

A	:	SERGIO ENRIQUE CIFUENTES CASTAÑEDA GERENTE GENERAL
CC	:	RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ PRESIDENTE DEL CONSEJO DIRECTIVO
ASUNTO	:	COMENTARIOS A LA PROPUESTA DE DECRETO SUPREMO QUE MODIFICA DIVERSOS ARTÍCULOS DEL REGLAMENTO DE LA LEY N° 29904
FECHA	:	30 de septiembre de 2019

	CARGO	NOMBRE
ELABORADO POR	Abogada Especialista en Procedimientos Administrativos – Segunda Instancia	Pamela Lisett Cadillo La Torre
	Abogada Especialista en Temas Regulatorios	Katy Paola Torres Peceros
	Coordinadora de Competencia	Rosa Castillo Mezarina
	Subgerente de Regulación (E)	Marco Vilchez Román
	Subgerente de Análisis Regulatorio (E)	Daniel Argandoña Martínez
REVISADO POR	Gerente de Políticas Regulatorias y Competencia	Lenin Quiso Cordova
APROBADO POR	Gerente de Asesoría Legal	Luis Alberto Arequipeno Támara



I. OBJETIVO

El presente informe tiene por objetivo comentar la propuesta de Decreto Supremo que modifica diversos artículos del Reglamento de la Ley N° 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, aprobado mediante la Resolución Ministerial N° 810-2019-MTC/01.03.

II. ANTECEDENTES

1. 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 N° 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 014-2013-MTC.

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).

2. Mediante la carta C.00534-GG/2019, del 23 de julio de 2019, se solicitó al MTC que remita copia de los Informes emitidos por el Banco Mundial sobre la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, en los cuales se basa el proyecto normativo. Asimismo, se solicitó una ampliación de plazo para comentarios.
3. A través del Oficio N° 6963-019-MTC/2016, del 25 de julio de 2019, el MTC remitió una copia del Informe *"Diagnostico del Estado Actual del Mercado de Banda Ancha y Posicionamiento de la RDNFO en el mercado"*. Asimismo, con relación al Informe *"Escenarios y modelos de negocio para la RDNFO y redes de transporte regionales"*, sostiene que tiene un carácter confidencial, en la medida que contiene recomendaciones y opiniones sobre las cuales el MTC aún no ha adoptado una decisión de gobierno.
4. Los comentarios a dicho proyecto normativo fueron enviados al MTC el 25 de julio de 2019 al correo electrónico señalado para tal fin y, además, a través de la carta C.00565-GG/2019 del 7 de agosto de 2019.
5. El 23 de setiembre de 2019, se publicó en el Diario Oficial El Peruano la Resolución Ministerial N° 810-2019-MTC/01.03, que dispone la publicación para comentarios del proyecto de decreto supremo que modifica diversos artículos del reglamento de la Ley N° 29904 Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 014-2013-MTC.

III. ANÁLISIS**3.1. COMENTARIOS GENERALES**

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

En virtud de la repercusión que tendría el proyecto normativo actualmente bajo comentarios, reiteramos lo expuesto en la sección 3.1.1 del Informe N° 00169-GAL/2019, y por ello consideramos que el plazo para emitir comentarios al presente proyecto normativo publicado mediante Resolución Ministerial N° 810-2019-MTC/01.03, es insuficiente.

Asimismo, con relación al segundo informe del Banco Mundial “Informe de Escenarios y Modelos de Negocio para la RDNFO y Redes de Transporte Regionales”, reiteramos que el no contar con dicho informe 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.

3.1.2. Sobre el escenario que busca implementar el Proyecto de Decreto Supremo.

Se considera positivo que el proyecto normativo haya recogido el factor de distinción entre zonas con competencia y zonas sin competencia, desarrollado en la sección 3.1.2 del Informe 00169-GAL/2019, toda vez que, como fue señalado por el OSIPTEL, 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.

No obstante, en los documentos que acompañan el proyecto bajo comentarios, aun no se encuentra 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 N° 0748-2019-MTC/26, 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.

3.1.3. Sobre la estructura del mercado y la situación de la dinámica competitiva.

En línea con lo comentado en el punto 3.1.2., sin perjuicio de que es pertinente que el MTC evalúe y sopesa todos los escenarios propuestos por el Banco Mundial y sustente por qué eligió un escenario en particular, se presenta a continuación algunos aspectos desfavorables que se han identificado del escenario que implementa el Proyecto bajo comentario.

Del Proyecto se desprende la posibilidad de que el Operador u Operadores de los Proyectos Regionales (en adelante, OPR) puedan brindar servicios a usuarios finales, para lo cual se establecerían obligaciones de separación estructural, contable, entre otras medidas que determine el OSIPTEL. En otras palabras, admite la posibilidad de que el OPR brinde servicios mayoristas y minoristas a la vez, lo cual podría dar lugar a prácticas verticales restrictivas.

Del mismo modo, admite que el Operador Dorsal cuente con empresas vinculadas que brinden servicios públicos de telecomunicaciones.

Ambas situaciones pueden generar efectos anticompetitivos irreversibles, afectando los mercados de telecomunicaciones, al no respetar la figura de operador neutral.



A continuación se detallará las diferencias entre promover competencia por el mercado y en el mercado.

3.1.3.1. Competencia en el mercado y por el mercado.

Laussel y Resende (2008)¹ definen la competencia por el mercado como aquella compuesta por la competencia de las firmas por alcanzar los beneficios asociados a un mercado no colonizado (competencia dinámica). De otro lado, definen la competencia en el mercado como aquella que se efectúa en un mercado ya establecido donde varias firmas tienen acceso a la tecnología (competencia estática). Partiendo de ello, concluyen que la ausencia de competencia en el mercado fuerza a desarrollar la competencia por el mercado.

