

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ**

**FACULTAD DE DERECHO**



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo

La Oferta Referencial de Compartición (ORC): ¿una alternativa regulatoria idónea para mejorar los procesos de negociación de Contratos de Acceso y Uso Compartido de Infraestructura bajo el régimen de la Ley de Banda Ancha y su Reglamento?

Trabajo académico para optar por el título de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo

Autor:

*Chelsy Naomi Otero Chafalote*

Asesor:

*Alejandro Martín Moscol Salinas*


Lima, 2022

## Informe de Similitud

Yo, Alejandro Martín Moscol Salinas, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor del trabajo académico titulado, “La Oferta Referencial de Compartición (ORC): ¿una alternativa regulatoria idónea para mejorar los procesos de negociación de Contratos de Acceso y Uso Compartido de Infraestructura bajo el régimen de la Ley de Banda Ancha y su Reglamento?” de la autora Chelsy Naomi Otero Chafalote, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 34%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 05/12/2022.
- He revisado con detalle dicho reporte, así como el Trabajo Académico, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 17 de febrero de 2023

|  |  |
|--|--|
| Moscol Salinas, Alejandro Martín   |  |
| DNI: 09855438  | Firma<br><br>Firmado digitalmente por:<br>MOSCOL SALINAS ALEJANDRO<br>MARTIN<br>Motivo: Soy el autor del<br>documento<br>Fecha: 27/02/2023 14:32:20-0500 |
| ORCID<br><a href="https://orcid.org/0000-0003-1125-3065">https://orcid.org/0000-0003-1125-3065</a> |  |

## **RESUMEN**

El presente artículo académico buscar determinar si la Oferta Referencial de Compartición es una alternativa regulatoria idónea para mejorar el proceso de negociación de Contratos de Compartición bajo el régimen de la Ley de Banda Ancha y su Reglamento. En ese sentido, este artículo analiza los antecedentes y problemáticas surgidas en aplicación de estas normas entre empresas del sector telecomunicaciones y empresas eléctricas, específicamente, respecto de la determinación de la contraprestación establecida en el Reglamento de la Ley de Banda Ancha

De tal manera se concluye que la Oferta Referencia de Compartición no permite solucionar los problemas regulatorios advertidos en los procesos de negociación entre empresas de ambos sectores, toda vez que, al ser una norma facultativa, no restringe que las empresas soliciten la emisión de mandatos de compartición ante el OSIPTEL y mantengan sus discrepancias respecto de la determinación del precio de compartición.

### **Palabras clave**

Derecho de Telecomunicaciones – Regulación - Compartición de Infraestructura – Oferta Referencial de Compartición.

### **ABSTRACT**

This academic article seeks to determine whether the Referential Sharing Offer is and ideal regulatory alternative to improve the negotiation process of Infrastructure Sharing Agreements established in Law N° 29904 and its regulation. In this sense, this article analyzes the antecedents and problems arising in the application of these laws between companies in the telecommunications and energy sector, specifically, on the determination of the price established in the Regulation of Law N° 29904.

In this way, it is concluded that the Sharing Reference Offer does not allow to solve the regulatory problems noticed in the negotiation processes between companies in both sectors, since, being an optional rule, it does not restrict companies from requesting the issuance of sharing mandates to the OSIPTEL

and maintain their disagreement regarding the determination of the sharing price

**KEYWORDS**

Telecommunications Law – Regulation - Infrastructure Sharing – Referential Sharing Offer



## Índice

|  |    |
|--|----|
| <b>I. Introducción</b>   | 4  |
| <b>II. El régimen de compartición de infraestructura de la Ley de Banda Ancha y su Reglamento</b>  | 7  |
| 2.1. Aspectos generales del régimen de compartición de infraestructura   | 7  |
| 2.2. Dificultades presentadas en el régimen de compartición de infraestructura establecido en la Ley de Banda Ancha y su reglamento  | 10 |
| <b>III. La Oferta Referencial de Compartición (ORC) como alternativa regulatoria para mejorar el proceso de negociación de Contratos de Acceso y Uso Compartido de Infraestructura</b> | 13 |
| 3.1. Antecedentes de la Oferta Referencial de Compartición como alternativa regulatoria  | 16 |
| 3.2. Análisis de la Oferta Referencial de Compartición como alternativa regulatoria para mejorar el proceso de negociación de Contratos de Acceso y Uso Compartido de Infraestructura  | 18 |
| <b>IV. Conclusiones</b>  | 25 |
| <b>V. Bibliografía</b>   | 26 |

