

**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 POR DECRETO SUPREMO N° 014-2013-MTC**

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La Constitución Política del Perú tiene como fin principal la dignidad de la persona, enfocando su desarrollo normativo en ella; así, en su artículo 1 establece que *"la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado"*.

Ese enfoque se condice con el modelo de Economía Social de Mercado adoptado, que prevé disposiciones destinadas a garantizar el libre mercado pero orientadas a asegurar el desarrollo de las personas bajo condiciones de igualdad; para lo cual resulta necesaria la intervención del Estado, el que está obligado a adoptar decisiones que permitan la atención de las necesidades básicas de la población, para su desenvolvimiento en igualdad de oportunidades dentro de la sociedad.

Al respecto, Baldo Kresalja y César Ochoa, citando a Fernández Sessarego (1962), señalan que si bien el Estado no estaría en condiciones de asegurar el bienestar de cada persona en todas las circunstancias, el Estado sí está obligado a promover y crear condiciones mínimas que permitan su consecución, así como asumir el deber de remover los obstáculos que impiden su realización (Kresalja & Ochoa, 2009, pág. 39).

En esa misma línea, el Tribunal Constitucional en el Fundamento 16 de la Sentencia del Pleno Jurisdiccional emitida en el Expediente N° 0048-2004-PI/TC, ha manifestado que el término "social" tiene tres dimensiones (Sentencia del Pleno Jurisdiccional, 2005):

- i) como mecanismo para establecer legítimamente restricciones en la actividad de los privados;
- ii) como cláusula que permite optimizar el principio de solidaridad, para corregir fallas del mercado y que conllevaría a un conjunto de mecanismos que permitan al Estado cumplir con las políticas sociales que procuren el bienestar de todos los ciudadanos; y,
- iii) como una fórmula de promoción del uso sostenible de los recursos naturales para garantizar un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida.

Por otro lado, si bien la Economía social de mercado está orientada a que los actores del mercado se desenvuelvan libremente, garantizándoles una serie de derechos, el Estado no puede renunciar a su condición de garante del interés general, para lo cual la Constitución Política del Perú legitima su participación en el mercado de distintas maneras, a través de la regulación, impuestos, protección, incentivos, subsidios, entre otros (Gutiérrez Camacho, 2013, pág. 25).

Además, según los Principios Generales del Régimen Económico de nuestra Constitución Política, el Estado participa en la economía social de mercado respetando la libre iniciativa privada, promoviendo y velando por la libre competencia, actuando en sectores prioritarios para el desarrollo del país, entre los que se encuentran la prestación de servicios públicos y la provisión de infraestructura; así como mediante la realización de actividad empresarial de manera subsidiaria.

En ese sentido, si bien el mercado no debería desarrollarse de manera desvinculada al cumplimiento de objetivos sociales que busquen el desarrollo y bienestar de las personas; existen sectores o zonas que no resultan atractivas para los inversionistas



privados, toda vez que no cuentan con condiciones que garanticen el retorno de sus inversiones y, aun cuando se produjese dicha participación, el acceso a los bienes o servicios no sería efectivo por la población, debido a los altos precios que éstos implicarían.

Siguiendo la línea de lo expuesto, si bien el sector privado también puede participar en la prestación de servicios públicos y la provisión de infraestructura; ante la ausencia de la actuación de esos actores, es imperiosa la intervención del Estado, la cual no puede ser entendida como una facultad, sino como un deber y bajo su condición de garante del interés general (Gutiérrez Camacho, 2013, pág. 31 y 33), que le permita atender las necesidades de las personas, principalmente de aquellas que presentan desigualdades y, que requieren –entre otros– de esos servicios para su desarrollo integral.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional señala que en la prestación de los servicios públicos, que es una actividad de titularidad del Estado, la faceta social del Estado se sustenta en la estrecha vinculación que existen entre necesidades básicas, derechos sociales fundamentales y el principio de dignidad; por lo que dicha actividad estatal está dirigida a satisfacer necesidades básicas de la población, mediante su prestación generalizada, tanto cuando el Estado lo realiza de manera directa como cuando autoriza la prestación al sector privado (Sentencia del Pleno Jurisdiccional, 2014).

Sobre la base de lo expuesto y ante la necesidad de lograr la conectividad de Banda Ancha en todo el territorio nacional, en el año 2010, mediante Resolución Suprema N° 063-2010-PCM, se creó la Comisión Multisectorial Temporal encargada de elaborar el “Plan Nacional para el Desarrollo de la Banda Ancha en el Perú” y, a través del Decreto Supremo N° 034-2010-MTC, se estableció como Política Nacional la implementación de una red dorsal de fibra óptica para facilitar a la población el acceso a internet de banda ancha y la promoción de la competencia en la prestación de este servicio.

En el año 2011, la referida Comisión Multisectorial Temporal presentó un Plan Nacional para el Desarrollo de la Banda Ancha en el Perú (en adelante, Plan de Banda Ancha), con la finalidad de impulsar la construcción de una red dorsal de fibra óptica a nivel nacional.

Asimismo, en el año 2012, se aprobó la Ley N° 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (en adelante, Ley de Banda Ancha), con el propósito de impulsar el desarrollo, utilización y masificación de la Banda Ancha en todo el territorio nacional, tanto en la oferta como en la demanda por este servicio, promoviendo el despliegue de infraestructura, servicios, contenidos, aplicaciones y habilidades digitales como medio que favorece y facilita la inclusión social, el desarrollo socioeconómico, la competitividad, la seguridad del país y la transformación organizacional hacia una sociedad de la información y el conocimiento.

La Banda Ancha que utiliza como medio de transporte la fibra óptica es la conectividad de transmisión de datos, principalmente a Internet, en forma permanente y de alta velocidad, que permite a los usuarios la obtención y emisión interactiva de información multimedia, así como el acceso y utilización de diversos servicios y aplicaciones de voz, datos y contenidos audiovisuales. Y corresponde al Ministerio de Transportes y Comunicaciones – MTC, determinar la velocidad mínima para que una conexión sea considerada como acceso a Internet de Banda Ancha, conforme fue realizado a través de la Resolución Ministerial N° 482-2018-MTC/01.03

A fin de hacer posible la conectividad de Banda Ancha y su masificación en todo el territorio nacional en condiciones de competencia, el literal i) del artículo 3 de la Ley de Banda Ancha declara de necesidad pública e interés nacional a la construcción de una



Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (RDNFO) que integre a todas las capitales de las provincias del país y el despliegue de redes de alta capacidad que integren a todos los distritos. Asimismo, el numeral 7.4 del artículo 7 de la citada Ley faculta al Fondo de Inversión en Telecomunicaciones - FITEL (hoy Programa Nacional de Telecomunicaciones - Pronatel) a elaborar y financiar proyectos para el despliegue de redes de alta capacidad que integren y brinden conectividad de banda ancha a nivel distrital.

Los objetivos principales del Régimen de Banda Ancha son el desarrollo, utilización y masificación de la Banda Ancha en todo el territorio nacional, que permita sobre todo la conectividad a Internet en zonas rurales y lugares de preferente interés social, siendo necesario para ello –basados en el artículo 58 de la Constitución Política del Perú– que el Estado adoptase las acciones destinadas a la provisión de infraestructura y servicios públicos en esas áreas. Esto contribuiría al cierre de la brecha digital y al desarrollo de habilidades digitales en la población beneficiada, con el consecuente impacto positivo en los ámbitos económico (crecimiento económico y empleo) y social (mejoras en la prestación de servicios de educación, salud y participación de la población).

En dicho marco, mediante Decreto Supremo N° 014-2013-MTC, se aprobó el Reglamento de la Ley N° 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (en adelante, Reglamento de la Ley de Banda Ancha), cuyo artículo 3 define a las “redes regionales” como las redes de transporte de alta capacidad a que se refiere el numeral 7.4 del artículo 7 de la Ley de Promoción de la Banda Ancha, e indica que esas redes forman parte integrante de la RDNFO.

Al ser las redes regionales parte integrante de la RDNFO, están sujetas a las condiciones que definen la Ley de Banda Ancha y su Reglamento para la red dorsal, entre ellas, que sean concesionadas a un operador neutro, el que solo puede brindar servicio portador a otros operadores de telecomunicaciones y no puede tener usuarios finales.

Bajo este marco legal, se definieron las condiciones técnicas, económicas y legales del diseño, construcción, concesión, operación y financiamiento de la RDNFO, que permitieron que en el año 2014, se suscribiera el Contrato de Concesión del Proyecto “Red Dorsal Nacional de Fibra óptica: Cobertura Universal Norte, Cobertura Universal Sur y Cobertura Universal Centro”, la cual entró en operación en su totalidad en el año 2016.