Lo antes expuesto es corroborado por Church y Ware (2000)² quienes recogen lo expuesto por Demsetz (1968), que argumentaba que el solo hecho de estar frente a un mercado que es monopolio natural no justifica la intervención regulatoria. Sugiere que si la competencia en el mercado no es posible o indeseable, ésta debía ser reemplazada por la competencia por el mercado. Asimismo, Laffont y Tirole (2000)³ indican que la competencia en una subasta por la posición monopólica reduce la asimetría de información al forzar a las firmas a no sobreestimar sus costos porque de realizarlo probablemente perderían el mercado. Finalmente, todos estos argumentos presentes en la literatura económica han sido reconocidos por el Ministerio al proponer se realice el concurso para el otorgamiento de la concesión de la red dorsal.

Por su parte, el Banco Mundial (1994)⁴ afirma que cuando no es posible la competencia directa, se puede conseguir mayor eficiencia mediante una competencia regulada por acuerdos contractuales, que van desde simples contratos de prestación de servicios específicos hasta concesiones a largo plazo que comprenden explotación, mantenimiento y ampliación de las instalaciones.

Además, indican que la eficacia de un acuerdo de concesión está condicionada por varios factores, entre ellos la forma en que se adjudica el contrato. Asimismo, se hace mención que en la práctica casi nunca se consigue “destronar” al concesionario original, tal es el caso de Francia donde las concesiones suelen prolongarse a perpetuidad; las empresas adjudicatarias disfrutan de considerables ventajas en las nuevas licitaciones, factor que debe tenerse en cuenta cuando se intenta hacer el mercado más abierto a la competencia.

En línea con ello, se debe tener en consideración que una de las variables importantes al momento de diseñar las subastas es analizar la estructura de mercado resultante, ya que de no realizarse toda eficiencia, que se buscaba obtener producto de la competencia por el mercado, será mermada con una estructura de mercado inadecuada. En el diseño práctico de las subastas, las circunstancias locales importan y el núcleo de todo se encuentra en los detalles (P. Klemperer, 2004)⁵.

¹ Does the absence of competition in the market foster competition for the market? A dynamic approach to aftermarkets. Discussion Paper No. 2008-21. Mayo de 2008.

² Industrial Organization. pp. 761-764.

³ Competition in Telecommunications. pp.51-54.

⁴ Informe sobre el desarrollo mundial Infraestructura y desarrollo Washington D.C. Capítulo 3.

⁵ Auctions: Theory and Practice. Princeton University Press



La experiencia de nuestro propio mercado de telecomunicaciones nos muestra que, el no poner atención a los incentivos de la estructura de mercado resultante del otorgamiento de una concesión, puede traer importantes consecuencias. Así, se debe recordar lo ocurrido en el año 1994 cuando se efectuó la privatización de las redes nacionales de telefonía fija y de televisión de paga y se permitió a Telefónica del Perú S.A.A. adjudicarse ambas.

De haberse otorgado cada red a operadores diferentes, hoy se tendría, como en otros países, un escenario de competencia entre plataformas, en las que ambas redes competirían entre sí en la prestación de servicios convergentes (ver por ejemplo países como Canadá y Estados Unidos). En tal sentido, los niveles de concentración en los mercados de telecomunicaciones se ven afectados directamente por las políticas de entrada que determinan la estructura de mercado y que en muchos casos pueden ser difícilmente revertidas con políticas de promoción de competencia *ex ante* como separación estructural o contabilidad separada.

En este caso en particular, la posibilidad de que el Operador Dorsal y el o los OPR puedan brindar a su vez servicios a los usuarios finales puede generar efectos perjudiciales sobre la dinámica competitiva.

3.1.3.2. La posibilidad de integración vertical.

Si bien la integración vertical no es mala en sí misma y puede generar eficiencias, en ciertas circunstancias es más probable que los perjuicios excedan estas eficiencias. Esta integración, puede generar alta concentración de mercado, barreras a la entrada, prácticas anticompetitivas dirigidas a excluir a un competidor aguas abajo, entre otras.

Debido a estos potenciales riesgos, consideramos que lo más conveniente es que el Operador Dorsal, y el o los OPR que operen en mercados donde no exista competencia, sean operadores neutrales, es decir, impedir que ellos o sus vinculadas puedan brindar servicios en los mercados aguas abajo, de tal forma que se concentren en brindar servicios mayoristas que maximicen la cantidad de operadores minoristas y, por tanto, que dinamicen el proceso competitivo.

Considerando la figura en que un único operador administre la red de proyectos regionales y que existan múltiples operadores que brinden acceso en cada región, quien se adjudique la operación y mantenimiento de los proyectos regionales operaría tanto en el mercado mayorista como en el mercado minorista, pues podría desplegar infraestructura para el acceso, distinta a la que fue construida a los proyectos regionales.

Este tipo de situación genera una disyuntiva en el operador regional, en tanto si ofrece sus servicios a nivel mayorista, perderá mercado a nivel minorista. Es natural, entonces, que el o los OPR al controlar un insumo esencial como la red de transporte regional, intente extender su poder en el mercado aguas arriba o *Upstream* hacia el mercado donde se debería generar competencia, mercado aguas abajo o *Downstream*. Estas prácticas irían dirigidas a excluir/discriminar a operadores que brinden servicios a los usuarios finales. En nuestra opinión, es más conveniente evitar generar dichos incentivos, antes que intentar imponer medidas para evitar que las empresas vinculadas realicen prácticas anticompetitivas.