## **La Oferta Referencial de Compartición (ORC): ¿una alternativa idónea para mejorar los procesos de negociación de Contratos de Acceso y Uso Compartido de Infraestructura bajo el régimen de la Ley de Banda Ancha y su Reglamento?**

### **I. Introducción**

Cuando una empresa que brinda servicios públicos de telecomunicaciones quiere entrar al mercado se enfrenta a una gran cantidad de costos para poder competir con aquellos agentes que brindan los mismos servicios. Entre los costos que tiene asumir, se encuentran aquellos relacionados a la instalación de infraestructura, los cuales además de su alto costo, resulta complejo de desplegar al generarse duplicidades con la infraestructura preexistente. Entonces ¿cómo a pesar de dichos gastos y limitaciones una empresa de telecomunicaciones se ve incentivada de entrar en este mercado? ¿esta misma crea sus propios mecanismos de ingreso o el Estado incentiva su entrada a través de algún mecanismo regulatorio?

En ese escenario nace la denominada “compartición de infraestructura” como un mecanismo regulatorio que permite que diferentes operadores de telecomunicaciones u otros sectores tengan acceso compartido entre ellos a sus infraestructuras con la finalidad de que el alto costo de su implementación no sea una barrera de entrada al mercado.

En el Perú, existen tres regímenes legales de compartición de infraestructura para la provisión de servicios públicos de telecomunicaciones permitiendo que estas empresas utilicen infraestructura existente, ya sea de otra empresa del mismo sector o inclusive de

empresas eléctricas, las cuales arriendan su infraestructura (postes) para permitir el ingreso de empresas de telecomunicaciones.

Así, los regímenes de compartición de infraestructura para la provisión de servicios públicos de telecomunicaciones constituyen un conjunto de regulaciones técnicas, legales y económicas que les permite a las empresas de este sector desplegar redes de telecomunicaciones con la finalidad de conectar a más usuarios a través de infraestructura preexistente de otros agentes económicos dentro del mercado.

Uno de los tres regímenes de compartición con los que cuenta el ordenamiento jurídico peruano es el establecido mediante la Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, Ley N° 29904 (en adelante, LBA) y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2013-MTC (en adelante, el Reglamento o RLBA). Dichos dispositivos normativos permiten el acceso y uso compartido de infraestructura asociada a la prestación de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos con la finalidad de facilitar el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de Banda Ancha fija o móvil.

El referido marco legal estableció que el acceso y uso compartido de infraestructura se realizaría a cambio de una contraprestación inicial, así como contraprestaciones periódicas que remuneren la operación y mantenimiento, incluido un margen de utilidad razonable. Para la determinación de la contraprestación mensual, el RLBA fijó una metodología que como resultado daba un precio tope que las partes no podían exceder.

Adicionalmente, el marco normativo permitía que las empresas eléctricas y empresas de telecomunicaciones negocien los términos de la compartición a través de la celebración de Contratos de Acceso y Uso Compartido de Infraestructura (en adelante, Contratos de Compartición); sin embargo, ante una posible discrepancia en los términos de los mismos, podían acudir al

Consejo Directivo de OSIPTEL para la emisión de un Mandato de Compartición.

En esa línea, desde la aprobación del régimen de compartición que estableció la LBA y su reglamento, las empresas concesionarias del servicio público de energía eléctrica y las empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones celebraron Contratos de Compartición. En el desarrollo de la formulación de los Contratos se advirtieron diversas problemáticas en los procesos de negociación que terminaron en la emisión de diversos mandatos de compartición. Así, de acuerdo a la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia del OSIPTEL (GPRC), *“durante el periodo de 2016-2020, las empresas de telecomunicaciones solicitaron 59 mandatos de compartición de infraestructura eléctrica, siendo que el 86% de estas se realizaron en el marco de la Ley de Banda Ancha”* (2020,16). Incluso se señala que la cantidad de mandatos superó el número de contratos suscritos.

