es preciso señalar que al permitir la flexibilidad tarifaria, también debe mantenerse a salvo las facultades del OSIPTEL para poder intervenir mediante regulación ex ante o ex post en caso el Operador Dorsal implemente una oferta comercial que pueda afectar el desarrollo de la competencia.

Complementariamente, debe quedar entendido que la posibilidad de flexibilizar la tarifa del servicio portador se enmarcará dentro de los principios de no discriminación entre clientes y de igualdad de acceso. En tal sentido, no será posible establecer algún tipo de flexibilidad en la tarifa que sea de beneficio exclusivo para un único operador de telecomunicaciones.

En línea con lo anterior, los contratos que se suscriban entre el Operador Dorsal y algún cliente en particular deberán ser de libre disponibilidad para otros interesados, de manera tal que los demás clientes potenciales puedan acogerse a la misma oferta tarifaria en condiciones de igualdad.

Por lo tanto, se pone en atención que la implementación de esquemas de flexibilidad tarifaria debe ir acorde con las facultades regulatorias del OSIPTEL, evitando la generación de efectos

[13] La flexibilidad tarifaria supone aplicar descuentos por cantidad, tiempo de contratación, etc.

no deseados en el desarrollo de la competencia, y garantizando que ello no genere mayores desembolsos al Estado.

De otro lado, en el segundo párrafo del artículo 23.4 se establece que el operador dorsal no está facultado a arrendar total o parcialmente hilos de fibra, entendido como fibra oscura y en la exposición de motivos señala que en estos casos *"no se brinda entre contratantes, un servicio de telecomunicaciones sino una relación de transacción de bienes"*. Afirmación que no compartimos y que resulta contrario a lo señalado por el propio MTC en el Informe Nº 1454-2015-MTC/27 de fecha 22 de setiembre del 2015 y que fuera remitido al OSIPTEL mediante Oficio Nº 35463-2015-MTC/27 de fecha 22 de setiembre de 2015, en el que se señaló que *"el usufructo de dos pares de fibra óptica oscura, incluido el uso de infraestructura civil y eléctrica necesaria, corresponde a un servicio público de telecomunicaciones de tipo portador en la modalidad no conmutado, en la forma de arrendamiento de circuitos",* razón por la cual solicitamos que se fundamente la exclusión, de la prestación de esta modalidad de servicio de telecomunicaciones, en otras razones técnicas y que deberán de ser coherentes con otros pronunciamientos que haya emitido el MTC.

3.2.5. Con relación a la incorporación del artículo 23-B

En cuanto al texto de este nuevo artículo 23-B, por el cual se pretendería habilitar al MTC para establecer regulaciones tarifarias mediante Contratos de Concesión y/o de Financiamiento, se debe tener en cuenta que, por jerarquía normativa, es legalmente prohibido que vía un Decreto Supremo como el propuesto se desconozcan o afecten las competencias que han sido asignadas al OSIPTEL por mandato expreso de las Leyes vigentes.

En efecto, la función y facultad reguladora de tarifas de servicios públicos de telecomunicaciones está expresamente atribuida al OSIPTEL, a nivel jerárquico de Ley, en los siguientes instrumentos legislativos:

- **(i)** Inciso 5 del artículo 77 de TUO de la **Ley de Telecomunicaciones**;
- **(ii)** Literal b) del inciso 3.1 del artículo 3 de la **Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en Servicios Públicos**, Ley N° 27332;
- **(iii)** Inciso 3 del artículo 32 de la **Ley Orgánica del Poder Ejecutivo**, Ley N° 29158.

Más aún, sobre la base de dicho marco legislativo, el mismo MTC ya tiene reconocido que la regulación tarifaria de servicios públicos de telecomunicaciones es de *"competencia exclusiva del OSIPTEL"*, tal como está expresamente declarado en el numeral 11 de los vigentes **Lineamientos de Políticas** del Sector aprobados por Decreto Supremo N° 020-98-MTC.

Guardando la misma concordancia legal, la **Ley de Transparencia y Simplificación de los Procedimientos Regulatorios de Tarifas**, Ley N° 27838, la cual constituye una "ley especial" en materia de regulación de tarifas de servicios públicos, ha ratificado las funciones reguladoras atribuidas en las leyes sectoriales de servicios públicos; siendo así que en el artículo 3 de esta Ley se ha dispuesto expresamente que corresponde a los Organismos Reguladores de cada sector –como es el OSIPTEL para servicios públicos de telecomunicaciones- establecer los procedimientos para determinar la regulación de las tarifas en sus respectivos ámbitos de competencia, habiéndose señalado expresamente (Art. 2) que la intención del legislador es *"garantizar que la función reguladora sea ejecutada **con estricta sujeción a criterios técnicos, legales y económicos**, y establecer los mecanismos que garanticen efectivamente la mayor **transparencia en el proceso de fijación de tarifas***