Ello es confirmado por la literatura económica. Al respecto, Kim y Horn (1999)⁶ afirman que las industrias de redes -como es el caso del sector de telecomunicaciones- se organizan como monopolios públicos verticalmente integrados. Así, las economías en transición o desarrollo deben establecer políticas adecuadas e instituciones reguladoras para incentivar la participación del sector privado y proteger el interés público. Una de las opciones a tomar en cuenta para ello es la promoción de la competencia por el mercado a desarrollarse *ex ante*.

En tal sentido, la única forma de garantizar el atributo de “neutro” del operador de la Red Dorsal y que debería extenderse a los OPR, es prohibiendo que una misma empresa pueda estar presente en ambos segmentos, incluso cuando se traten de empresas vinculadas entre sí. De esta forma se podrían generar las condiciones básicas para garantizar lo siguiente: (i) máxima neutralidad posible y evitando que el Operador Neutro interfiera en las ofertas comerciales de los operadores prestadores de servicios en el mercado “downstream”, (ii) no discriminación entre operadores, puesto que todos acceden a la red con las mismas condiciones evitando potenciales favorecimientos a empresas vinculadas, (iii) transparencia en el acceso de la oferta mayorista y, (iv) equidad entre todos los operadores interesados en acceder a usuarios finales.

Tanto el Proyecto como el Informe Sustentatorio sugieren algunas medidas *ex ante* que solucionarían este potencial problema como son la separación estructural y la contabilidad regulatoria y la regulación tarifaria.

En primer lugar, la separación estructural, la cual ya está contemplada en el caso del Operador Dorsal, sería la medida más radical y propiciaría que el OPR que desee brindar servicios minoristas tenga que crear una nueva empresa vinculada, de tal forma que el OPR se concentre en los servicios mayoristas y su vinculada en los servicios minoristas. Sin embargo, estas empresas optimizarán beneficios de manera conjunta, como un único grupo económico. Posiblemente, resulte más rentable llegar hasta el consumidor final y no hasta el mayorista, en tanto los primeros le permiten un mayor margen al operador. En tal sentido, aún existe un alto riesgo de que el OPR incurra en prácticas anticompetitivas dirigidas a brindar un trato preferencial a su empresa vinculada con el objetivo de que los operadores de las redes de acceso se retiren del mercado.

La aplicación de contabilidad separada a la empresa verticalmente integrada –en conjunto con una política de regulación de tarifas- podría mitigar el riesgo de que se ejerzan prácticas de discriminación monetaria en contra de las empresas competidoras. En particular, la regulación tarifaria evitaría la discriminación de precios, mientras que la contabilidad separada reduciría las posibilidades de que la empresa realice subsidios cruzados.

No obstante, debemos de tener en cuenta que el uso de un sistema de contabilidad separada implica que se utilicen direccionadores de costo (o *cost drivers*) objetivos, que permitan asignar los costos, que aparentemente serían comunes, a cada una de las líneas de negocio concernientes. Esto implica cierto grado de arbitrariedad en el diseño de los *cost drivers*, que podría llevar a la empresa verticalmente integrada a sobrestimar los costos en el segmento mayorista con el fin de favorecer a su empresa vinculada frente a los competidores minoristas.

⁶ Regulation policies concerning natural monopolies in developing and transition economies. Marzo de 1999. DESA Discussion Paper No. 8.



Asimismo, para poder implementar un sistema de contabilidad regulatoria adecuado, la empresa debería incluir a la operación de la red de transporte como una línea de negocio específica. Es necesario tomar en cuenta que la aplicación de un sistema de contabilidad regulatoria de esta naturaleza implica altos costos tanto para la empresa como para el regulador. Para la empresa, esta implementación requiere de ciertos cambios en los sistemas contables de la empresa, pues normalmente los estados financieros de un sistema de contabilidad regulatoria son diferentes a los estados financieros de un sistema contable convencional. Asimismo, el monitoreo aplicado por el regulador es costoso, pues implica la supervisión constante de los costos e ingresos considerados, así como de la aplicación correcta y objetiva de los cost drivers, con el fin de evitar posibles subsidios cruzados al interior de la empresa.

Por otro lado, el hecho de que se implemente un sistema de contabilidad regulatoria a la empresa verticalmente integrada no elimina la posibilidad de que la empresa ejerza prácticas de discriminación monetaria. La asimetría de información existente entre el regulador y el regulado implica que el regulador no conozca con certeza cuáles son las condiciones financieras de la empresa, cuáles son sus costos e ingresos reales o la naturaleza de las acciones que realiza. Asimismo, es importante tomar en cuenta que existe un rezago de tiempo entre la presentación de los estados financieros y la posterior auditoría, y que en este periodo se podrían configurar daños no subsanables en el mercado.

Asimismo, debe recordarse que la aplicación de contabilidad separada se orienta solamente a mitigar los riesgos de prácticas de discriminación monetaria. Es decir, aún existiría el riesgo de que el operador verticalmente integrado ejerza prácticas de discriminación no monetaria –en particular, discriminación mediante la provisión de niveles diferenciados de calidad en perjuicio de los competidores en el segmento minorista.

Esto implica que el regulador debería realizar un mayor y más costoso esfuerzo de supervisión, ya que además de efectuar las auditorías correspondientes a la contabilidad regulatoria, se tendría que tomar medidas *ex-post* para asegurar que el operador no lleve a cabo medidas que atenten contra la competencia, sin que se puedan retrotraer los efectos dañinos en el mercado. Esta experiencia se ha dado ya con la supervisión de la interconexión, y ha llevado años en ser perfeccionada, en un escenario inclusive más sencillo en comparación con el que presentan los servicios de transporte de datos.