Asimismo, el Pronatel (antes Secretaría Técnica del Fondo de Inversión en Telecomunicaciones – FITEL) conformó una cartera de 21 proyectos de alcance regional, denominados “Instalación de Banda Ancha para la Conectividad Integral y Desarrollo Social”, 15 de los cuales se encuentran en fase de implementación y 6 de ellos fueron adjudicados en diciembre de 2018. Dichos proyectos tienen como objeto incrementar el acceso a los servicios de telecomunicaciones en los distritos y localidades de las regiones beneficiarias, es decir, están diseñados para permitir que 1530 capitales distritales estén conectadas mediante el despliegue de más de 30 mil kilómetros de fibra óptica, lo que a su vez, implicará que 21 regiones del país cuenten con redes de alta capacidad y velocidad, conectando a Internet a aproximadamente 12000 instituciones públicas y beneficiando a 3.9 millones de habitantes, a lo que se suma la posibilidad de despliegue de herramientas y aplicaciones tecnológicas, como programas en telesalud, teleducación, entre otros.

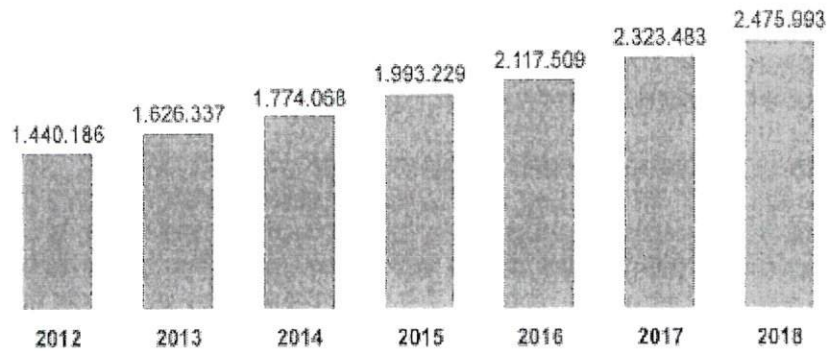
No obstante lo indicado, según el Informe de Diagnóstico del Estado Actual del Mercado de Banda Ancha y Posicionamiento de la RDNFO en el Mercado, elaborado por el Banco Mundial en el 2018 (en adelante, Informe de Diagnóstico), señala que si bien los



objetivos y el enfoque del gobierno entre los años 2011 y 2012, se consideraron globalmente como una práctica novedosa e internacional, los resultados al día de hoy no han cumplido las expectativas del Gobierno, ello no solo porque la RDNFO continúa siendo costosa y se encuentra infrautilizada, sino también porque las redes regionales no se han implementado con la rapidez y eficacia previstas en sus inicios.

El Informe de Diagnóstico señala que, según datos del INEI, solo el 46% de peruanos tiene acceso a Internet, lo que significa que si bien la tenencia de Internet en los hogares peruanos ha crecido de manera constante en los últimos 5 años, al segundo semestre de 2018 la penetración del servicio solo alcanzó un 27,9%, que representa 2'475,993 de conexiones para acceso a Internet fijo.

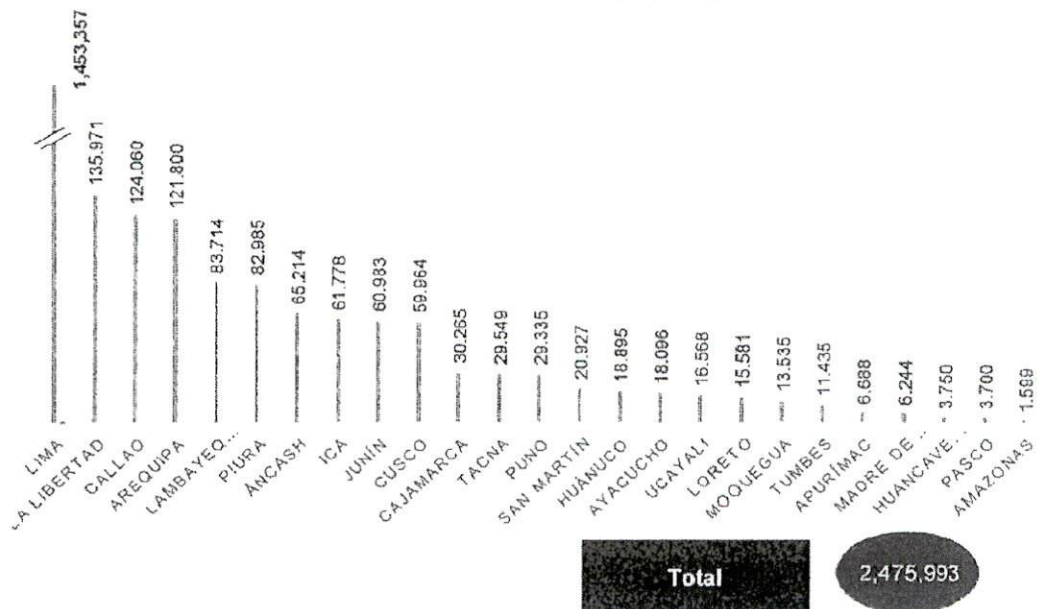
Gráfico N° 1: Evolución de usuarios de internet fijo, periodo 2012 -2018



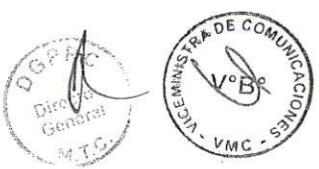
Fuente: OSIPTEL

Asimismo, refiere que la penetración de Internet es casi inexistente en las zonas rurales (1%), mientras que en las zonas urbanas es del 30,2%, ello, según los datos del INEI al 2015. Y a nivel nacional, Lima representa la ciudad con mayor penetración de acceso a internet, llegando al 42,4% de los hogares, mientras que el valor en el resto del país es de 14.3%.

Gráfico N° 2: Conexiones a Internet fijo por provincia al 2018



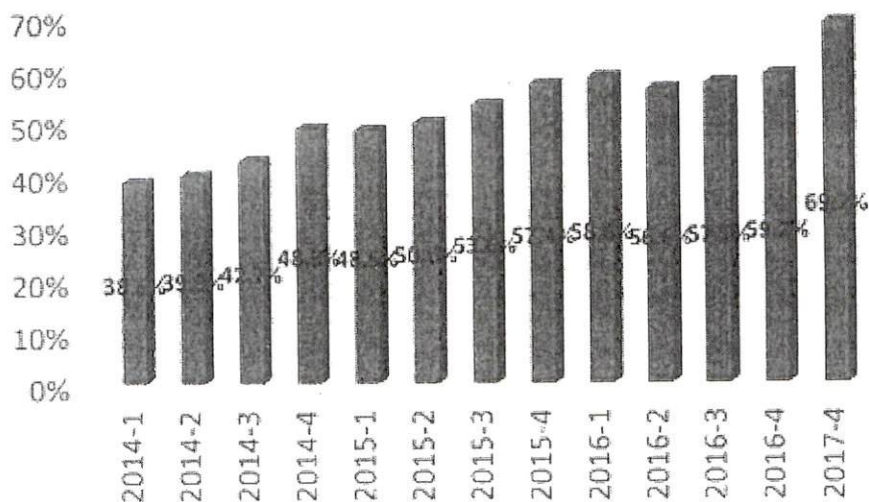
Fuente: OSIPTEL



El mismo Informe indica que, actualmente, existen tres operadores verticalmente integrados que cuentan con fibra con cobertura nacional. Así, Telefónica del Perú S.A.A y América Móvil Perú S.A.C. pueden brindar todos los servicios, mientras que Viettel Perú S.A.C. no brinda servicios fijos. Además que la participación del mercado de acceso a Internet Fijo es liderada por Telefónica del Perú S.A.A. con 1.845.344 conexiones, equivalente al 74% del mercado; seguido por América Móvil Perú S.A.C. con 460.263 conexiones, que representa un 19%.

De otro lado, el acceso a internet móvil presentó un crecimiento del 85% desde el primer trimestre de 2014, cuando se reportaron un total de 11. 4 millones de líneas móviles que accedieron a Internet¹.

Gráfico N° 3: Penetración del acceso móvil a internet, diciembre 2017



Fuente: OSIPTEL-indicadores de acceso móvil a internet

El Informe de Diagnóstico señala que el déficit de infraestructura que presentaba nuestro país al año 2011 indicaba la existencia de un cuello de botella a las iniciativas de expansión de Banda Ancha en el país, así como una oportunidad latente para brindar soluciones de transporte al tráfico que surgiría como consecuencia de la proliferación de nuevos servicios a los usuarios finales. Sin embargo, aun cuando se contaba con la evidencia del crecimiento del tráfico por parte de la demanda, el comportamiento de la oferta para la provisión de servicios portadores experimentó un crecimiento extraordinario. Este crecimiento se manifiesta con el tendido de fibra óptica, pasándose de aproximadamente 10 mil kilómetros en el 2011-2012 a casi 45 mil kilómetros en el 2018, y la incorporación de nuevos operadores de oferta de servicios portador.