***reguladas**, mediante el acceso a toda la información utilizada por los Organismos Reguladores"*.

Precisamente en ejecución de lo ordenado por dicha Ley N° 27838 es que el OSIPTEL, tiene en vigencia las "Normas Procedimentales para la Fijación o Revisión de Cargos de Interconexión Tope y Tarifas Tope", aprobadas por Resolución N° 215-2018-CD/OSIPTEL, en cuyo artículo 4 está previsto el inicio del procedimiento regulatorio a solicitud del MTC, para los casos en que se requiera establecer regulaciones tarifarias de servicios públicos de telecomunicaciones que se incorporen en los nuevos contratos que otorgue el MTC.

Cabe resaltar que el precitado artículo 4 de la vigente norma procedimental de regulación tarifaria, tiene como antecedente el inciso 1.2 del artículo 5 de la anterior norma procedimental aprobada por Resolución N° 127-2003-CD/OSIPTEL y modificada por Resolución N° 108-2014-CD/OSIPTEL, bajo cuyo marco el OSIPTEL cumplió efectivamente con su función de establecer la regulación de tarifas aplicables a Proyectos Regionales (Res. N° 003-2015-CD/OSIPTEL y Res. N° 004-2015-CD/OSIPTEL) que luego fue incorporada a los Contratos otorgados a las empresas operadoras de tales Proyectos Regionales, atendiendo a lo solicitado en su oportunidad por el MTC (Oficio N° 407-2014-MTC/03) y por PROINVERSIÓN (Oficio N° 009-2014/PROINVERSIÓN/DPI/SDGP/JPTE), siendo así que en sus respectivos oficios ambas entidades reconocieron la pertinencia y legalidad de la intervención previa del OSIPTEL en esta materia.

Más aún, posteriormente el OSIPTEL efectuó una revisión tarifaria y estableció oportunamente una nueva regulación de tarifas con nuevas velocidades para que sean aplicables a dichos Proyectos Regionales (Res. N° 147-2018-CD/OSIPTEL y Res. N° 148-2018-CD/OSIPTEL), en atención a lo solicitado por el FITEL mediante su Oficio N° 2686-2016-MTC/24.

Por tanto, conforme a los fundamentos legales señalados, en caso que el MTC considere necesario incorporar el artículo 23-B propuesto, debe entenderse y debe quedar precisado expresamente en el mismo artículo que la regulación de tarifas y reglas tarifarias aplicables a las empresas operadoras de las Redes Regionales y Redes de Acceso es establecida por el OSIPTEL, conforme a sus competencias legales y de acuerdo al procedimiento aprobado por este organismo bajo el marco de la Ley N° 27838, Ley de Transparencia y Simplificación de los Procedimientos Regulatorios de Tarifas.

Adicionalmente, acorde con la teoría de regulación económica, se debe tener en cuenta lo siguiente:

Dentro de sus ámbitos de competencia, los Reguladores de los distintos sectores ejercen las funciones supervisora, reguladora, normativa, fiscalizadora y sancionadora, de solución de controversias, y de solución de reclamos de los usuarios, a través de las cuales se promueve el desarrollo de los mercados en un marco de libre y leal competencia.

En ese sentido, las virtudes que caracterizan a los Reguladores en el ejercicio de sus funciones comprenden aspectos como la experiencia obtenida en el desarrollo de los distintos procesos regulatorios a su cargo, la acumulación de capital humano en los cuadros técnicos formados en el sector y la creciente especialización en el conocimiento de cada uno de los sectores sujetos a regulación.

Ello ha permitido mantener la prevalencia de un desempeño consistente en los diversos procedimientos regulatorios efectuados, garantizando los Principios de Transparencia y Predictibilidad, adoptándose mecanismos de consulta pública que promueven la participación de los agentes interesados y de la sociedad en su conjunto, y publicándose toda la documentación utilizada en los referidos procedimientos.

Como resultado, se ha desarrollado un marco normativo que define explícitamente y de manera previa las etapas, la secuencia y los requisitos a tener en cuenta en el curso de los procedimientos regulatorios, ampliándose los instrumentos de ***accountability*** que permiten el seguimiento durante y después de los referidos procedimientos.