La regulación del precio de transporte también se contempla como una política dirigida a preservar la competencia en los mercados aguas abajo, en tanto las redes de transporte representan una facilidad esencial para el acceso a los nuevos mercados que se generarían luego del despliegue de la red. Desde el punto de vista teórico, la regulación de los precios del operador de transporte podría impedir que el poder de mercado del operador dorsal o de los OPR se extienda también al mercado de acceso. El mecanismo mediante el cual funcionaría este mecanismo es el siguiente: al contar con un precio regulado, el operador dorsal o los OPR no podrían generar discriminación desfavorable de tipo monetario a otros operadores de acceso no vinculados.

Sin embargo, el escenario teórico no considera la posibilidad de que el operador del segmento *upstream* brinde descuentos por volumen o algún tipo de promociones que sólo podría cumplir su empresa vinculada. En este sentido, si el operador dorsal genera



descuentos y promociones que aplican únicamente a su vinculada, el procedimiento regulatorio estaría siendo inefectivo.

Adicionalmente, incluso en el caso en el que no se permitieran descuentos o promociones, siempre existe el problema de rezago regulatorio, en el que el precio se fijaría en base a los costos históricos, los que no necesariamente coincidirían con los costos actuales. En tal sentido, en el período de tiempo que transcurre entre cada período regulatorio, los precios podrían estar por encima de los costos, lo cual podría facilitar algún tipo de discriminación monetaria hacia la empresa vinculada.

Estas medidas de política que contempla el Proyecto contribuirían a reducir los incentivos para incurrir en conductas anticompetitivas, ya que son medidas imperfectas que dependen de una serie de factores⁷. Sin embargo, la evidencia internacional muestra que, independientemente de estos factores, estas medidas no contribuyen de manera total a eliminar los conflictos de intereses.

Peor aún, el aplicar conductas de control *ex post*, es decir una vez que las prácticas exclusorias ya tuvieron lugar, sería inefectivo en tanto su ocurrencia es altamente probable y los efectos podrían ser irreversibles.

Por lo expuesto, en el escenario que implementaría el Proyecto, Red Dorsal y Redes Regionales no integradas, no debería permitirse, bajo ninguna condición, que el operador pueda brindar servicios finales ya sea a través de él mismo o por medio de una empresa vinculada (directa o indirectamente). No obstante, si bien el establecer la naturaleza de operador neutro puro en ambos segmentos por separado, Red Dorsal y Redes Regionales no integradas, es la alternativa que protege el proceso competitivo en el escenario que implementa el proyecto, aun sería necesario evaluar otros escenarios que podrían incrementar las eficiencias (v.g. operación, mantenimiento, volumen de contratación de conectividad internacional, etc.), tales como el escenario donde se integran la Red Dorsal con las Redes Regionales en una Red de Transporte que podría ser concesionada a uno o a más “operadores neutros puros” (por ejemplo 3: Norte, Centro y Sur).

En el caso de los OPR, los riesgos descritos anteriormente hacen referencia a zonas donde no existe competencia, pues en dichos casos la red de transporte representa una facilidad esencial con riesgo de prácticas verticales restrictivas de la competencia. Así, en aquellas zonas donde exista competencia de las redes de transporte, el OPR podría también brindar servicios finales en la medida que los entrantes, tendrán la posibilidad de contratar con operadores alternativos al OPR. En tal sentido, los OPR tendrán más bien incentivos a generar eficiencias en su red y alinear sus tarifas al mercado y considerando la regulación de tarifas tope que establezca el OSIPTEL. En cambio en aquellas zonas en las que no existe competencia, debe eliminarse la posibilidad que el OPR brinde también servicios finales debido a los problemas ya mencionados que se generarían.

En ese sentido, la opinión del OSIPTEL es que se modifiquen los artículos pertinentes para que se impida que el OPR brinde servicios a usuarios finales, en aquellos lugares donde no hay competencia de la red de transporte.

⁷Como por ejemplo las circunstancias en las que se cometió el acto anticompetitivo, el grado de asimetría existente entre el regulador y el administrado, el entorno institucional en el que se desenvuelve el regulador, entre otros.



3.1.4. Sobre la necesidad de establecer la obligatoriedad de que el tráfico de las redes regionales y redes de acceso empleen la RDNFO.

Sobre este aspecto, reiteramos los comentarios vertidos en la sección 3.2.3.2 del Informe 00169-GAL/2019, toda vez que, con el fin de contribuir a la consecución de los objetivos expuestos en la parte considerativa del Proyecto de Decreto Supremo, consideramos como una herramienta importante para apalancar la sostenibilidad de la RDNFO a largo plazo, el establecer la obligatoriedad de que todo el tráfico de los proyectos de redes regionales y de acceso sea cursado por la RDNFO.

Dado el Régimen Tarifario y Competencia para la RDNFO propuesto en el proyecto, y en particular los criterios tarifarios contenidos en el artículo 23-C.4, consideramos que tal obligatoriedad no debería afectar las estructuras de costos o planes de expansión de los concesionarios de las redes regionales o redes de acceso, ya que en las zonas con competencia, la tarifa de la RDNFO tendería a la tarifa del mercado y en las zonas sin competencia, la tarifa de la RDNFO sería la única opción.

3.1.5. Sobre la adecuación automática de los contratos.

Consideramos que la propuesta de modificación del Decreto Supremo N° 014-2013-MTC, resulta de aplicación automática a los contratos vigentes (contratos de concesión y de financiamiento); por lo que, debe de adecuarse -a ello- lo establecido en el artículo 3 del mencionado proyecto, que establece que las modificaciones normativas no son de aplicación automática a los contratos de concesión o de financiamiento suscritos con anterioridad por el MTC, sino que será necesaria la suscripción de adendas que modifiquen los términos contractuales, porque consideran que ello podría afectar el equilibrio económico financiero de los contratos.