Asimismo, el Informe de Diagnóstico indica que si bien algunas de las barreras para la RDNFO son coyunturales y gestionables, existen otras que revisten más un carácter estructural como son la proliferación de redes de fibra óptica, competidores integrados verticalmente, productos estratégicos, y otros. Además, señala que el servicio que falta desarrollar en el interior del país es el de la Banda Ancha fija, ello debido a que en muchas ciudades intermedias falta la infraestructura de fibra óptica local, de allí que algunas empresas ven esta carencia como una oportunidad.

¹ En el informe ejecutivo sobre el estado de internet en materia de conectividad de 2017 realizado por Akamai (Plataforma de distribución en la nube) se estima que 69 de cada 100 habitantes accedieron al servicio de Internet Móvil.



El Banco Mundial en el Informe *denominado Escenarios y Modelos de Negocio para la RDNFO y Redes de Transporte Regionales* (2019), agrega lo siguiente:

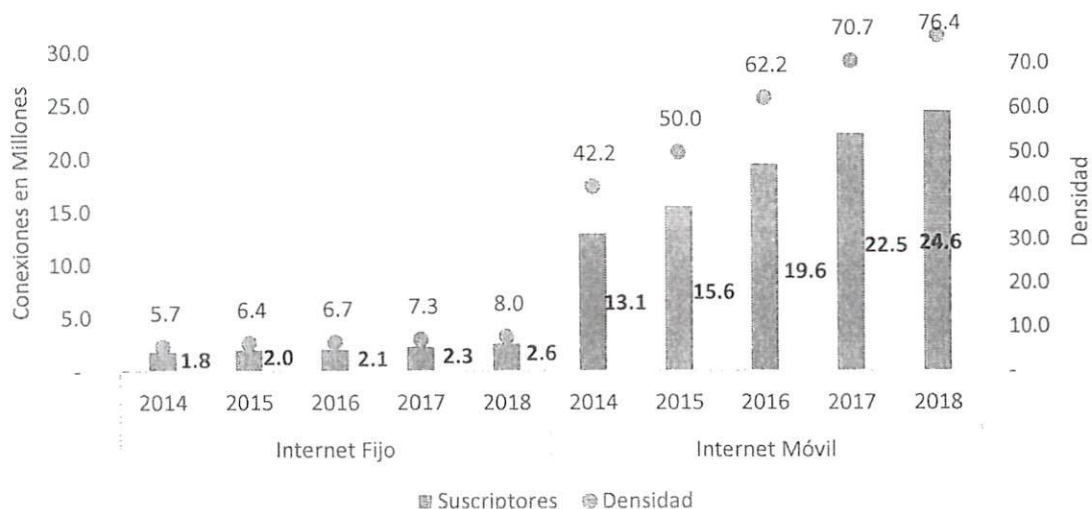
- Las redes regionales proveen el servicio de transporte desde las capitales de provincia hacia las capitales de distrito, las que son ciudades más pequeñas, en las cuales, por lo general, los operadores integrados no han desplegado redes.
- *Dado que todos los operadores importantes en el Perú han instalado tecnología DWDM en sus redes, tienen una enorme capacidad sobrante y pueden bajar mucho sus tarifas para conseguir un cliente; de allí que para una ciudad que ya es atendida por un operador, no es posible quitarle su propio tráfico, así la oferta sea extremadamente atractiva; no sólo porque sobra la capacidad y los costos O&M no varían con el tráfico, sino también porque el transporte es considerado un insumo estratégico, pues el operador es más vulnerable cuando depende de un tercero, más aún si se trata de su competidor por los servicios finales.*
- El valor de las redes de transporte no sólo proviene de sus cables de fibra óptica sino también por la infraestructura sobre la cual se ha montado, los predios que se han adquirido y los permisos y licencias que se han obtenido, el equipamiento y el software de red, de seguridad y de gestión instalados y la arquitectura de red y configuración desplegadas. En adición a ello, su valor se incrementa por el mercado potencial que puede atender; así el valor de un ramal de fibra hacia una ciudad objetivo es mayor si allí no existe otra red similar, toda vez que ello tiene incidencia en la determinación de los precios en función del tráfico; pero también tiene un valor estratégico, toda vez que por su disponibilidad puede ser utilizada como una barrera para restringir la competencia en el mercado de servicios finales.

Desde el año 2011 a la fecha, la industria de telecomunicaciones ha sufrido importantes cambios, cuyo impacto en la economía y la sociedad requieren un abordaje nuevo en términos de marcos e instrumentos analíticos (Katz, 2015, pág. 5). Estas transformaciones tienen un impacto positivo en los ámbitos económico y social, donde sobresalen los efectos en la productividad; el crecimiento económico y el empleo, por el lado económico; mientras que, en el aspecto social, destacan los impactos en la educación, la salud, el acceso a la información, los servicios públicos, la transparencia y la participación (CEPAL, 2013, pág. 10).

Es importante y necesario mejorar la conectividad en banda ancha en las instituciones públicas y en los hogares peruanos, ya que es un requisito esencial para el desarrollo económico y social. Sin embargo, nuestro país aún presenta rezagos en la adopción del servicio de internet, sobre todo del servicio de internet fijo; así al 2018, se contaban con 8 conexiones de internet fijo por cada 100 habitantes; y respecto al servicio de internet móvil, se contaba con 76 conexiones por cada 100 personas.



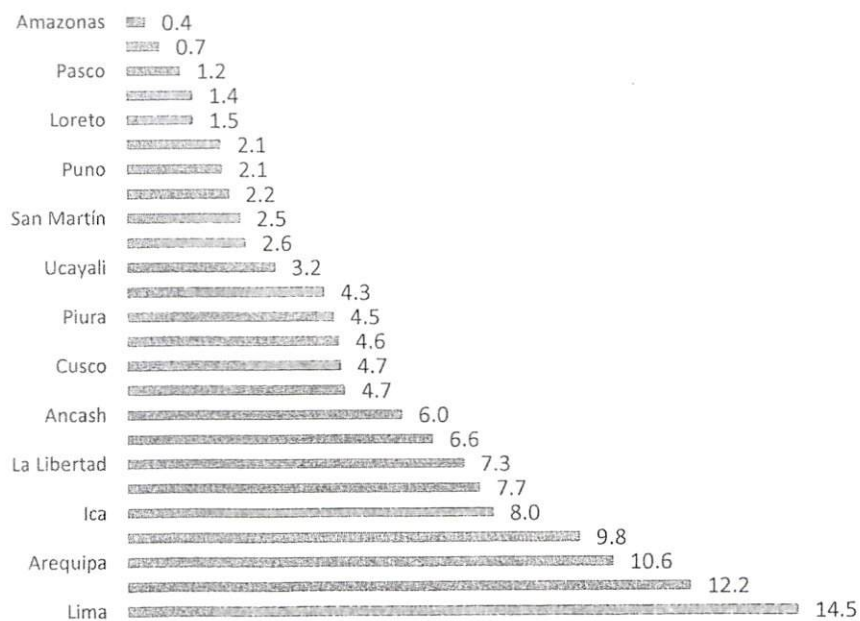
Gráfico N° 4: Perú - Número de conexiones y densidad de internet fijo y móvil, 2014-2018



Fuente: Reporte de las empresas operadoras al MTC
Elaboración: DGPRC-MTC

El rezago en la adopción es mayor si se analiza por regiones, la mayoría de las regiones tienen una penetración del servicio de internet fijo por debajo del nivel nacional, por ejemplo, las regiones de Amazonas, Huancavelica, Pasco, Apurímac y Loreto tienen menos de dos conexiones al servicio de internet fijo por cada 100 personas.

Gráfico N° 5: Nivel de densidad del Servicio de Internet Fijo por Región, 2018

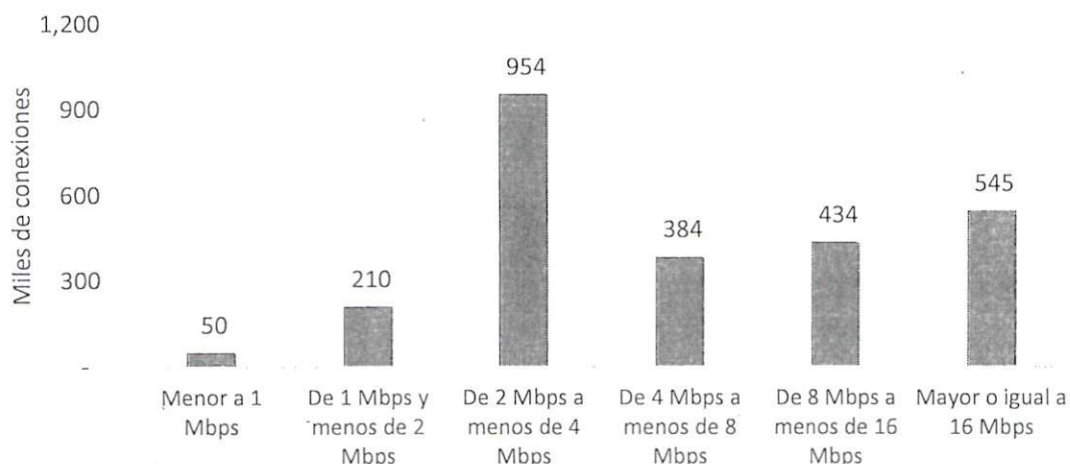


Fuente: Reporte de las empresas operadoras al MTC
Elaboración: DGPRC-MTC

Respecto a las velocidades contratadas de internet fijo, la mayoría de las conexiones tienen velocidades menores a 8 Mbps (aproximadamente 3.2 Mbps de velocidad efectiva), por lo que no son consideradas conexiones de banda ancha ya que no cumplen con la velocidad efectiva mínima requerida.



