

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

NORMA QUE ESTABLECE LA OFERTA REFERENCIAL DE COMPARTICIÓN (ORC) DE INFRAESTRUCTURA ELÉCTRICA UTILIZADA PARA EL DESPLIEGUE DE REDES DE TELECOMUNICACIONES

El despliegue de redes de telecomunicaciones tiene un rol central en la provisión de servicios de telecomunicaciones, permitiendo ampliar su cobertura y calidad, así como el desarrollo de mejoras tecnológicas y ampliaciones de capacidad. Además, ante la presencia de barreras económicas y legales para la instalación de nueva infraestructura de soporte, la compartición es una alternativa relevante para el despliegue de redes de telecomunicaciones que es recomendada por organismos e instituciones internacionales y que es promovida por el OSIPTEL a través del marco regulatorio de la compartición de infraestructura.

En el Perú el uso compartido de infraestructura para la prestación de servicios públicos se encuentra regulada en la Ley N° 28295, el Decreto Legislativo N° 1019 y la Ley N° 29904, en las cuales se declara que el acceso y uso compartido de infraestructura es de interés y necesidad pública.

Dichas normas establecen la obligación del uso compartido de infraestructura para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones. No obstante, el ámbito de aplicación de cada norma es distinto¹. Así, mientras que la Ley N° 28295, regula la compartición y uso de todo titular de infraestructura de uso público que se encuentre instalada en áreas de dominio público, áreas de acceso público y/o de dominio privado, en caso de presentarse restricción de construcción y/o instalación de dicha infraestructura de uso público, declarada por la autoridad administrativa competente, por razones de medio ambiente, salud pública seguridad y/u ordenamiento territorial; el Decreto Legislativo N° 1019 está referido a la compartición de infraestructura de los Proveedores Importantes de Servicios Públicos de Telecomunicaciones.

Por otro lado, la Ley N° 29904 se circunscribe al acceso y uso de la infraestructura asociada a la prestación de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, incluida la coubicación, así como el uso del derecho de vía de la Red Vial Nacional, con la finalidad de facilitar el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de Banda Ancha fija o móvil.

Tanto la Ley N° 28295 y la Ley N° 29904 han declarado de necesidad pública e interés nacional el acceso y uso de la infraestructura para el despliegue de redes de telecomunicaciones, cada una en su ámbito de aplicación.

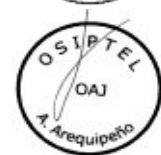
Asimismo, en dichas normas se prevé que el acceso a la infraestructura de uso público se puede realizar por dos modalidades: i) por acuerdo entre las partes, o; ii) por mandato expreso de OSIPTEL. Así, en caso las partes no arriben a un acuerdo en el periodo de negociación, pueden recurrir al OSIPTEL para la emisión de un mandato.

Es importante resaltar que, acorde con lo establecido en el artículo 8 de la Ley N° 28295², el OSIPTEL es el encargado de velar por el cumplimiento de dicha norma, para

¹ No se incluye en el presente el análisis al Decreto Legislativo N° 1019, en la medida que ya existe una oferta básica de compartición aplicable a Telefónica del Perú S.A.A., en su calidad de proveedor importante de servicios públicos de telecomunicaciones.

² Reglamento de la Ley 28295

"Artículo 21.- Período de negociación



lo cual está facultada a dictar disposiciones específicas necesarias.

Asimismo, la Ley N° 29904, en su artículo 32, dispone que el OSIPTEL es el encargado de velar por el cumplimiento de la obligación de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos de proveer el acceso y uso a su infraestructura a los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones para el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de Banda Ancha. Para tal efecto, prevé que el OSIPTEL pueda dictar las disposiciones específicas que sean necesarias³.

Ahora bien, desde la aprobación del marco legal aplicable a la compartición de infraestructura para el despliegue de redes de telecomunicaciones, las empresas concesionarias del servicio público de energía eléctrica y las empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones han venido celebrando contratos de compartición de infraestructura del servicio público de energía eléctrica lo cual permite la expansión de la cobertura de servicios en los últimos años.

Sin embargo, si bien la normativa señalada establece reglas de compartición específicas, aplicable en específico a la infraestructura eléctrica; donde se faculta al OSIPTEL para emitir disposiciones específicas, realizar la supervisión y el régimen sancionador; en el periodo comprendido entre los años 2016-2021 se han observado fallas en el proceso de negociación que finalmente terminan en solicitudes de emisión de mandato de compartición de infraestructura dirigidas al regulador.

Asimismo, se han presentado casos en los cuales las empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, habiendo suscrito contratos de compartición de infraestructura con los concesionarios del servicio público de energía eléctrica, solicitan la adecuación de sus tarifas a los valores inferiores que resultan de la aplicación de la metodología establecida en el marco de la Ley de Banda Ancha.