Los principales fundamentos que sostienen esta aseveración son las siguientes:

1. En cuanto a los alcances de la modificatoria propuesta, según lo establecido en el artículo 3 y en la exposición de motivos, las nuevas obligaciones serían aplicables solo si se suscriben adendas en los contratos vigentes, de acuerdo a lo señalado contradiciendo lo señalado por el Tribunal Constitucional, que el mismo MTC ha citado también en la Exposición de Motivos ⁽⁸⁾.
2. Asimismo, resulta importante tener presente que los Contratos de Concesión cuentan con una Cláusula de Adecuación Automática, establecida en cláusula 28.07 del Contrato Tipo, y que establece lo siguiente:

“28.07 ADECUACIÓN AUTOMÁTICA DEL CONTRATO

Las PARTES declaran que el presente Contrato se adecuará de manera automática a las normas de carácter general emitidas por los organismos competentes del sector.”

⁸ De acuerdo con el principio de aplicación de la Ley en el tiempo, contenida en el artículo 111 del Código Civil, el cual consagra la aplicación inmediata de la Ley, la cual es conocida en la doctrina como la teoría de los hechos cumplidos, tal como lo determinó el Tribunal Constitucional en la STC N° 0606-2004-AA/TC y en la Sentencia del Pleno Jurisdiccional 2016.



Adicionalmente, cabe indicar que el artículo 130 del TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones establece que es obligación de los concesionarios, entre otras, las establecidas en la Ley, el Reglamento y demás normas aplicables.

“Artículo 130.- Obligaciones del concesionario

Son obligaciones del concesionario principalmente las siguientes:

(...)

11. Las demás que se pacten en el contrato de concesión, que se deriven de la Ley, del Reglamento y demás normas aplicables.”

Por tanto, ello supone que las modificaciones que se plantean al marco normativo aplicable a la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones resultan exigible a los concesionarios, por el solo hecho de tener un título que los habilite a brindar dichos servicios.

3. Asimismo, cabe anotar que en el numeral 3.8 de la Cláusula Tercera de los Contratos de Financiamiento, se establece que *“aunque durante su vigencia se produzcan cambios en las leyes y disposiciones aplicables, incluyendo cambios en la regulación del sector de telecomunicaciones y en el régimen tributario que afecten su actividad y/o sus resultados económicos, tales circunstancias no le otorgaran derecho de reclamación ni solicitudes de modificación al Contrato de Financiamiento bajo los supuestos de desequilibrio económico – financiero, excesiva onerosidad de la prestación u otras figuras jurídicas de naturaleza similar, sea ante el FITEL, sus funcionarios u otra entidad del Estado”.*

Por lo tanto, lo señalado en la Exposición de Motivos del proyecto normativo, contradice lo suscrito por el propio MTC en los contratos de financiamiento.

3.1.6. Sobre el análisis de calidad regulatoria.

Sin perjuicio de los comentarios señalados en la sección anterior, y dada la relevancia y repercusión que este proyecto puede acarrear en el mercado peruano de telecomunicaciones, consideramos que el análisis de calidad regulatoria (Costo-beneficio) es insuficiente, y que dicho análisis debería incluir por lo menos un componente cualitativo.

3.2. COMENTARIOS ESPECÍFICOS A LA PROPUESTA:

3.2.1. Términos y definiciones.

Con relación a la propuesta de modificación del artículo 3, reiteramos los comentarios expuestos en el numeral 3.2.1 del informe N° 000169-GAL/2019.

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

Sobre el servicio portador, se aprecia que se ha agregado la posibilidad de que la RDNFO pueda cursar tránsito IP internacional. Sin embargo no se ha acogido la propuesta de que se pueda brindar servicios adicionales 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. Sobre la concesión de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica.

De acuerdo con la redacción del artículo 22.2, se observa que la DGPP del MTC establecerá las condiciones técnicas, legales y económicas de la concesión de la RDNFO, con la opinión no vinculante del OSIPTEL.

Sobre este punto particular debe analizarse que los elementos que conforman la concesión pueden estar relacionados con la competencia del OSIPTEL. Por lo tanto recomendamos que la opinión del organismo regulador sea vinculante en las materias de su competencia, teniendo en cuenta además la recomendación de la OECD en la reciente evaluación que efectuó a este organismo, donde señala que *“debido a su nivel de especialización, debería considerarse una función más autorizada del regulador respecto a decisiones que toman otras entidades públicas en el sector regulado”*⁹. Asimismo, podría ser una opinión no vinculante para asuntos que no son de su competencia de manera directa pero impactan en asuntos de su competencia.

Por otra parte, se advierte que en el numeral 22.3 se establece determinadas obligaciones a cargo de las empresas vinculadas al Operador Dorsal, además de otras que puedan ser impuestas por el OSIPTEL.

Al respecto, tal como ha sido sustentado en los comentarios generales, se sugiere mantener la condición de operador neutro puro al Operador Dorsal, de tal forma que este no preste servicios a usuarios finales a través de sus vinculadas, en tanto existen incentivos para que dicho Operador lleve a cabo conductas anticompetitivas que difícilmente podrían ser mitigadas incluso con medidas radicales como separación estructural y menos aún con medidas más leves como contabilidad separada y, peor aún, con una evaluación de conductas anticompetitivas *ex post*.

Sin perjuicio de ello, en el caso que no se opte por mantener la condición de operador neutro puro al Operador Dorsal, debe considerarse que, tal como se ha señalado en el Informe Sustentatorio (Informe 748-2019-MTC), según el artículo 17 del Decreto Legislativo 1034, el OSIPTEL es la agencia de competencia en el sector de telecomunicaciones, por lo que es el competente para dictar las medidas que considere pertinentes con el objetivo de preservar la dinámica competitiva. Por lo expuesto, se sugiere eliminar el párrafo 22.3, en la medida que será el OSIPTEL, quien en ejercicio de sus funciones determine las medidas que considere convenientes.