Ahora bien, se advirtió que el motivo principal que propició las solicitudes de mandato estaba referida a la discrepancia con respecto a uno de los valores que establecía la fórmula de la Metodología del RLBA. Al respecto, la GPRC del OSIPTEL indica que en el 56% de los casos del 2016 - 2020, se ha expresado la discrepancia con respecto al valor “Na” (Número de arrendatarios) (2020,17). Dichas discrepancias no solo fueron tramitadas a través de los procedimientos para la emisión de mandatos ante el Consejo Directivo de OSIPTEL, sino también ante las autoridades de solución de controversias del OSITEL. En este último caso, las empresas de telecomunicaciones solicitaban la devolución del monto pagado en exceso por una incorrecta aplicación de la metodología.

En ese escenario, ante la necesidad de asegurar un proceso de negociación claro para la celebración de Contratos de Compartición, el OSIPTEL emitió el 8 de septiembre de 2022, a través de la Resolución N° 143-2022-CD/OSIPTEL, la Norma que establece la *“Oferta Referencial de Compartición (ORC) y otras disposiciones aplicables a la Compartición de*

*Infraestructura Eléctrica utilizada para el despliegue de redes de telecomunicaciones”.*

El recién emitido dispositivo legal emitido por el OSIPTEL establece un modelo referencial de Contrato de Compartición que será utilizado facultativamente por los concesionarios del servicio público de energía eléctrica y operadores de servicios públicos de telecomunicaciones para la suscripción de sus contratos.

En ese sentido, el objetivo de este artículo académico es determinar si la ORC es una alternativa idónea para mejorar el proceso de negociación de Contratos de Compartición bajo el régimen de la LBA y su reglamento, tomando en consideración los antecedentes y problemáticas surgidas en aplicación de este régimen.

## **II. El régimen de compartición de infraestructura de la Ley de Banda Ancha y su Reglamento**

### **II.1. Aspectos generales del régimen de compartición de infraestructura**

La compartición de infraestructura para la instalación de redes de telecomunicaciones se constituye como un régimen técnico, legal y económico que se justifica en diferentes aspectos de índole social y económico. El primero está vinculado a permitir la entrada de agentes económicos en un sector donde la instalación de infraestructura propia irroga costos muy altos (barrera de entrada), razón por la cual resulta idóneo utilizar infraestructura preexistente (postes, torres, infraestructura vial, etc). Ello tiene vinculación con el concepto de las “*facilidades esenciales*”, según la cual determinados bienes son ofrecidos en condiciones limitadas y por tanto deben establecerse reglas para facilitar su acceso por ser primordiales para la realización de una actividad.

Sobre el particular, la doctrina señala que las *essential facilities* “*constituyen activos de carácter corporal o incorporal que otorga beneficio económica a quien los detenta, por sobre sus competidores, y cuya*

*existencia genera por lo mismo un desequilibrio entre ellos”* (Ugarte, 2013, 237). En ese sentido, se colige que la infraestructura en telecomunicaciones constituye una facilidad esencial, toda vez que quien ostente la misma posee una ventaja por sobre sus competidores.

En la misma línea, Kresalja y Quintana establecen algunos componentes básicos de la doctrina de las facilidades esenciales (2005, 16-17) que permitirán describir la necesidad de la compartición en telecomunicaciones:

- i) En primer lugar, la imposibilidad de duplicar el recurso: para el caso particular, aquellas infraestructuras que no pueden ser duplicadas porque no existe espacio para instalar otras (cuestiones ambientales, por ejemplo).
- ii) Acceso imprescindible al recurso: es imprescindible para quien accede al recurso porque le permite mejorar su posición en el mercado.
- iii) Inexistencia de justificación para la negativa: solo bajo ciertos supuestos el titular de la infraestructura podrá negarse a compartir la misma con el solicitante.

Por otro lado, la segunda razón que justifica el régimen de compartición de infraestructura es permitir una mayor conectividad de los usuarios a partir de la expansión de redes de telecomunicaciones. Al respecto, cabe señalar que dos de los regímenes actuales de compartición de infraestructura declararon de necesidad pública e interés nacional el acceso y uso compartido de infraestructura de redes de telecomunicaciones, toda vez que ello permite el acceso a otros derechos como el de la salud (telemedicina), trabajo (teletrabajo), educación, entre otros.

En ese escenario, resulta necesario que el Estado intervenga a través de regulaciones que establezcan ciertas reglas en el mercado de telecomunicaciones, las cuales, como veremos más adelante, no solo tienen implicancias en dicho sector, sino también en agentes económicos con infraestructura eléctrica, de hidrocarburos, ferroviarias, etc.