Así, en muchos casos, las negociaciones han fracasado en la suscripción de contratos o la renegociación de los mismos. Tales negociaciones involucran, además de la determinación de la contraprestación por el acceso y uso de la infraestructura compartida –principal motivo de desacuerdo-, la definición de un número significativo de aspectos que el contrato debe contemplar: i) aspectos administrativos como la definición de responsabilidad ante daños, definición de procesos de liquidación, establecimiento de seguros y garantías, mecanismos de solución de controversias, entre otros; y, ii) aspectos operativos propios de la implementación como la definición de la infraestructura a compartir, procesos para el despliegue de la red, aceptación de instalaciones, etc.

En lo que respecta a la contraprestación de las relaciones acceso y uso compartido bajo la Ley N° 29904, se evidencia que a pesar de existir disposiciones específicas sobre el precio máximo que deben pagar las empresas operadoras de servicios públicos de

El período de negociación para establecer los términos y condiciones de un contrato de compartición no podrá ser superior a treinta (30) días hábiles. El plazo para la negociación se computa desde la fecha de presentación de la solicitud establecida en el artículo 19.”

“Artículo 8.- Organismo Competente

El Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL, es el encargado de velar por el cumplimiento de la presente norma, para lo cual podrá dictar las disposiciones específicas que sean necesarias. Asimismo, OSIPTEL está facultado para imponer las sanciones correspondientes.”

³ **“Artículo 32. Supervisión**

El Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL es el encargado de velar por el cumplimiento de los artículos 13 y 15 de la presente norma, para lo cual podrá dictar las disposiciones específicas que sean necesarias. Asimismo, OSIPTEL está facultado para imponer las sanciones correspondientes a las infracciones referidas en el artículo 30.”



telecomunicaciones y que el OSIPTEL ha manifestado su posición al respecto, siguen habiendo discrepancias sobre su determinación.

En tales situaciones, los concesionarios de telecomunicaciones solicitan al OSIPTEL la emisión de mandatos de compartición de infraestructura eléctrica que permitan el acceso y uso de la infraestructura, demandando realizar el proceso regulatorio correspondiente, el mismo que debe establecer los términos y condiciones técnicas, económicas y legales necesarias que viabilicen la compartición de la infraestructura eléctrica.

Así, desde el 2018 la cantidad de mandatos es mayor a la cantidad de contratos; siendo que para el periodo 2016 a 2021, el 52% de las negociaciones no fueron exitosas, por lo que fue requerida la emisión de mandatos por el regulador. Esto muestra con claridad la falla existente en el proceso de negociación, ocasionando que más de la mitad de solicitudes de compartición de infraestructura eléctrica concretadas sean a través de mandatos que en el 88% son declaradas procedentes por el regulador.

Esto evidencia que, en su mayoría, el proceso de negociación falla al no suscribirse el contrato, dilatando el proceso de compartición de infraestructura y sus beneficios. En efecto, se aprecia que el tiempo de negociación promedio antes de solicitar un mandato ha sido de 6 meses. Asimismo, el tiempo promedio para la emisión de mandatos ha sido de poco más de 5 meses y 7 días calendario, el mismo que está relacionado con la naturaleza de los procesos normativos, complejidad técnica asociada (debe determinarse las condiciones técnicas, económicas y legales para la viabilidad de la relación de compartición) y la capacidad operativa del regulador.

Dicha situación que afecta directamente los objetivos de la compartición de infraestructura, más en el contexto como actual, donde la pandemia mundial debido al COVID-19, que ha afectado negativamente la economía y ha demandado la aplicación de diversas medidas por el Estado⁴, precisa de inmediatos cambios en la transformación digital, la adopción y uso de las tecnologías digitales para la provisión de los servicios con el fin de reducir el impacto del COVID-19 evidenciándose el incremento de tráfico del servicio de internet, así como del servicio de voz⁵; resaltándose el potencial de la infraestructura digital para mejorar la “resiliencia social y económica”⁶ frente a la pandemia.

Panorama opuesto al descrito lo podemos ver en el marco de las negociaciones para el acceso y uso de infraestructura del Proveedor Importante (Decreto Legislativo N° 1019), donde, para el periodo 2016-2021, se negociaron y aprobaron exitosamente 61 contratos y se emitieron sólo 2 mandatos, esto es, sólo el 3% de las negociaciones llevaron a mandato y, en ningún caso se reconsideraron o llegaron a instancias arbitrales o judiciales; situación que sirve de evidencia a favor de los beneficios de este tipo de implementaciones.