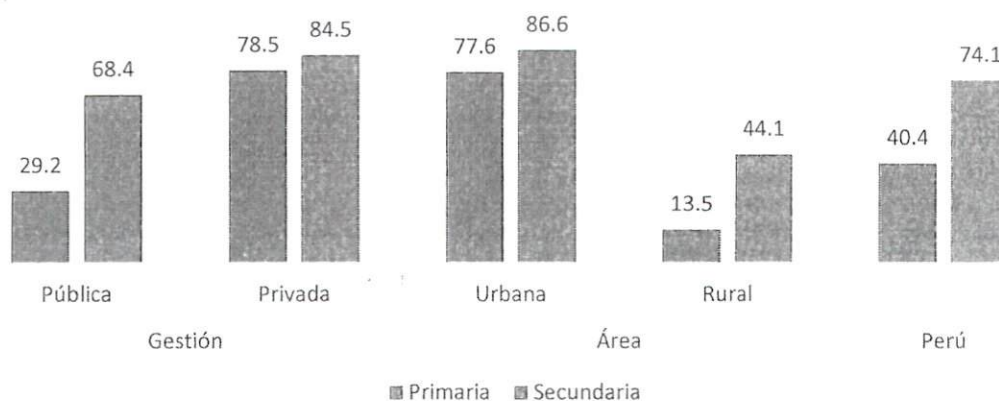
Gráfico N° 6: Conexiones de acceso a internet fijo según velocidad de transmisión, 2018



Fuente: Reporte de las empresas operadoras al MTC
Elaboración: DGPRC-MTC

Además, aún existen entidades de la administración pública que no cuentan con acceso a internet. Por ejemplo, en las escuelas del nivel secundario, solo el 74.1% cuenta con acceso internet; mientras que, en el nivel primario solo cuentan con acceso a internet el 40.4%. Cabe resaltar que estas cifras son menores en los colegios ubicados en las zonas rurales y los de gestión pública.

Gráfico N° 7: Porcentaje de escuelas que cuentan con acceso a Internet (% del total), 2018



Fuente: Censo Educativo del Ministerio de Educación - Unidad de Estadística
Elaboración: DGPRC-MTC

Por otro lado, en cuanto a los 21 proyectos regionales adjudicados por el Estado, debe tenerse en cuenta que contemplan un esquema que involucra la construcción de las redes regionales y la implementación y operación de redes de acceso; no obstante, en todos los proyectos adjudicados las redes regionales construidas serán entregadas al Estado y no serán operadas por los adjudicatarios de dichos proyectos, sino deberán ser concesionadas a otros operadores de telecomunicaciones, a fin de que se encarguen de la operación y mantenimiento, debiendo éste ser un operador neutro, al considerar las redes regionales parte de la RDNFO.

Del mismo modo, cabe mencionar que los Contratos de financiamiento correspondientes a las regiones Tumbes, Piura y Cajamarca fueron resueltos, en cuyos



casos, corresponde al Estado adoptar las medidas para asegurar la continuidad de dichos proyectos y la prestación de servicios de telecomunicaciones en favor de la población e instituciones beneficiarias.

A partir de lo señalado, se puede resumir la problemática detectada de la siguiente manera:

- A diferencia de los años 2011 y 2012, existen tramos de la RDNFO donde existe oferta de operadores integrados y que cuentan con sus redes dorsales propias, paralelas a la RDNFO. Dichos operadores proveen servicios integrados al usuario final. Las redes de las empresas Telefónica, América Móvil, Viettel e Internexa presentan yuxtaposición en 180 capitales de provincia con la RDNFO y el resto de operadores cuentan con pequeños tramos de fibra óptica y, por lo general, alquilan fibra oscura a los grandes operadores. (MUNDIAL, 2019)
- El incremento de la oferta para la provisión de servicios portadores, que se manifiesta con el tendido de fibra óptica y la incorporación de nuevos operadores de oferta del servicio portador a lo largo de los años, ha incidido en la reducción significativa del precio mayorista, el cual era la gran barrera para la masificación del servicio por su impacto en la asequibilidad. (MUNDIAL, 2019)
- En las capitales de distrito, por lo general, los operadores integrados no han desplegado redes para atender esas ciudades. No obstante, existen algunas ciudades en las que hay yuxtaposición entre las redes de transporte regional y las redes de operadores integrados. (MUNDIAL, 2019)
- Los principales operadores han definido, en el corto plazo, sus planes y prioridades de inversión que apuntan a satisfacer una demanda de banda ancha fija con FTTx o HFC y, por banda ancha móvil con 4G, en las ciudades grandes del interior del país que todavía no cuentan con esos servicios. (MUNDIAL, 2019)
- La red de transporte de los proyectos regionales, en muchos casos, sería el único camino para llegar a un nodo de la RDNFO y, en otros, el único camino para conectarse directamente con la red de un operador integrado; no obstante, los pueblos que se encuentran en los ramales no tienen un tráfico suficiente o los pobladores la disponibilidad de pago para asumir la inversión. (MUNDIAL, 2019)
- Aún se mantiene el rezago en la adopción de los servicios de Internet, sobre todo en zonas que son poco atractivas para el inversionista privado, como son las regiones del país, existiendo regiones que tienen menos de dos conexiones al servicio de Internet fijo por cada 100 habitantes. A ello, se suman las bajas velocidades de las conexiones que se ofrecen y la existencia de entidades públicas que no cuentan con acceso a ese servicio.
- La RDNFO se enfrenta a competencia efectiva de redes privadas en ciertas zonas y con un marco tarifario rígido que no le permite ofrecer servicios en las condiciones que exige el mercado actual; además, esta red tiene alto porcentaje de capacidad sin utilizar, lo cual no es eficiente pese al cofinanciamiento que recibe por parte del Estado.
- El esquema de operación de la única red de transporte de titularidad del Estado (RDNFO) en funcionamiento presenta deficiencias que podrían verse replicadas en las redes regionales, las que deben evitarse, teniendo en consideración el alcance de los proyectos regionales, su alta capacidad técnica y la necesidad de asegurar su operación debido a la dependencia que puede existir con las redes de acceso. De no hacerlo, se pondría en riesgo la conectividad de la población y, consecuentemente, que no se vea favorecida de los beneficios económicos y sociales que implica la adopción de la Banda Ancha



Bajo este contexto, se puede evidenciar que existe problemática relacionada a la RDNFO y las redes regionales que requiere ser atendida por el Estado, constituyendo

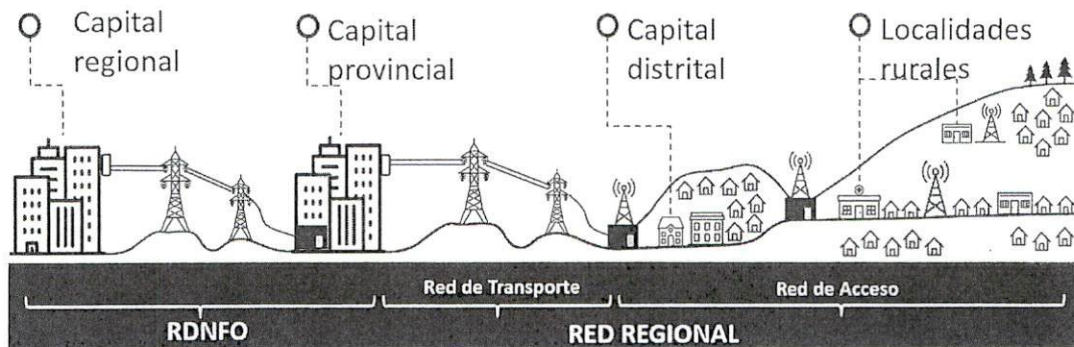


la modificación del Reglamento de la Ley de Banda Ancha el punto de partida que habilite las demás acciones que permitan aprovechar eficientemente las inversiones ya realizadas, así como las comprometidas y, lograr el objetivo de masificación y desarrollo de la Banda Ancha a nivel nacional, sin que esos cambios afecten la seguridad jurídica de los contratos ya firmados. Los cambios a la norma se desarrollan a continuación:

Modificación del artículo 3 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha

El modelo conceptual actual de la red de fibra óptica es el que se muestra a continuación:

Figura N° 1: Modelo conceptual de la red de fibra óptica

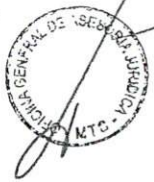


Elaboración: MTC

Al respecto, se debe tener en cuenta que la Ley de Banda Ancha no define a las “Redes Regionales”, sino que hace referencia a ellas en los artículos 3 y 7 como redes de alta capacidad que integren y brinden conectividad de Banda Ancha a nivel distrital. No obstante, el Reglamento de la Ley de Banda Ancha, sí incorpora la definición de esas redes como “redes de transporte de alta capacidad a las que se refiere el numeral 7.4 del artículo 7 de la Ley, que integrarán las capitales de distrito a los puntos de presencia provinciales de la RDNFO, organizándose al interior de una o más regiones”. Además, precisa que esas redes forman parte integrante de la RDNFO. Adicionalmente, el artículo 14 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha establece que los puntos de presencia de la RDNFO se extenderán gradualmente hasta cubrir capitales de distrito mediante las redes regionales.