En el Perú se han implementado tres (3) regímenes especiales de compartición para la provisión de servicios públicos de telecomunicaciones los cuales tienen un ámbito de aplicación diferenciado.

Por un lado, la Ley que regula el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, Ley N° 28295 declaró de interés y necesidad pública el acceso y uso compartido de infraestructura para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones. La finalidad de esta norma es i) utilizar de manera eficiente la infraestructura de uso público, ii) promover la competencia en el mercado de telecomunicaciones en beneficio de los consumidores, operadores y titulares de la infraestructura y iii) establecer un crecimiento ordenado de las infraestructuras de uso público.

La Ley N° 28295, regula la compartición de todo titular de infraestructura de uso público que se encuentre instalada en áreas de dominio públicos, áreas de acceso público y/o dominio privado, en caso de presentarse restricción de construcción y/o instalación de dicha infraestructura, declarada por la autoridad administrativa competente.

Por otro lado, se encuentra el régimen del Decreto Legislativo N° 1019, que regula el acceso a la infraestructura de proveedores importantes de servicios públicos de telecomunicaciones. A efectos de esta norma, se entiende como proveedor importante al proveedor o concesionario de servicio público de telecomunicaciones que tiene la capacidad de afectar de manera importante las condiciones de participación, desde el punto de vista de los precios y del suministro, en el mercado relevante de servicios públicos de telecomunicaciones, como resultado de: a) control de las instalaciones esenciales; o b) la utilización de su posición en el mercado.

Por otro lado, la LBA y su Reglamento, regulan el 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 para la provisión de Banda Ancha fija o móvil. A mayor abundamiento, resulta pertinente definir que la

banda ancha es definida por la norma citada como la conectividad de transmisión de datos principalmente a Internet, en forma permanente y de alta velocidad, que le permite al usuario estar siempre en línea.

Habiendo descrito brevemente los regímenes de compartición, vale destacar que, para autores como Zegarra *“la finalidad de la regulación del acceso y uso compartido de infraestructura de telecomunicaciones tiene como elemento común la promoción y garantía de la libre competencia”* (2018, 105). Lo mencionado por dicho autor tiene relevancia, toda vez que sin la intervención estatal en la implementación de regímenes de compartición que obligue a empresas de telecomunicaciones o eléctricas a compartir su infraestructura, no sería posible garantizar la libre competencia entre empresas de telecomunicaciones. Así, por ejemplo, solo aquellas que pudieran implementar su propia infraestructura y asumir dicho costo, podrían ingresar al mercado, con lo cual se contaría con pocos agentes dentro del mercado de telecomunicaciones y una oferta limitada para los usuarios de estos servicios públicos.

Por otro lado, para Martínez, Iglesias y García (2020), *“la compartición de infraestructura origina una serie de beneficios vinculados a la reducción de costos operativos que tienen un impacto en la cobertura, costos y los precios del servicio público, así como una mayor rentabilidad del operador; asimismo, crea beneficios ambientales al reducir la duplicación de redes”* (2-3).

Sin perjuicio de los aspectos positivos que contiene el régimen de compartición de la LBA y su reglamento, se han presentado una serie de dificultades en la aplicación de las disposiciones de dicho régimen de compartición, específicamente, en el proceso de negociación de los Contratos de Acceso y Uso Compartido de Infraestructura, situación que explicaremos a continuación.

## II.2. Dificultades presentadas en el régimen de compartición de infraestructura establecido en la Ley de Banda Ancha y su reglamento

Los procesos de negociación de los términos de los Contratos de Compartición presentan dificultades desde diversos aspectos tanto a nivel técnico, legal y económico, lo cual se justifica en tanto corresponde la aplicación de regulaciones específicas tanto del sector eléctrico como de telecomunicaciones.

Ahora bien, tal como fue señalado anteriormente, el motivo principal que propició la emisión de una gran cantidad de mandatos de compartición y, por ende, dificultó las negociaciones para la suscripción de los Contratos de Compartición o su interpretación para los ya suscritos, fue el relativo a la determinación de la contraprestación mensual que las empresas de telecomunicaciones debían retribuir a las empresas eléctricas.