⁹ OECD (2019) Impulsando el desempeño del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones de Perú, Gobernanza de reguladores, OECD Publishing, Paris, Disponible en: <https://www.oecd.org/publications/impulsando-el-desempeno-del-organismo-supervisor-de-la-inversion-privada-en-telecomunicaciones-de-peru-9789264310612-es.htm>



3.2.4. Sobre el operador neutro.

En la misma línea del comentario anterior, se sugiere eliminar el párrafo 23.5, en tanto se trata de funciones desarrolladas por el OSIPTEL en todos los mercados de telecomunicaciones.

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 N° 1454-2015-MTC/27 de fecha 22 de setiembre del 2015 y que fuera remitido al OSIPTEL mediante Oficio N° 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. Adjudicación de las Redes Regionales de fibra óptica y redes de acceso.

3.2.5.1. Sobre la agencia de promoción de la inversión.

Cabe anotar que de conformidad con lo establecido en el artículo 4 de la Ley 28900, Ley que otorga al Fondo de Inversión en Telecomunicaciones - FITEL, personería jurídica de derecho público, adscrita al sector Transportes y Comunicaciones, se establece que la Agencia de Promoción de la Inversión Privada - PROINVERSIÓN será la encargada de conducir las licitaciones y concursos para la ejecución de los proyectos a ser financiados con los recursos del FITEL.

En este sentido, consideramos que resulta necesario que se precise que no es el MTC quien actuará como conductor de las licitaciones o concursos para la ejecución de los proyectos a ser financiados con los recursos del FITEL, en la medida que un decreto supremo no se puede contravenir una norma con rango de Ley.

3.2.5.2. Sobre la modalidad para entregar en concesión la construcción, operación y mantenimiento y explotación de las Redes Regionales y Redes de Acceso.

Se advierte que a través del numeral 23-A.1 se establece que el MTC puede entregar en concesión la construcción, operación y mantenimiento y explotación de las redes regionales, y redes de acceso, pudiendo optar, **entre otras**, 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 mantiene la titularidad de esas redes.



Sobre el particular, cabe reiterar los comentarios vertidos en el numeral 3.2.2 del Informe N° 00169-GAL/2019, en el sentido que los proyectos deben ser promovidos como APP en la medida que involucran la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones y comprometen recursos públicos. Por lo tanto, no debería concebirse para dichos proyectos la posibilidad de que sean promovidos como proyectos en activos.

Asimismo, el mismo numeral 23-A.1 hace referencia a la posibilidad que tendrá el MTC de optar por otros tipos de ejecución de proyectos, en el entendido que no solo podría disponer concursar los proyectos a través de una APP o proyectos en activos, sino que también podría optar por otras figuras previstas en otros marcos legales, como encargar la construcción o implementación de las redes regionales o de acceso mediante la modalidad de **Obra Pública**, la cual está regulada mediante la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado.

Al respecto, consideramos que bajo el esquema de la obra pública el Estado asume que no hay interés en dicho mercado, por lo cual asume todo el riesgo y costo, en cambio con la APP permite distribuir el riesgo, por lo tanto el costo no solo será asumido por el Estado, con lo cual estas preservando también recursos públicos. En este contexto, para proyectos en los que el Estado considera que el inversionista no quiere llegar a determinadas zonas, es recomendable que se promueva APP cofinanciada y establecer que el factor de competencia será el menos financiamiento solicitado.

Consideramos que la idea de hacerse de bienes estatales no es un fin en sí mismo. La finalidad del FITEL es la provisión de acceso universal, pero la Ley no lo habilita a la prestación de los servicios de manera directa, sino únicamente a la gestión y operación, de manera temporal, de proyectos de telecomunicaciones financiados por el Estado.

En este sentido, consideramos que la opción de la obra pública es más viable cuando la entidad gestiona la operación, no obstante, en este caso ello no es posible. Por lo tanto, de optarse por la ejecución de una obra pública, posteriormente la infraestructura pública tendría que ser puesta en operación previa licitación o concurso a un privado, lo cual podría generar demoras en la puesta en servicio.

Adicionalmente, consideramos que en caso que se establezca que el MTC puede determinar otras modalidades para la adjudicación, operación y mantenimiento y explotación de las Redes Regionales y las Redes Acceso, en las que el estado no necesariamente mantendría su titularidad, se recomienda establecer los elementos/criterios que deberá considerarse para la segmentación.

3.2.5.3. Sobre la necesidad de solicitar opinión al OSIPTEL.

Por otra parte, a diferencia de la propuesta correspondiente al artículo 22.2, en la propuesta del artículo 23-A.3 no se indica que se deba pedir opinión al OSIPTEL sobre las condiciones técnicas, económicas y legales para la determinación del alcance y condiciones del proyecto a adjudicarse. Consideramos que estos proyectos pueden impactar significativamente en la



estructura y condiciones de mercado por lo que sugerimos que, al igual que en artículo 22.2, se solicite previamente la opinión del OSIPTEL.

3.2.6. Operación, mantenimiento y explotación de las redes regionales y redes de acceso.

En la misma línea del comentario efectuado con relación al artículo 23, se sugiere eliminar el párrafo 23.B-5, en tanto se trata de funciones desarrolladas por el OSIPTEL en todos los mercados de telecomunicaciones.