Asimismo, el artículo 11, así como los numerales 22.1 y 22.2 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha indican que el MTC, en representación del Estado puede entregar en concesión la construcción, operación, mantenimiento y explotación de la RDNFO a uno o más concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones, manteniendo la titularidad sobre la misma en caso de otorgar la referida concesión. Además, que dicha concesión será entregada, a través de PROINVERSIÓN, bajo las modalidades y condiciones que se definan en el proceso de promoción de la inversión privada respectivo; correspondiendo al Viceministerio de Comunicaciones definir las condiciones técnicas, económicas y legales que resulten necesarias para determinar el alcance y condiciones aplicables a la referida concesión.

Se puede advertir que la Ley de Banda Ancha no precisa que las redes regionales formen parte integrante de la RDNFO, sino que ello fue introducido en el Reglamento; sin embargo, con dicha precisión se entiende que las exigencias y condiciones de operación de las redes regionales serían las mismas aplicables a la RDNFO, como (i) lo relacionado a la calidad de operador neutro del concesionario que se encargue de operar y mantener las redes, (ii) la limitación del servicio que se puede prestar en las



redes de transporte, esto es el servicio portador y, (iii) la limitación de los clientes que puede tener, es decir, únicamente operadores de telecomunicaciones mas no usuarios finales.

Sin embargo y, conforme se señaló anteriormente, las diversas restricciones y obligaciones legales, reglamentarias y contractuales para los operadores de las redes de transporte, así como los cambios en el mercado de telecomunicaciones, han conllevado a que no se logren los objetivos de masificación de la RDNFO y la disminución de la brecha de acceso a Internet de Banda Ancha.

En consideración a lo expuesto, el Decreto Supremo plantea un nuevo esquema para las redes regionales, respecto de las cuales –una vez que finalice su construcción y retornen al Estado– se deberán adoptar las acciones necesarias para garantizar su operación y la prestación efectiva de los servicios para los cuales fueron diseñados.

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 éstos 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, además ya no prestaría servicios únicamente a operadores de telecomunicaciones, sino que podría llegar a usuarios finales, lo que 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. Ello, con el esquema actual no se produciría y las redes terminarían siendo subutilizadas, además, de ponerse en riesgo la operación de las redes y la conectividad de la población.

Toda vez que los proyectos regionales están compuestos por las redes regionales y redes de acceso es necesario también incorporar una definición de redes de acceso, las cuales vienen siendo formuladas dentro de dichos proyectos con el fin de masificar la Banda Ancha y que ésta no solo llegue a las capitales de distrito sino también a las localidades rurales.

Por otro lado, se incorpora la definición de los términos “DGPPC” (Dirección General de Programas y Proyectos de Comunicaciones del Viceministerio de Comunicaciones), “DGRPC” (Dirección General de Políticas y Regulación en Comunicaciones) y “Pronatel”, debido a los cambios propuestos en los artículos 14 y 22 y la incorporación del artículo 23-A, referidos a la definición de los órganos competentes para evaluar y aprobar la prestación de servicios de tránsito IP internacional por parte del operador dorsal; y, para determinar las condiciones técnicas, económicas y legales de la concesión de la RDNFO y de los proyectos correspondientes a las redes regionales y de acceso, en línea con lo dispuesto por el Texto Integrado del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, aprobado por Resolución Ministerial N° 145-2019-MTC/01, y el Decreto Supremo N° 018-2018-MTC, Decreto Supremo que dispone la fusión del Fondo de Inversión en Telecomunicaciones en el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y la creación del Programa Nacional de Telecomunicaciones.



Modificación del artículo 14 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha

El artículo 14 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha determina que el operador de la RDNFO no puede brindar los servicios de tránsito IP internacional ni de conectividad internacional. No obstante, la RDNFO está diseñada para interconectarse con enlaces internacionales, como son los cables submarinos, así como con las redes de telecomunicaciones de empresas que operan en países fronterizos.

Es decir, los operadores de telecomunicaciones de países fronterizos podrían contratar la capacidad de transporte de la RDNFO desde los Puntos de Conexión Internacional hasta alguno de los nodos de la RDNFO, a conveniencia del operador contratante. El operador de la RDNFO únicamente estaría facultado a comercializar la capacidad de transporte dentro de la misma red, esto es, entre los elementos de red de la RDNFO ubicados dentro del ámbito nacional.

Ante lo indicado, si se tiene en consideración que las limitaciones establecidas por la Ley de Banda Ancha están referidas a que el operador de la RDNFO puede brindar solamente el servicio portador y que no puede tener usuarios finales ni brindar servicios finales, sería posible habilitar a dicho operador para que brinde los servicios de conectividad internacional y tránsito IP Internacional, a fin de que pueda atender posibles demandas de transporte de datos por parte de operadores de telecomunicaciones y/o proveedores de acceso de Internet de países fronterizos.

No obstante, en el caso de la conectividad internacional, la prestación de ese servicio debería darse bajo las siguientes condiciones:

- El servicio de conectividad internacional de la RDNFO solo podrá ser ofrecido a través de los Puntos de Interconexión Internacional.
- La oferta del servicio de conectividad internacional es únicamente para operadores de telecomunicaciones de países fronterizos habilitados para el establecimiento de enlaces internacionales.
- El servicio de conectividad internacional no faculta al operador de la RDNFO a comercializar servicios finales o servicios de valor añadido a través de dicha conectividad internacional.
- El servicio de conectividad internacional se rige por los principios aplicables a los servicios de telecomunicaciones (no discriminación, servicio con equidad, neutralidad de red).
- El servicio de conectividad internacional no faculta al operador de la RDNFO a desplegar infraestructura en países fronterizos.
- El servicio de conectividad internacional estará sujeto a la celebración de un Acuerdo de Interconexión de Redes entre el operador de la RDNFO y el operador de telecomunicaciones del país fronterizo. Dicho acuerdo debe ser autorizado por el Ministerio y el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - Osiptel, en virtud de lo dispuesto por el artículo 40 del Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones (en adelante, Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones).
- La infraestructura desplegada por el operador de la RDNFO para la implementación del Acuerdo de Interconexión de Redes es de titularidad del Estado Peruano.

En lo referido a la posibilidad de que la RDNFO brinde servicios de tránsito IP internacional, debe precisarse que éste únicamente podría prestarse bajo la modalidad de servicio portador, sin llegar a brindar servicios finales ni de valor añadido, en los que tenga como clientes a usuarios finales.



Aun cuando la red dorsal tiene como objetivo principal el transporte de datos en el territorio peruano y, como finalidad, la reducción de las brechas de infraestructura y de acceso en, principalmente, zonas rurales del país; es posible que se puedan dar escenarios de demanda de servicios que incluyan, además de transporte en el territorio, conexión a nodos de red internacional.

De este modo, si el Operador Dorsal agregara el tráfico de sus clientes, entre los que pueden estar proveedores del servicio de internet fijo residencial o las redes regionales y redes de acceso, podría resultar beneficioso ya que reduciría los costos y, por tanto, mejoraría los precios de sus clientes, debido a los descuentos por volumen que existirían; así como permitiría la expansión de la cobertura de los servicios de banda ancha con mejores tarifas.

No obstante, es necesario evitar que se produzcan circunstancias que contravengan la Ley de Banda Ancha, por lo que el Decreto Supremo establece que el operador de la RDNFO en principio no podrá brindar los servicios de tránsito IP internacional y, excepcionalmente, podría prestarlos con la aprobación previa y expresa del MTC, a través de la DGPPC (con la opinión de la DGPRC), sobre la base de una evaluación técnica y económica. Esta evaluación deberá implicar el análisis de las situaciones de demanda, el esquema de interconexión (su factibilidad y conveniencia) y además, se deberá garantizar que se mantengan las condiciones de competencia y otros principios aplicables a los servicios de telecomunicaciones (entre ellos, el de no discriminación, servicio con equidad y neutralidad de red).