⁴ <https://www.gob.pe/coronavirus>
<https://www.gob.pe/institucion/pcm/colecciones/787-normativa-sobre-estado-de-emergencia-por-coronavirus>

⁵ <https://punku.osiptel.gob.pe/#>

⁶ ITU (Junio-2020). “Impacto económico del COVID-19 sobre la infraestructura digital”. https://www.itu.int/dms_pub/itu-d/opb/pref/D-PREF-EF.COV_ECO_IMPACT-2020-PDF-E.pdf

“La resiliencia socioeconómica se define como la capacidad de una sociedad para superar desafíos cruciales como guerras o pandemias y volver a la normalidad, proporcionando así un camino para el desarrollo futuro.”



Las causas de la problemática radican en la falta de transparencia respecto de los procedimientos requeridos, precios de compartición y su metodología, y mayor disponibilidad de información para los solicitantes. Asimismo, se requiere una mayor celeridad en los procesos de negociación y emisión de mandatos que permita una mayor rapidez en el despliegue de la infraestructura de telecomunicaciones compartida.

Dada la experiencia internacional y nacional, urge implementar mecanismos que permitan lograr un rápido y eficiente despliegue de infraestructura de telecomunicaciones, a través de la compartición de la infraestructura, con procesos claramente definidos, transparentes y no discriminatorios, garantizando el debido procedimiento y la seguridad jurídica de los administrados involucrados; para que de este modo se potencie el logro de los objetivos nacionales de incremento de cobertura de servicios de telecomunicaciones, calidad, competencia y la competitividad nacional en beneficio de la población; que a su vez retribuya adecuadamente el uso de la infraestructura empleada.

En este orden de ideas, siendo el rol del OSIPTEL el garantizar que la compartición de infraestructura de uso público se brinde de forma tal que satisfaga las exigencias del interés público, en ejercicio de su facultad atribuida por Ley, resulta relevante la aprobación de una ORC, como un modelo referencial de contrato de acceso y uso de infraestructura, que pueda ser considerado como fuente, por los concesionarios del servicio público de energía eléctrica y los operadores y concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones, para la suscripción de sus contratos en el marco de lo establecido en la Ley N° 28295 y la Ley N° 29904. Asimismo, dicha ORC contiene las cláusulas mínimas indispensables que deben sustentar una relación de compartición de infraestructura, tomando como referencia lo establecido en el artículo 30 del Reglamento de la Ley N° 28295.

Así, el establecimiento de la ORC implica publicar una referencia, que puede ser considerada como fuente facultativa por las partes. Asimismo, contiene los términos y condiciones que debe tener toda relación de acceso y uso compartido de infraestructura, en concordancia con la normativa sectorial. Por otro lado, cabe anotar que no se limita la libertad de las partes de acordar las cláusulas a incluir, siempre que se acojan al marco normativo vigente.

Por lo indicado, considerando que tanto la Ley N° 28295 como la Ley N° 29904, atribuyen al OSIPTEL competencias para emitir disposiciones con la finalidad de garantizar el acceso a la infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, es viable el establecimiento de una ORC.

Cabe señalar que, en caso que las partes no puedan llegar a un acuerdo de compartición, el OSIPTEL, respetando las etapas procedimentales, emitirá el mandato respectivo, considerando como documento marco las condiciones previstas en la ORC, en lo que corresponda.

Es importante precisar que, sin perjuicio de que las partes pueden incluir, entre otras, cláusulas destinadas a asegurar el retiro de los elementos desplegados una vez concluida la relación de compartición u otras cláusulas de naturaleza legal, técnica o económica, el OSIPTEL puede establecer condiciones adicionales a la ORC en el mandato específico, según el caso amerite.

En lo que respecta a la retribución por el uso compartido de la infraestructura debe tomarse en cuenta que esta comprende una contraprestación única y una contraprestación mensual cuyos valores unitarios (o contraprestación mensual unitaria)



retribuye la operación y mantenimiento de la infraestructura compartida, incluyendo un margen de utilidad razonable, siendo que estos valores, para la compartición de infraestructura en el marco de la Ley N° 28295 se acuerdan libremente en tanto que no se establezca una fórmula específica, sin perjuicio del cumplimiento de los principios de igualdad de acceso y no discriminación. Y, en el caso de la Ley N° 29904, debe respetar el precio máximo que se obtiene de la aplicación de la fórmula prevista en el Anexo del Reglamento de la Ley N° 29904 y sus modificatorias.

Por otra parte, el OSIPTEL publicará en su Portal Web Institucional los precios máximos a aplicarse con respecto a la contraprestación mensual unitaria.

Además, con el fin de desincentivar la negativa a la suscripción de contratos por desacuerdo con el valor de la contraprestación de aquellos elementos cuyo precio ha sido estimado a partir de la aplicación de normas específicas o haya sido establecido por el OSIPTEL, se ha propuesto considerar esta conducta como una negativa injustificada de compartición de infraestructura.