En línea con ello, no corresponde que se establezca un plazo de seis meses para que el OSIPTEL determine las medidas a aplicar, pues las medidas a implementarse se llevarán a cabo luego de que se haya realizado un riguroso análisis y se determine qué medidas corresponde establecer para preservar la dinámica competitiva.

Finalmente y de forma similar al Operador Dorsal el o los OPR, no deberían estar habilitados para prestar servicios a usuarios finales y menos aún tener capacidad de tender redes de acceso en paralelo a las de los operadores de redes de acceso. Remedios que en otros casos pueden ser efectivos, como el de separación estructural, no serían eficientes en este caso pues el grupo económico en su conjunto estaría interesado en maximizar sus beneficios pudiendo para ello incurrir en prácticas exclusorias en el mercado minorista.

3.2.7. Tarifas de los servicios de telecomunicaciones prestados a través de las redes.

En relación al numeral 23-C-4, se hace referencia a criterios tarifarios aplicables a la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, las redes regionales y redes de acceso. No obstante, la aplicación de un esquema de tarifas tope, señalado en el literal b), corresponde a un régimen de tarifas reguladas el cual se ejerce de manera general sobre la prestación del servicio sujeto a regulación, por lo que no debería describirse como un criterio tarifario.

En esa misma línea, la aplicación de tarifas menores a la tarifa tope en zonas donde hay competencia, cuando los ingresos que perciba el operador son iguales o mayores a los ingresos percibidos en un trimestre previo, corresponde a una regla tarifaria que tiene su origen en la recomendación formulada para la implementación de un esquema de flexibilidad tarifaria en la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, siendo que dicho proyecto tiene garantizados por parte del Estado los pagos por RPI y RPMO al operador concesionario.

En ese sentido, dicha regla aplica de manera particular para el proyecto de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, mas no queda claro su alcance para las redes regionales y redes de acceso en los cuales ya existe un régimen de tarifas reguladas. Por consiguiente, el literal c) propuesto, no debería describirse como un criterio tarifario general, sino debería ser aplicable fundamentalmente a la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica.

Respecto al numeral 23-C.3 se recomienda que las reglas aplicables al cofinanciamiento de los proyectos, se establezca en un artículo distinto al relacionado a las tarifas.



3.2.8. Determinación de existencia de competencia.

Queda claro que debe existir regulación tarifaria en aquellos segmentos de las redes regionales donde no existan condiciones de competencia y que serán determinadas por el OSIPTEL. Sin embargo, el OSIPTEL como agencia de competencia realiza análisis de mercado para determinar si existe o no competencia en un mercado en particular. Este análisis no solo se basa en condiciones de oferta como lo sugiere este artículo, sino también en condiciones de demanda.

En tal sentido, dado que las funciones del OSIPTEL como agencia de competencia se encuentran en el TUO de la Ley de Telecomunicaciones Decreto Supremo N° 013-93-TC (artículo 67 y 68) y en el Decreto Legislativo 1034 (artículos 6 y 7), se considera que el referido artículo debe ser eliminado. Ello debido a que el OSIPTEL, como agencia de competencia, utilizará los criterios que considere apropiados para determinar la existencia o no de competencia en un mercado relevante previamente definido.

3.2.9. Sobre la determinación de proveedor importante.

En la Séptima Disposición Complementaria Final se señala que el OSIPTEL evalúa y de ser el caso determina si los operadores son proveedores importantes. Al respecto, el OSIPTEL posee un Documento Marco donde ha señalado los mercados prioritarios que serán evaluados y luego de dicho análisis se establece obligaciones para los operadores considerados proveedores importantes. En tal sentido, dado que una norma ya contempla este análisis resulta innecesario establecerlo en esta disposición, por lo tanto, se sugiere eliminar dicha disposición.

3.2.10. Sobre la exigibilidad de contabilidad separada.

Mediante la propuesta se plantea modificar los artículos 22 y 23 del Reglamento, (específicamente modificar el numeral 22.3 e introducir el numeral 23.5, respectivamente) se introduce como mecanismo de control de conductas anticompetitivas y eventuales restricciones verticales -entre otros- la obligación de llevar Contabilidad Separada a las empresas vinculadas al Operador de la RDNFO. De la misma manera, mediante el artículo 23-B se plantea que el mismo mecanismo aplica a las operadoras de redes regionales.

Finalmente, la propuesta introduce una Disposición Complementaria Final, precisando que para el caso de la aplicación del referido mecanismo no serán exigibles ni el artículo 253 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones ni el numeral 107 de los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones, ambas referentes a que las empresas están obligadas a llevar Contabilidad Separada siempre que:

1. Presten más de un servicio público de telecomunicaciones
2. Registren ingresos que representen por lo menos el 1% de los ingresos operativos del sector durante dos ejercicios anuales consecutivos.

Al respecto, y de forma complementaria a lo señalado previamente, si la propuesta sobre el nuevo alcance de la obligación de llevar contabilidad separada se lleva a cabo tal como está planteada en el proyecto, se estaría generando las siguientes limitaciones:



- i) Extendiendo la obligación a empresas que solo prestan un servicio, se estaría contradiciendo la razón de la contabilidad separada, siendo que el objetivo de este instrumento es hacer una separación de ingresos, costos y capital invertido a nivel de diferentes servicios.
- ii) Extendiendo la obligación a empresas que registran ingresos muy debajo del 1% de los ingresos operativos del sector. En cuyo caso los operadores con un monto de ingresos reducido (por ejemplo, ingresos cercanos al 0% del total de ingresos del sector) deberán desarrollar y adecuar sus procesos para cumplir con la obligación, lo que significa que podrían incurrir en mayores costos en comparación a sus ingresos, y en consecuencia se podría desalentar su participación en los proyectos de redes regionales.
- iii) Otra razón que limita la aplicación de la Contabilidad Separada es que en la práctica existen empresas consorciadas que han ganado licitaciones de proyectos regionales, lo que implica que eventualmente consorcios podrían operar una red, en cuyo caso se generan las siguientes interrogantes: ¿cómo aplicaría la obligación de llevar contabilidad separada a los consorcios, aplica a todas las empresas que lo forman?, ¿se consideran los servicios de cada una de las empresas que forman parte del consorcio, o solo está limitada al servicio que provee el consorcio?, ¿se consideran a todas las vinculadas a todas las empresas consorciadas?