Modificación de los artículos 22 y 23 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha

El artículo 22 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha establece las disposiciones aplicables a la concesión de la RDNFO, la modalidad de promoción de inversión privada, la titularidad de la red que corresponde al Estado; así como las medidas regulatorias a que se sujetarían el operador dorsal y sus empresas vinculadas.

En lo referido a este artículo, con este Decreto Supremo se precisa que corresponde a la DGPPC definir las condiciones técnicas, económicas y legales que resulten necesarias para determinar el alcance y condiciones de la concesión de la RDNFO, como órgano técnico del Viceministerio de Comunicaciones. Asimismo, en línea con lo dispuesto por el numeral 7.3 del artículo 7 de la Ley de Banda Ancha, se agrega que para la definición de las referidas condiciones se contará con la opinión previa no vinculante del OSIPTEL en los temas de su competencia, esto es, en las materias relativas a sus facultades como organismo regulador y agencia de competencia.

Adicionalmente, en el numeral 22.3 se incorpora el término "separada" cuando hace referencia al mecanismo regulatorio "contabilidad" y, se precisa la redacción de ese numeral en atención a lo señalado por la Guía de Técnica Legislativa para la elaboración de Proyectos Normativos de las Entidades del Poder Ejecutivo – Cuarta Edición, respecto a que la redacción de un artículo deber realizarse de forma objetiva, *debiéndose evitar todo tipo de motivación o explicación de su contenido* (MINJUS, 2018). En ese sentido, se modifica la redacción del siguiente texto del numeral 22.3 "a fin de evitar conductas que produzcan o puedan producir efectos anticompetitivos, como consecuencia de la estructura integrada que poseen dichas empresas". Cabe indicar que ese cambio no impacta en el contenido del numeral ni de su objetivo, el sentido que el Osipitel es la agencia de competencia del sector Telecomunicaciones, en virtud de lo dispuesto por el artículo 17 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 1034,



Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas aprobado por Decreto Supremo N° 030-2019-PCM².

Por otro lado, el artículo 23 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha regula la calidad de operador neutro del operador de la RDNFO, estableciendo –entre otros aspectos– las limitaciones a su operación y los mecanismos de control que podría aplicar el Osiptel para evitar conductas anticompetitivas y eventuales acuerdos de restricción vertical.

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 Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones.

Por otro lado, considerando la alta capacidad de la red dorsal, resultaría necesario definir claramente en el Reglamento, que el operador de la RDNFO estaría habilitado a prestar el servicio portador mediante cualquier esquema de provisión de servicios por bits por segundo, lambdas y/o cualquier mecanismo que permita diferenciar la velocidad y/o la cantidad de tráfico que se cursa; ello considerando que la Ley ni el Reglamento establecen restricciones con relación a los mecanismos que podría adoptar el operador dorsal para la prestación del servicio portador. Lo señalado permitiría aprovechar la capacidad de la red y utilizar de manera eficiente la infraestructura.

Esta modificación estaría concordada además con la incorporación del artículo 23-C relacionada a la flexibilidad tarifaria de la RDNFO, toda vez que las empresas que se encuentran actualmente en el mercado de transporte establecen o implementan esquemas de comercialización diferenciados por velocidad y cantidad de tráfico que cursan por sus redes, lo cual les permite realizar diferenciación tarifaria a sus clientes.

En ese sentido, es importante que el Operador de la RDNFO cuente con flexibilidad tarifaria en beneficio de sus clientes, los cuáles podrían obtener descuentos relacionados con la velocidad y volumen que deseen contratar, de manera similar a otros países, como Colombia que en su Proyecto Nacional de Fibra Óptica (PNFO) permite que la empresa pueda realizar descuentos por capacidad, plazo de contratación, entre otros (CRC, 2014, pág. 17).

Adicionalmente, en el numeral 23.4 se precisa que el operador de la RDNFO no podrá arrendar de manera total o parcial hilos de fibra óptica, lo cual se conoce como “fibra oscura”. Al respecto, la fibra óptica oscura hace referencia a una modalidad de comercialización, generalmente materializada en contratos de alquiler a largo plazo, en la que se disponen de hilos de fibra óptica como infraestructura pasiva o no iluminada; es así que no se brinda, entre contratantes, un servicio de telecomunicaciones sino una relación de transacción de bienes. A partir de ello, el arrendamiento de fibra oscura, por su propia naturaleza, no se encuentra en los alcances establecidos ni en la operación prevista para la RDNFO, toda vez que está destinado a la prestación de servicios portadores y, este último no constituye dicho servicio.

² "Artículo 17.- Del OSIPTEL

La aplicación de la presente Ley al mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones estará a cargo del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL. En tal sentido, las instancias competentes, las facultades de éstas y los procedimientos que rigen su actuación serán los establecidos en su marco normativo."



Por otro lado, en el numeral 23.5 de este Decreto Supremo se precisa el término contabilidad “separada” y se incorpora la posibilidad de que el Osiptel establezca medidas de separación “estructural” y ya no funcional, como mecanismos que eviten conductas anticompetitivas y eventuales acuerdos de restricción vertical.

Al respecto, de acuerdo a la OECD, las administraciones han respondido frente al ejercicio de dominancia de operadores de red a través de diferentes formas de separación, las que se detallan a continuación (OCDE, 2012, pág. 79):

- *Separación contable: es la que se da entre las actividades minoristas y de red, quizá con un desglose adicional entre las actividades de red impugnables y las no impugnables, como el bucle local. Como la separación contable requiere que se registren las transferencias entre las cuentas mayoristas y minoristas a precios de mayoreo regulados, con ella se pueden respaldar los esfuerzos para eliminar la discriminación de precios hecha por el incumbente contra competidores situados más al final de la línea de producción (downstream).*
- *Separación funcional u operativa: es la que modifica los procesos empresariales a fin de hacer más transparentes los límites entre las diferentes divisiones separadas, y puede poner al descubierto la discriminación no relacionada con los precios, o el sabotaje, como por ejemplo la interrupción deliberada de las llamadas de los competidores.*
- *Separación estructural con separación de la propiedad: es la que elimina cualquier elemento de propiedad común y, por lo tanto, cualquier incentivo para incurrir en prácticas discriminatorias a favor de una empresa situada más al principio o al final de la línea de producción (upstream o downstream).*

Al tener en cuenta que i) la RDNFO es una red cofinanciada por el Estado, ii) su operador está habilitado legalmente (y contractualmente) a contar con una empresa vinculada que brinde servicios finales; y, iii) la posibilidad de que los servicios portadores de la RDNFO se brinden con tarifas flexibles (y en caso ésta se haga efectiva, de suscribirse una adenda para dicho efecto); resulta necesario considerar dentro de los mecanismos que el Osiptel podría establecer para velar por la competencia a medidas de separación estructural efectiva.

No obstante, debe precisarse que en caso el OSIPTEL identificase conductas anticompetitivas o indicios de éstas, deberá analizar cada circunstancia, a fin de determinar las medidas aplicables, en función de la gravedad y la afectación que se causaría en el mercado.

En la medida que las conductas anticompetitivas pueden generar graves afectaciones al mercado, corresponderá que el Osiptel adopte las acciones pertinentes en un plazo adecuado, que le permita efectuar un análisis profundo, pero también que sea un período lo suficientemente razonable y expeditivo que permita el normal desenvolvimiento del mercado. En virtud de lo señalado y para esos efectos, este Decreto Supremo define un plazo de seis (6) meses, desde que el MTC le requiera la disposición de esos mecanismos, o cuando el mismo regulador detecta las referidas conductas o indicios de éstas.

Incorporación de los artículos 23-A y 23-B al Reglamento de la Ley de Banda Ancha

Al tener en cuenta la modificación de la definición de las “redes regionales” y la incorporación de las “redes de acceso” al Reglamento de la Ley de Banda Ancha, son necesarias las disposiciones que regulen su adjudicación, así como su operación y mantenimiento; para dicho efecto, este Decreto Supremo incorpora el Capítulo IV al



Título II – De la Infraestructura Esencial para el Desarrollo de la Banda Ancha, y comprende los artículos 23-A y 23-B.

El artículo 23-A establece que para la adjudicación de la construcción, operación, mantenimiento y/o explotación de las redes regionales y redes de acceso, el MTC puede optar –entre otros tipos de ejecución de proyectos– por cualquiera de las modalidades de participación de 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 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 240-2018-EF (en lo sucesivo, Ley de APP y Proyectos en Activos y Reglamento de la Ley de APP y Proyectos en Activos, respectivamente)³.