Al respecto, el Anexo del RLBA establecía una Metodología que permitía obtener la máxima retribución que la empresa de telecomunicaciones tendría que pagarle a la empresa eléctrica. Dicha Metodología estaba compuesta por los siguientes valores:

$$RM = Imp + OMc \times B \times (1+im)$$

Donde:

Imp : Impuestos municipales adicionales (si los hubiere).

OMc : Costo OPEX adicional de la infraestructura cuando se comparte; que representa una fracción del costo mensual OPEX de la infraestructura sin compartición.

B : Factor de distribución de costos sólo entre los arrendatarios.

B =  $1 / Na$

Donde Na: número de arrendatarios

im : Tasa de retorno mensualizada o margen de utilidad razonable.

Así, siendo que el Anexo del RLBA no había determinado expresamente el valor del “Na” de la metodología, ello llevó a que surgieran discrepancias sobre dicho valor y las empresas solicitarán la emisión de mandatos de compartición, así como la interposición de reclamos ante el Cuerpo Colegiado del OSIPTEL (para el caso de aquellas que habían suscritos sus respectivos contratos, pero habían advertido posteriormente una aplicación errónea del “Na”).

En esa línea, tanto el Consejo Directivo de Osiptel, a través de la emisión de diferentes mandatos, así como las autoridades de solución de controversias, en la resolución de diferentes expedientes administrativos<sup>1</sup>, determinaron que el valor del “Na” era igual al número tres (3).

Por otro lado, como consecuencia de las discrepancias en torno al valor del “Na”, en diversos expedientes tramitados ante el OSIPTEL se debatió la arbitrabilidad de la materia, es decir, si los Cuerpos Colegiados o el Tribunal de Solución de Controversias eran competentes para tramitar las reclamaciones sobre el “Na”.

Sobre el particular, en diferentes pronunciamientos, el Tribunal de Solución de Controversias determinó que OSIPTEL tenía competencia previa y exclusiva en las materias de acceso y uso compartido de infraestructura, razón por la cual no se podría dilucidar las cuestiones sobre el “Na” mediante arbitraje u otro mecanismo de solución de controversias.

En ese escenario, se advertían una serie de complicaciones para las empresas de prestación de servicios de energía eléctrica y empresas de servicios de telecomunicaciones, en tanto no se podían efectuar de manera célere los procesos de negociación de contratos de compartición y, a su vez, se originaron discrepancias entre aquellas empresas que ya habían suscrito sus respectivos contratos pero que advirtieron pagos en exceso por una errónea aplicación del “Na”. Adicionalmente, la vía procedimental para tramitar sus controversias vinculadas de la interpretación de los Contratos de Compartición no era clara, y debido a ello muchas empresas eléctricas recurrieron a la vía arbitral en lugar de la sede administrativa a cargo de OSIPTEL.

A partir de los problemas expuestos, el OSIPTEL emitió la Oferta Referencial de Compartición con la finalidad de mejorar el proceso de negociación y, de manera general, la relación de compartición entre

---

<sup>1</sup> Expediente N° 008-2018-CCO-ST/CI: el Tribunal de Solución de Controversias emitió el Precedente de Observancia Obligatoria a través de la Resolución N° 00026-2020-TSC/OSIPTEL, en la cual se determinó que el “Na” era igual a tres (3) independientemente del número efectivo de arrendatarios.

empresas del sector eléctrico y telecomunicaciones que suscribirían contratos en el marco de la LBA y su reglamento.

### **III. La Oferta Referencial de Compartición (ORC) como alternativa regulatoria para mejorar el proceso de negociación de Contratos de Acceso y Uso Compartido de Infraestructura**

La normativa de telecomunicaciones está sujeta a una serie de regulaciones y, específicamente, para la promoción de la compartición de infraestructura, se han establecido diferentes modalidades de acceso a la infraestructura de telecomunicaciones

Así, resulta pertinente que, antes de analizar la Oferta Referencial de Compartición, se haga alusión de cuáles son las modalidades de acceso a la infraestructura de telecomunicaciones que existían antes de su entrada en vigencia:

#### **a) Negociación y suscripción del Contrato de Compartición de Infraestructura**

Para llevar a cabo la relación de compartición, el RLBA establece que, una vez presentada la solicitud por el operador de telecomunicaciones, los concesionarios tienen un plazo máximo de treinta días hábiles para la negociación y suscripción del contrato, el cual debe ser remitido al OSIPTEL para su posterior fiscalización.