- iv) Una razón adicional en la limitación de la aplicación de Contabilidad Separada es que los operadores de un proyecto regional normalmente tienen criterios contables de reconocimiento de ingresos o gastos distintos a un operador tradicional, como por ejemplo en el caso del operador de la RDNFO, Azteca Comunicaciones S.A.C., el cual empleó como reconocimiento de ingresos el método de avance de obra, en cuyo caso reconoce todos los ingresos por dicho concepto al inicio de su concesión y de forma posterior no genera reconocimiento por este concepto.

En ese sentido, emplear Contabilidad Separada podría generar sesgos en el cálculo de márgenes a nivel de cada servicio prestado por la empresa, ya que podría verse distorsionado por criterios contables distintos para el reconocimiento de ingresos y gastos de servicios proveídos por la empresa: uno vinculado al proyecto regional, y los vinculados a los otros servicios.

- v) Finalmente, un aspecto adicional a considerar es que las retribuciones que hace el Estado a los operadores de Redes Nacional y Regionales no obedecen necesariamente al esfuerzo de ventas de dichos operadores, y en tal sentido solo reconocen como ingresos las retribuciones por retribución que el Estado otorga en el marco del contrato de concesión.

Por lo tanto, el empleo de la Contabilidad Separada, y, por ende, el cálculo de márgenes por servicio de los operadores de Redes no reflejarían el cobro efectivo que realiza a sus vinculadas, siendo más bien que estos son trasladados a un patrimonio fideicometido, es decir no ingresan al balance de la empresa.

Como se señaló en secciones anteriores, no se recomienda la exigibilidad de Contabilidad Separada, entre otras medidas *ex ante* y *ex post*, sino que se garantice que los operadores sean neutros.



3.3. COMENTARIOS ADICIONALES A LA PROPUESTA:**3.3.1. Sobre la función administrativa de solución de controversias.**

De acuerdo a la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, esta entidad tiene competencia para resolver toda controversias que surja como consecuencia de acciones u omisiones que afecten o puedan afectar el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, aunque solo una de las partes tenga la condición de empresa operadora de tales servicios.

Igualmente, el Reglamento General del OSIPTEL (Decreto Supremo N° 008-2011-PCM y sus modificatorias), establece que el OSIPTEL es competente para conocer, entre otras materias, las controversias entre empresas relacionadas con el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.

Conforme a lo expuesto, el OSIPTEL cuenta con la facultad de solucionar las controversias referidas al acceso y uso compartido de infraestructura; no obstante, el Reglamento vigente de la Ley de Banda Ancha no desarrolla de manera expresa lo referido a la solución de controversias para los casos de acceso y uso compartido de infraestructura bajo los alcances de esta Ley.

En tal sentido, aun cuando como se ha señalado la competencia para ejercer esta función administrativa ha sido atribuida a la entidad en la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, a fin de precisar dicha facultad del OSIPTEL para conocer las controversias que se deriven de la Ley de Banda Ancha¹⁰, se propone incluir un artículo que desarrolle este tema, incluyendo que las controversias que surjan de la aplicación de la Ley de Promoción de la Banda Ancha, el Reglamento y las normas que dicte el OSIPTEL entre empresas titulares de la infraestructura de uso público y los beneficiarios de la misma será resuelta conforme al Reglamento del OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas.

Similar disposición fue incluida en el artículo 41° Decreto Supremo N° 009-2005-MTC¹¹, Reglamento de la Ley N° 28295 que regula el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.

En ese sentido, la propuesta podría ser incorporada en el último párrafo del artículo 33 del Reglamento en los siguientes términos:

“Artículo 33.- Funciones del OSIPTEL

(...)

Las controversias que surjan de la aplicación de la Ley, el presente Reglamento y las normas que dicte OSIPTEL son resueltas por esta entidad, en vía administrativa y de manera exclusiva, conforme a la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y

¹⁰ Aun cuando ésta no ha sido una modificación propuesta en el proyecto bajo comentario.

¹¹ TÍTULO VIII

SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

“Artículo 41.- Controversias

Las controversias que surjan de la aplicación de la Ley, el presente Reglamento y las normas que dicte OSIPTEL entre empresas titulares de la infraestructura de uso público y los beneficiarios de la misma será resuelta conforme al Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas”.



Facultades del OSIPTEL y al Reglamento del OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas”.

4. CONCLUSIONES

- 4.1. La propuesta de Decreto Supremo que modifica diversos artículos del Reglamento de la Ley N° 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, aprobado mediante la Resolución Ministerial N° 529-2019-MTC/01.03., tiene como sustento el informe elaborado por el Banco Mundial, denominado “Escenarios y Modelos de Negocio para la RDNFO y Redes de Transporte Regionales”, el cual no se encuentra publicado ni ha sido remitido al OSIPTEL, debido a lo cual no se ha podido realizar una evaluación profunda.
- 4.2. Se formulan unos comentarios y sugerencias al Proyecto de la propuesta de Decreto Supremo, con relación a diversos aspectos que hemos podido evidenciar.
- 4.3. En consecuencia, se recomienda trasladar el presente informe al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, para los fines que corresponda.

Atentamente,