La posibilidad que tendrá el MTC de optar por otros tipos de ejecución de proyectos, es incorporada en el artículo 23-A, en el sentido que no solo se podría disponer concursar los proyectos a través de una APP o proyecto en activos, sino también mediante figuras previstas en otras normas, por ejemplo, encargar la construcción o implementación de las redes regionales o de acceso, a través de una obra pública, regulada por la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado.

Además, el artículo 23-A dispone que en el caso de las redes regionales y las redes de acceso, el Estado no necesariamente mantiene la titularidad de las redes. Ello, sobre la base de que a diferencia de la RDNFO, la titularidad del Estado de las redes regionales y acceso no está contemplada en la Ley de Banda Ancha, y al plantear que esas redes no son parte de la RDNFO, éstas no necesariamente deberían mantener esa condición.

El referido artículo también establece que el proceso de promoción correspondiente a esas redes puede ser realizado por el MTC o Proinversión, de acuerdo con la Ley de APP y Proyecto en Activos y la Ley N° 28900, Ley que otorga al Fondo de Inversión en Telecomunicaciones - FITEC la calidad de persona jurídica de Derecho Público, adscrita al Sector Transportes y Comunicaciones (en adelante, Ley del FITEC), sobre todo considerando que esta última señala que la conducción de las licitaciones y concursos de proyectos financiados con recursos del FITEC estarán a cargo de Proinversión.

Con relación a las condiciones técnicas, económicas y legales que resulten necesarias para determinar el alcance y condiciones del proyecto a adjudicarse, el artículo 23-A establece que corresponderá al Pronatel su determinación, según la modalidad de promoción de la inversión privada. Asimismo, el Pronatel podrá optar por integrar o separar las redes regionales y las redes de acceso en el proyecto que se formule, lo que permitiría, dependiendo de las condiciones del mercado, aprovechar eficientemente las inversiones realizadas.

Lo planteado responde al hecho que la estructura del mercado de telecomunicaciones ha cambiado en los últimos años y por el dinamismo que lo caracteriza; por lo que en atención a ello, será necesario también que cuando el Estado licite las redes, se realice la evaluación respecto a las zonas en las que existe participación de los privados y, en consideración a ello, diseñe el mejor esquema de participación del Estado y los privados, en observancia de lo dispuesto por la Constitución Política del Perú respecto al rol subsidiario del Estado y sin afectar las condiciones de competencia del sector.

Sin perjuicio de lo expuesto, el Decreto Supremo define algunas consideraciones a tener en cuenta en la definición de las condiciones técnicas, económicas y legales de los

³ De conformidad con los numerales 1 y 2 del artículo 6 de la Ley de APP y Proyectos Activos, que dispone que las entidades públicas titulares de proyectos (entre ellas, el MTC) elaboran el Informe Multianual de Inversiones en APP - IMIAPP, e identifican, priorizan y formulan los proyectos a ser ejecutados bajo las modalidades reguladas por la referida Ley.



proyectos a adjudicarse, las que están referidas a que la operación y mantenimiento de las redes regionales y/o de acceso puede estar a cargo de cualquier operador de telecomunicaciones, el operador regional estará facultado a desplegar, operar y mantener redes de acceso propias (entendidas como aquellas que han sido financiadas con los recursos del privado y no del Estado) y además que deberán brindar los servicios de conectividad (esto es, Internet e Intranet) a las entidades de la administración pública.

Por su parte, al establecerse un nuevo esquema para la operación de las redes regionales, las que no formarían parte de la RDNFO y, por tanto, no requerirían ser operadas por un operador neutro, en el artículo 23-B se dispone que las redes regionales podrán ser operadas por concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones que brinden otros servicios públicos de telecomunicaciones, además del servicio portador, pudiendo a su vez tener usuarios finales. De la misma forma y, conforme se viene dando actualmente, en el caso de los operadores de las redes de acceso.

Teniendo en consideración la habilitación de la prestación de servicios finales por parte de los operadores de las redes de transporte regional, así como el cofinanciamiento estatal que podría darse en algunos casos, este Decreto Supremo incorpora para las redes regionales y redes acceso, medidas que buscan evitar la ocurrencia de conductas anticompetitivas y eventuales acuerdos de restricción vertical. Esos mecanismos contribuirán a asegurar que los operadores de telecomunicaciones, que incluye a los operadores de las redes de acceso, puedan contratar los servicios que brindan los operadores regionales, sin que éstos adopten conductas discriminatorias, con efectos anticompetitivos o trato desigual. Además, de manera similar a la operación de la RDNFO, se establece que el OSIPTEL establecerá mecanismos de control que eviten esas conductas anticompetitivas, dichos mecanismos implican medidas de separación contable y hasta estructural.

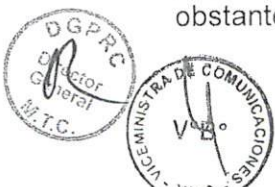
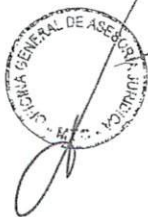
Incorporación de los artículos 23-C y 23-D al Reglamento de la Ley de Banda Ancha

El Reglamento de la Ley de Banda Ancha no contempla un artículo referido a la tarifa aplicable a los servicios de telecomunicaciones prestados a través de la RDNFO, las redes regionales ni las redes de acceso.

A partir de lo indicado y considerando lo dispuesto por el numeral 9.4 del artículo 9 de la Ley de Banda Ancha que señala que las tarifas de la RDNFO –en la medida de lo posible– serán iguales a nivel nacional, con independencia de la ubicación geográfica del usuario; en este Decreto Supremo se establece que para la RDNFO, los criterios tarifarios serán definidos por el contrato de concesión respectivo, mientras que en el caso de las redes regionales y redes de acceso, las tarifas aplicables a los servicios que se provean mediante ellas se sujetarán al marco normativo y regulatorio que establezca el Osipitel.

Sin perjuicio de esa diferenciación, en ambos casos, corresponderá considerar las condiciones de mercado (oferta y demanda existentes), así como los criterios tarifarios que se mencionan, de manera enunciativa, en el Decreto Supremo, como son la flexibilidad tarifaria y las tarifas tope.

La incorporación de lo señalado es necesaria, para que la operación de la RDNFO y las redes regionales se puedan adecuar al mercado actual y lograr explotar la infraestructura y capacidad de las redes de manera más adecuada, para lo cual es necesario que los precios por el servicio tomen en cuenta la situación del mercado. No obstante ello, al otorgarse cierta flexibilidad al esquema de la RDNFO como de la



operación de las redes regionales (es decir, que sea operada por cualquier operador de telecomunicaciones y que pueda brindar servicios finales), también son necesarias medidas regulatorias que la compensen.

Bajo esa lógica, en función al diseño del proyecto para la promoción de la inversión y los operadores de las redes regionales, podrían requerirse medidas regulatorias destinadas a mitigar el riesgo de que se produzcan casos de discriminación o establecimiento de barreras a los demás competidores.

Por otro lado, si bien es necesaria la intervención pública para proporcionar la suficiente infraestructura de banda ancha, es necesario evaluar las zonas donde sea necesaria la intervención pública a través de subsidios o cofinanciamiento, para no afectar la dinámica competitiva.

Es por ello que el artículo 23-C establece que en los casos de cofinanciamiento otorgado por el Estado, éste no será aplicable en zonas en las que hay competencia, para cuyo efecto el artículo 23-D que incorpora este Decreto Supremo define parámetros para determinar la existencia o no de oferta de servicios de otros operadores privados que constituyan competencia para la RDNFO, las redes regionales y/o de acceso, puesto que –dependiendo de, entre otros factores, la zona en que el operador de la red brinde servicios– corresponderá establecer las condiciones tarifarias, de manera tal que no se generen efectos negativos sobre la actividad privada.

En ese sentido, el referido artículo 23-D establece que el OSIPTEL, como agencia de competencia del sector Telecomunicaciones, determinará la existencia de competencia en una zona específica, sobre la base de la normativa que regula la materia y tomando en cuenta las consideraciones que define ese artículo. Las consideraciones para definir si una oferta de servicios califica como competencia son: que se tratan de servicios provistos con fibra óptica, se brindan en condiciones técnicas iguales o superiores a las que corresponden a la RDNFO y existen facilidades para la instalación de redes de fibra óptica, entre otros que determine el regulador. Estas consideraciones deberán cumplirse de manera conjunta.

Incorporación de la Séptima Disposición Complementaria Final

Una medida o mecanismo regulatorio adicional destinado a evitar la configuración de conductas anticompetitivas que establece este Decreto Supremo, es la determinación de si los operadores de la RDNFO, redes regionales o de acceso califican como proveedores importantes; ello con el propósito de que le sean aplicables las disposiciones contenidas en el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones y demás normativa en la materia.