Como se puede advertir, las partes tienen cierto margen de libertad para negociar los términos del Contrato donde regularan todos los aspectos económicos, técnicos y legales de la relación de compartición. Sin embargo, corresponde precisar que dicha libertad no es absoluta y se encuentra sujeta a más limitaciones que un Contrato Civil.

Al respecto, la sentencia del expediente N° 008-2003-AI señala que el contenido del derecho de libertad de contratación está configurado por las siguientes facultades:

- (i) **Autodeterminación para decidir si se contrata o no**, así como para elegir al cocontratante, la forma y modo de celebrar el

contrato. En el caso particular, se puede observar que esta facultad se encuentra limitada o anulada en la suscripción de Contratos de Compartición, en la medida que la empresa eléctrica no puede decidir con quien contratar, en tanto la negativa injustificada causará que la empresa de telecomunicaciones solicite un mandato ante el OSIPTEL.

- (ii) **Autodeterminación para regular o configurar el contenido del contrato conforme al ordenamiento jurídico.** En este punto, en la configuración de los Contratos de Compartición, las partes deben advertir una serie de regulaciones específicas, como la regulación del precio tope que establece el RLBA o la remisión del Contrato al OSIPTEL.

En atención al contenido del derecho de libertad de contratación, podemos señalar que la celebración de Contratos de Compartición se encuentra limitados, en tanto la empresas que otorga su infraestructura no puede negarse a compartir la misma y, el contenido del Contrato, debe advertir normas regulatorias como la LBA y su reglamento.

Sin perjuicio del ámbito de libertad de contratación relativa que se les otorga a los agentes involucrados en la compartición, lo cierto es que el proceso de negociación de contratos de compartición llega a ser complejo, más aún cuando una de las partes no pertenece al sector de telecomunicaciones. Tal es el caso de las empresas eléctricas, las cuales no cuentan con la información concreta de los costos que van a asumir por compartir su infraestructura.

#### **b) Mandato de Compartición**

A pesar que las partes pueden regular los aspectos de la relación de compartición mediante un Contrato, el RLBA establece que, en caso de falta de acuerdo en la negociación, el Operador de Telecomunicaciones puede solicitar al OSIPTEL la emisión de un mandato de compartición

De acuerdo al artículo 13 de la Ley N° 28295, el mandato de compartición es una decisión emitida por el OSIPTEL que establece las condiciones técnicas, económicas y legales de acceso y uso compartido de infraestructura, la cual se expide una vez vencido el periodo de negociación de las empresas.

De tal manera, la emisión del mandato de compartición se convierte en un mecanismo subsidiario mediante el cual la Administración, bajo el esquema de un procedimiento administrativo trilateral, emite las condiciones principales para llevar a cabo la relación de compartición ante la discrepancia entre las partes.

Respecto de la emisión de mandatos de compartición, vale resaltar que este se constituye en un mecanismo subsidiario y, por tanto, no resulta idóneo que las empresas utilicen este mecanismo de manera inmediata sin antes haber negociado los términos de la compartición. Ello se sustenta en que procedimiento para la emisión de mandatos puede perjudicar la celeridad de las relaciones de compartición entre empresas y con ello, la mayor extensión de redes de telecomunicaciones para mejores servicios a los usuarios.

### **c) Oferta Básica de Compartición**

La OBC se encuentra definida en el Decreto Legislativo N° 1019 y señala que este es un modelo de contrato tipo a ser presentado por los Proveedores Importantes de Servicios Públicos de Telecomunicaciones al OSIPTEL, en el que se detallan los aspectos técnicos, legales y económicos que regirán la relación de compartición.

La exposición de motivos de las Disposiciones Complementarias de la Ley de Acceso a la Infraestructura de los Proveedores Importantes de Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobada por Resolución N° 020-2008-CD-OSIPTEL señala que la OBC nace con la finalidad de agilizar los procesos de negociación entre empresas operadoras y a fin de que la empresa solicitante pueda tomar conocimiento con antelación de las condiciones que viene ofreciendo en el mercado el Proveedor Importante de Servicios Públicos de Telecomunicaciones. Cabe

señalar, que las partes siempre podrán negociar aspectos que no estén contemplados en la OBC.

Adicionalmente, el artículo 23 de las Disposiciones Complementarias indica que la OBC tiene efecto vinculante entre el Proveedor Importante y cualquier concesionario solicitante de la infraestructura de telecomunicaciones, por lo que se puede colegir los efectos jurídicos de la OBC.