Contrariamente, las especificaciones tarifarias contractuales, dada su naturaleza incompleta, podrían traducirse típicamente en futuros escenarios de renegociación, los cuales solo requieren la participación de ambas partes (Estado y Empresa), pero difícilmente garantizan la información y participación de otros agentes, como las empresas competidoras y los usuarios cuyos intereses se puedan ver afectados en función a los nuevos términos que resultan de la renegociación, siendo además que la inclusión de regulaciones tarifarias en contratos, sin un previo procedimiento público y transparente como el que ejecuta el OSIPTEL, implicaría un grave incumplimiento de lo ordenado en el **artículo 6 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones**, por cuyo mandato **el Estado debe fomentar la participación de los usuarios de servicios de telecomunicaciones en el establecimiento de tarifas**.

Es bajo este marco institucional que se definió que una de las principales funciones que ejerce el Regulador del sector telecomunicaciones –el OSIPTEL- es la función reguladora, a través de la cual fija las tarifas de los servicios públicos de telecomunicaciones.

En definitiva, las importantes ventajas de enmarcar la definición de los regímenes tarifarios a través del seguimiento de un procedimiento regulatorio tarifario a cargo del OSIPTEL radica en la especialidad con la que cuenta este organismo para efectuar las fijaciones y revisiones tarifarias en base a mecanismos que permiten una adecuada evaluación de los shocks o cambios en las variables relevantes que afectan a las tarifas, así como en la capacidad de contar con procesos públicos y transparentes ampliamente conocidos y utilizados como tratamiento principal a la consideración del sistema de *accountability* que este tipo de decisiones exige.

3.2.5.1. Con relación a los contratos incompletos

Respecto a lo señalado en el Artículo 23-B y la Exposición de Motivos, la modificación para definir las tarifas en los contratos de concesión o de financiamiento debería analizarse considerando que los contratos poseen una naturaleza incompleta, y que por tanto, no es posible establecer cláusulas para todos los escenarios que a futuro se podrían dar.

Esta característica de no completitud del contrato, en términos de Guash (2004)[14], se debe a que es prohibitivamente costoso definir todos los escenarios futuros, a que los contratantes podrían no comportarse de manera racional; o, tal vez se requiera de un tiempo de aprendizaje del funcionamiento del mercado.

Además, la eficiencia obtenida a través de contrato inicial no tiene una naturaleza dinámica, y podría perderse si las condiciones de mercado se alteran de una manera imprevista.

[14] Guasch, J. (2004). "Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions: Doing it Right". WBI Development Studies; Washington, DC: World Bank. © World Bank.

Viscusi, Harrington y Vernon (2005)[15] señalan que los cambios en las condiciones previstas pueden estar asociados a variaciones en el precio de los insumos, mejoras tecnológicas, cambios en los niveles de ingreso y en las preferencias de los consumidores; aspectos que, suelen motivar el inicio de una renegociación.

Cabe señalar que, por definición, una renegociación es un proceso que se realiza en el marco de una relación bilateral entre Estado y empresa, por lo que no tendría los mismos resultados de eficiencia que un mecanismo de subasta o competencia ex ante. Propiamente, las empresas acceden a renegociar solo si las modificaciones resultaran favorables para sus intereses.

En ese sentido, como lo señala Guash (2004), las empresas siempre participarán en una renegociación, si han identificado que tienen la capacidad de mejorar sus condiciones, o que poseen algún tipo de ventaja sobre el Estado; por lo que, la renegociación siempre encierra el riesgo de desnaturalizar el modelo de la concesión.

Así, la existencia de un contrato incompleto, la asimetría de información a favor de la empresa, y un entorno de mercado cada vez más incierto, incentiva a que las partes puedan adoptar comportamientos estratégicos que se orienten a la renegociación; los cuales podrían ser incluso oportunistas.

De esta manera, el riesgo de la renegociación radica en que no es una opción eficiente para adecuar o modificar un contrato a las nuevas condiciones de mercado, y que por el contrario, podría ser susceptible de ser utilizado para alterar el modelo de la concesión a favor de la parte que tenga una mayor capacidad de negociación.

Además, modificar un contrato a través de una renegociación es un escenario que genera incertidumbre en el mercado, debido a que es un proceso que no tiene plazos fijos, por lo que podría durar varios meses, incluso años. Cabe precisar que las partes (Estado y empresa) no están obligadas a culminar el proceso, y podría quedarse suspendido si no se llega a un acuerdo.

En el ámbito tarifario, siendo que el mercado de telecomunicaciones es muy dinámico, cualquier tarifa que se fije directamente en el contrato de un proyecto de conectividad de Banda Ancha tiene el riesgo de quedar desfasada. Ello debido a que, esa tarifa se ha estimado con base a diversos supuestos y proyecciones, que pueden estar sujetos a variación en el tiempo.