Adicionalmente, en esta disposición complementaria se establece que no resultará exigible para la aplicación de la contabilidad separada, mecanismo regulatorio que puede determinar el OSIPTEL según los artículos 22, 23 y 23.B de la propuesta normativa, la configuración del supuesto contenido en el artículo 253 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones y el artículo 107 de los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones del Perú, aprobados por Decreto Supremo N° 020-98-MTC. De no establecerse lo señalado, el Osiptel podría verse imposibilitado en su accionar.

Incorporación de la Octava Disposición Complementaria Final

La Octava Disposición Complementaria Final plantea la aplicabilidad de las condiciones contenidas en los artículos 12, 13, 16 y 21, así como en el Título III del Reglamento de



la Ley de Banda Ancha (relacionados al acceso y aprovechamiento de infraestructura de titularidad del Estado de otros servicios, como energía eléctrica, hidrocarburos, vial y/o ferroviaria y, al acceso y uso compartido de infraestructura eléctrica y de hidrocarburos) para el despliegue de las redes regionales; ello debido a que dichos artículos hacen referencia únicamente a la RDNFO.

Incorporación de la Novena Disposición Complementaria Final

Con la finalidad de masificar la Banda Ancha y garantizar el desarrollo económico, social, cultural y productivo esperado, el Estado, a través del MTC, está facultado a promover la inversión, implementación y operación de proyectos destinados a esa finalidad, bajo esquemas de participación privada que estén acordes con el mercado actual.

Si bien se ha señalado que el mercado de Banda Ancha se ha dinamizado y que existen zonas en las que hay competidores respecto de los operadores de la RDNFO y redes regionales, la brecha de infraestructura y de prestación de servicios aún es considerable, siendo necesario que el Estado siga desarrollando proyectos que hagan frente a esa problemática y se logre garantizar el acceso universal a los servicios de telecomunicaciones a la población.

Siendo ello así, es necesario definir claramente la facultad que tiene el MTC de formular y financiar proyectos destinados a la conectividad de Banda Ancha distintos a las redes regionales, ello siempre bajo el principio de subsidiariedad que le corresponde observar al Estado, lo cual se establece en la Novena Disposición Complementaria Final.

Sin perjuicio de lo señalado y, en la medida que la Ley de Banda Ancha y su Reglamento prevén condiciones favorables para el desarrollo y despliegue de infraestructura destinada a la prestación de servicios de Banda Ancha, como son los contenidos en los artículos 12, 13, 16, 21 y en el Título III del referido Reglamento, la Disposición Complementaria que se incorpora, precisa que dichas condiciones también son aplicables a esos otros proyectos de conectividad de Banda Ancha que desarrolle el MTC.

Régimen de contratos vigentes

El artículo 62 de la Constitución Política del Perú establece que los términos de un contrato no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional indica que *“nuestro ordenamiento jurídico se rige por la denominada teoría de los hechos cumplidos, en virtud de la cual la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones jurídicas existentes y no tienen fuerza ni efectos retroactivos. De ahí que, si bien el artículo 62 de la Constitución impide modificar disposiciones contractuales por ley, dicha prohibición debe compatibilizarse con el principio de aplicación inmediata de las normas. Por tanto, salvo en el caso de los contratos-ley, los cuales constituyen una excepción explícita a dicho principio, los contratos se rigen por las normas vigentes en cada momento y no, ultractivamente por las existentes al momento de su suscripción”* (Sentencia del Pleno Jurisdiccional, 2016):

En virtud a lo señalado, a los contratos vigentes les resultarían aplicables –en lo que corresponda– las modificaciones que se plantean, de ser éstas aprobadas, salvo que nos encontremos ante un contrato ley.

No obstante ello, es importante señalar que las modificaciones que propone este proyecto normativo no implicarían afectación a los proyectos regionales vigentes y,



especialmente en lo relacionado a las redes de acceso; al contrario, se han tomado en cuenta las particularidades propias de los diferentes proyectos para evitar cualquier presunta vulneración a esos marcos contractuales.

Sin perjuicio de lo señalado y, con el propósito de no generar situaciones de inseguridad jurídica y afectación a terceros, el artículo 3 del Decreto Supremo establece que los contratos suscritos de la RDNFO, las redes regionales y redes de acceso vigentes a la fecha, y en lo que corresponda, no se modifican de manera automática con la dación de la norma, sino que esos contratos vigentes requerirán de la suscripción de una o varias adendas que modifiquen los términos contractuales, previo acuerdo de las partes del contrato y la culminación del procedimiento de modificación contractual respectivo.

En efecto, en lo que resulte aplicable y, de estar de acuerdo las empresas operadoras, los cambios propuestos en la propuesta normativa podrían ser reconocidos siguiendo el procedimiento establecido en la Ley de APP y Proyectos en Activos, de ser el caso.

En esa misma línea, con este Decreto Supremo no se modifican de facto los contratos de concesión y/o financiamiento ya suscritos y, por ende, no se estaría materializando alguna afectación al equilibrio económico financiero del Contrato de concesión de la RDNFO; toda vez que los cambios que se plantean (relacionados a la flexibilidad tarifaria y la posibilidad de brindar el servicio de conectividad internacional) recién se podrían efectivizar si se suscribieran las adendas respectivas para la modificación del contrato, bajo la normativa y disposiciones contractuales que la regulan.

ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

La aplicación de esta Norma generará una serie de beneficios, entre los que podemos destacar:

- Establecer este nuevo esquema de concesión y funcionamiento de las redes regionales que incorpora esta Norma, permitiría minimizar, en algunos casos, el subsidio a cargo del Estado (en las zonas en las que debe intervenir de manera subsidiaria).
- Este nuevo esquema permitirá aprovechar eficientemente la capacidad de las redes y, consecuentemente las inversiones ya realizadas, así como las comprometidas.
- Cuando el concesionario o los concesionarios de las redes regionales estén habilitados a prestar, a través de esas redes, cualquier servicio público de telecomunicaciones permitirá que se pueda ofrecer más y mejores servicios de telecomunicaciones, sobre todo en zonas alejadas, de tal modo que, se logre el acceso universal de la población a la banda ancha.
- Al generar un mayor tráfico por las redes de Banda Ancha, como con la flexibilidad tarifaria y la posibilidad de brindar el servicio de conectividad internacional y, cuando corresponda, el tránsito IP internacional, se estaría utilizando eficientemente los recursos del Estado.
- En los casos que el MTC apruebe la prestación del servicio de tránsito IP internacional a través de la RDNFO, se producirían escenarios de reducción de costos, mejoría en los precios de los clientes, debido a los descuentos por volumen que existirían y, consecuentemente, la expansión de la cobertura de los servicios de banda ancha con mejores tarifas, todo lo cual, haría que se dé un mejor uso a la infraestructura ya desplegada.
- El establecimiento de tarifas que consideren la situación del mercado y la competencia, permitirá que la operación de la RDNFO y las redes regionales se adecúen al mercado actual y se logre explotar la infraestructura y capacidad de las redes de manera más adecuada.



- Las medidas o mecanismos regulatorios previstos contribuirán al mejor desenvolvimiento del mercado, toda vez que esos mecanismos buscan evitar conductas anticompetitivas.

Por otra parte, respecto a los costos que implica la implementación de esta norma, se tienen los subsidios que correspondería realizar al Estado en zonas en las que no existe inversión privada; sin embargo, estos costos ya están incorporados en la implementación de la Ley de Banda Ancha y pueden verse reducidos considerando la flexibilidad tarifaria que se plantea, así como por el beneficio social que genera la intervención estatal en esas zonas, toda vez que existiría mayor población conectada.

En ese sentido, los beneficios que genera la norma son mayores a los costos en los que se podría incurrir. Con ello, conseguiríamos la masificación del acceso a los servicios de Banda Ancha a nivel nacional, lo cual facilitará el ejercicio efectivo de diversos derechos de las personas reconocidos por la Constitución Política del Perú y se podrá elevar la calidad de vida de la población.

En efecto, esta norma forma parte de una serie de acciones que corresponden ser desarrolladas por el MTC en representación del Estado, en atención a su rol de titular de la prestación de servicios públicos y en la provisión de la infraestructura que le otorga la Constitución Política del Perú, y tienen como objetivo principal garantizar el bienestar general de la población que sería beneficiada con la operatividad de las redes regionales; así como con la posibilidad de acceder a más y mejores servicios en caso se efectivizara la dotación de dinamismo a la RDNFO.

Además, al producirse la prestación de esos servicios de Banda Ancha, así como el aprovechamiento de la infraestructura financiada por el Estado –bajo su rol subsidiario– se estaría efectivizando la realización de los derechos fundamentales de la población beneficiaria, al servirse un interés general y contribuir a que tengan una calidad de vida más digna.

ANÁLISIS DE IMPACTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

Con la Norma se establece un escenario predecible y con criterios objetivos para el desarrollo de un nuevo esquema de las redes regionales, así como mejoras en la prestación del servicio portador a través de la RDNFO, que permita su adecuación al dinámico mercado de telecomunicaciones y mejorar las condiciones de mercado.