En ese sentido, conforme va trascurriendo el tiempo, resulta bastante probable que los agentes de mercado (el ente concedente y la empresa concesionaria) requieran que esas tarifas sean actualizadas con la nueva información del mercado, y que se ajusten los supuestos utilizados en su determinación. Si estas tarifas están incluidas en el contrato, las partes tendrán que iniciar una renegociación, con todos los riesgos que ello implica.

En cambio, siendo que el OSIPTEL ejerce su función reguladora de forma dinámica, analizando el desenvolvimiento del mercado, y con base en ello, redefine sus esquemas regulatorios, lo más recomendable sería que en el contrato solo se establezcan condiciones tarifarias generales, dejando abierta la posibilidad de que el OSIPTEL inicie el procedimiento regulatorio cuando se considere pertinente.

[15] Viscusi, W., J. Harrington & J. Vernon (2005). “Economics of regulation and antitrust. Cambridge, Mass.: MIT Press, ©2005”.

Al establecer condiciones tarifarias generales en los contratos, se evita incurrir en procesos de renegociación, dado que la revisión de las tarifas se realizaría directamente a través de procedimientos regulatorios administrados por el OSIPTEL. Cabe precisar que los plazos y etapas de estos procedimientos se encuentran definidos en las "Normas Procedimentales para la Fijación o Revisión de Cargos de Interconexión Tope y Tarifas Tope" (en adelante, Normas Procedimentales), las cuales fueron aprobadas mediante la Resolución N° 215-2018-CD/OSIPTEL[16], y están sujetos a procesos de consulta pública para todos los agentes interesados, por lo que existe garantía de predictibilidad y transparencia.

En efecto, el OSIPTEL posee la experiencia en la aplicación de esquemas regulatorios, y ha llevado a cabo diversos procedimientos de fijación y revisión de Tarifas Tope. Particularmente, en caso de los Proyectos Regionales de conectividad de banda ancha, el OSIPTEL ha establecido la tarifa tope de transporte y las tarifas tope de acceso a Internet[17], definiendo en cada caso un período de revisión. Asimismo, para el caso de la RDNFO, ha fijado las tarifas tope de 3 Facilidades Complementarias[18]: (i) arrendamiento de postes, (ii) coubicación de equipos e (iii) infraestructura de la RDNFO – ducterías y canalizaciones.

En ese sentido, se recomienda que en lugar de definir las tarifas directamente en el contrato, se establezcan condiciones tarifarias generales que permitan al OSIPTEL plantear un esquema regulatorio adecuado a la situación y evolución del mercado.

3.2.6. Con relación a la Octava Disposición

La incorporación de estas disposiciones complementarias (incluyendo la séptima) amplía el alcance de los artículos 12, 13, 16 y 21 permitiendo que sean aplicables al (i) despliegue de las redes regionales y (ii) a los proyectos destinados a la conectividad de Banda Ancha distintos de las redes regionales. Sobre estos últimos, además, se les aplica las disposiciones contenidas en el Título III (sobre el acceso y uso compartido de la infraestructura eléctrica y de hidrocarburos).

A respecto, cabe indicar que el artículo 13 señala que el uso de la <u>infraestructura de soporte</u> ya existente de las empresas estatales será puesto a disposición de la RDNFO, para lo cual el Operador Dorsal (y con la propuesta de modificación extensible los Operadores que operen redes regionales y otros proyectos de telecomunicaciones) suscribirá contratos de compartición sobre dicha infraestructura, sobre los cuales serán aplicables las disposiciones establecidas en el Título III del reglamento en cuanto al procedimiento y la retribución asociada (contraprestaciones únicas y variables que se encuentran sujetas a la metodología dispuesta en el Anexo I del Reglamento).

En tal sentido, es necesario que en la octava disposición se indique que los artículos contenidos en el Título III del Reglamento también son aplicables para el despliegue de redes

[16] Publicada en el Diario Oficial El Peruano el día 05 de octubre de 2018. Esta resolución reemplaza a la Resolución de Consejo Directivo N° 123-2003-CD/OSIPTEL, que estableció el "Procedimiento para la Fijación o Revisión de Cargos de Interconexión Tope", y a la Resolución de Consejo Directivo N° 127-2003-CD/OSIPTEL, que estableció el "Procedimiento para la Fijación y/o Revisión de Tarifas Tope".

[17] El 11 de enero de 2015, el OSIPTEL, mediante las Resoluciones Nº 003-2015-CD/OSIPTEL y Nº 004-2015-CD/OSIPTEL, aprobó las Tarifas Tope del Servicio de Transporte (en adelante, Tarifa Tope de Transporte) y del servicio de acceso a Internet (en adelante, Tarifas Tope de Acceso) correspondientes a los Proyectos Regionales. Posteriormente, en el 2018, el OSIPTEL realizó la revisión de estas tarifas tope, aprobando los nuevos niveles tarifarios mediante las Resoluciones N° 147-2018-CD-GPRC/TT y 148-2018-CD-GPRC/TT. Cabe precisar que las Tarifas Tope del servicio de Acceso a Internet solo aplican a las Instituciones Públicas Obligatorias de los Proyectos Regionales.

[18] Resolución N° 032-2017-CD/OSIPTEL.

regionales, tal como lo la novena disposición lo indica para otros proyectos destinados a la conectividad de Banda Ancha.

3.2.7. Con relación a la Novena Disposición

Al respecto, siendo que las necesidades de conectividad existentes en el país aún persisten, resulta razonable que el MTC considere dentro del Reglamento la posibilidad de desarrollar nuevos proyectos de conectividad de banda ancha. Sin embargo, la formulación de estos proyectos debe considerar con la mayor profundidad posible las diversas características del mercado y su impacto en las proyecciones efectuadas, asimismo, su implementación y despliegue debe culminarse en un periodo de tiempo razonable desde su formulación a fin de que el análisis realizado no se torne desfasado.

Sin perjuicio de lo indicado de modo específico, respecto a ambas disposiciones complementarias finales (octava y novena), se observa que mantienen las prerrogativas otorgadas por la Ley 29904 a las redes regionales, aun cuando la titularidad de estas redes ya no es necesariamente del Estado, a pesar de recibir financiamiento público, por lo que debe evaluarse minuciosamente si considerando la Ley, es posible extrapolar dichas prerrogativas para las redes regionales, en los casos específicos de los artículos 12, 13, 16 y 21 del Reglamento de la Ley.

Asimismo, resulta ambigua la fuente de financiamiento para los referidos proyectos destinados a la conectividad de Banda Ancha distintos a las redes regionales.
Finalmente, no queda claro cuál es el mecanismo transparente que asegure y permita evidenciar el cumplimiento del principio de subsidiariedad señalado.

4. COMENTARIOS COMPLEMENTARIOS

Adicionalmente, es importante señalar que la propuesta de modificación normativa no debe incorporar aspectos de fijación tarifaria en los contratos de concesión o financiamiento de estos proyectos, siendo que ello puede provocar la problemática asociada a la suscripción posteriores de adendas (como en el caso del Proyecto de la RDNFO). En ese sentido, dada la facultad regulatoria con que cuenta el OSIPTEL y su experiencia obtenida en los diversos procedimiento de fijación y revisión tarifaria que ha llevado cabo, se considera necesario que la regulación de los aspectos tarifarios de los servicios involucrados se encuentren a cargo de este organismo de acuerdo a la evaluación del mercado.

En el artículo 3 del Proyecto se hace mención a que el eventual Decreto Supremo que se emita sería refrendado únicamente por el MTC. No obstante, debe tenerse en cuenta que esta norma debe contar necesariamente con el refrendo de la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM), conforme a lo expresamente dispuesto por la Primera Disposición Final del Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, que aprobó el Reglamento General del OSIPTEL:

> ***"Primera.- Refrendo de Decretos Supremos por el Presidente del Consejo de Ministros***
> *Las normas reglamentarias referidas a actividades bajo la competencia del OSIPTEL, que requieran ser aprobadas mediante Decreto Supremo, serán refrendados por el Presidente del Consejo de Ministros."*

5. CONCLUSIONES

5.1. La propuesta de Decreto Supremo que modifica diversos artículos del Reglamento de la Ley Nº 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, aprobado mediante la Resolución Ministerial Nº 529-2019-MTC/01.03., tiene como sustento dos informes elaborados por el Banco Mundial, i) el Informe de Diagnóstico del Estado Actual del Mercado de Banda Ancha y Posicionamiento de la RDNFO en el mercado y ii) el Informe de Escenarios y Modelos de Negocio para la RDNFO y Redes de Transporte Regionales, los cuales no se encuentran publicados en la página web del MTC, y tampoco han sido remitidos al OSIPTEL, debido a lo cual no se ha podido realizar una evaluación profunda.

5.2. Se formulan unos comentarios y sugerencias al Proyecto de la propuesta de Decreto Supremo, con relación a diversos aspectos que hemos podido evidenciar.

5.3. En consecuencia, se recomienda trasladar el presente informe al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, para los fines que corresponda

Atentamente,

Firmado digitalmente por AREQUIPEÑO TAMARA Luis Alberto FAU 20216072155 soft