La OBC del régimen de Decreto Legislativo N° 1019 es un mecanismo que ha permitido la negociación exitosa de los Contratos de Compartición con Proveedores importantes. Así, de acuerdo al Informe N° 00043-DPRC/2020 en el periodo del 2016-2020, se aprobaron 52 contratos y se emitieron sólo 2 mandatos; asimismo, en ningún caso se llegó al recurso de reconsideración o llegaron a instancias arbitrales o judiciales.

### III.1. Antecedentes de la Oferta Referencial de Compartición como alternativa regulatoria

La ORC, aprobada por Resolución N° 00143-2022-CD/OSIPTEL, establece un modelo referencial de contrato de acceso y uso de infraestructura que será utilizado **facultativamente** por los concesionarios del servicio público de energía eléctrica y operadores de servicios públicos de telecomunicaciones para la suscripción de sus contratos, bajo el esquema planteado en las Leyes N° 28295 y N° 29904.

Sin perjuicio de ello, la versión primigenia del proyecto normativo que fue publicado por el OSIPTEL, contenía más bien una Oferta Básica de Compartición (OBC) – al igual que el Decreto Legislativo N° 1019-, la cual establecía también un modelo referencial de contrato con la salvedad que sus cláusulas eran de aplicación **obligatoria** para las partes en la negociación de los Contratos de Compartición. Cabe señalar, que la propuesta normativa se sustentó en el artículo 32 de la LBA, la cual señala que el OSIPTEL es el encargado de velar por el

cumplimiento del acceso y uso de infraestructura establecido en la LBA, para lo cual puede dictar las disposiciones específicas que considere necesarias.

Ahora bien ¿qué contenía la OBC? En primer lugar, el artículo 3 señalaba la obligatoriedad del uso de la OBC para la suscripción de contratos de compartición, con lo cual las partes tenían que, sin excepción, ceñirse a las cláusulas generales impuestas por este modelo. Incluso, el artículo 9 establecía un régimen de infracciones y sanciones en el cual se indicaba, por ejemplo, que los concesionarios del servicio público de energía eléctrica que suscribían acuerdos de acceso y uso compartido de infraestructura sin considerar la OBC, incurrían en infracción grave.

Respecto de las cuestiones económicas, el apéndice III de la OBC, en la descripción de las variables o parámetros de la metodología del RLBA, estableció de manera expresa que el “Na” era igual a tres (3), con lo cual el OSIPTEL por primera vez estaba adoptando a través de una norma con carácter general su posición sobre el valor del “Na”.

Por otro lado, sobre los mecanismos de solución de controversias, la propuesta de OBC indicó en su artículo 8 que, siempre que se tratara de causas ajenas a aquellas de las que son competencia exclusiva del OSIPTEL, las empresas pueden incluir un acuerdo arbitral, a efectos que la solución de la controversia sea sometida en el fuero arbitral. En la misma línea, se indicó que las empresas no pueden incluir en su acuerdo arbitral cuestiones no arbitrables como, entre otras, las relativas al cumplimiento de las disposiciones normativas para la compartición de infraestructura previstas en las Leyes N° 28295, N° 29904, sus reglamentos y normas relacionadas.

Con la publicación para comentarios del proyecto normativo, la propuesta de OBC del OSIPTEL tuvo una serie de cuestionamientos, particularmente, por los agentes del sector eléctrico. Así, como se puede

colegir de la matriz de comentarios del proyecto normativo de la OBC, se indicó que la obligatoriedad de seguir el modelo de cláusulas de la OBC restringía la libertad contractual de las empresas eléctricas para poder negociar los Contratos de Compartición. Adicionalmente, indicaron que no correspondía al OSIPTEL determinar expresamente que el valor del “Na” era igual a tres (3), puesto que dicha decisión le correspondía al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de Ente Rector, razón por la cual se estaría vulnerando el principio de legalidad.

### III.2. Análisis de la Oferta Referencial de Compartición como alternativa regulatoria para mejorar el proceso de negociación de Contratos de Acceso y Uso Compartido de Infraestructura

#### III.2.1. La ORC como mecanismo “*facultativo*” para las empresas eléctricas y de telecomunicaciones

Tal como se ha citado previamente, hasta el momento la normativa de telecomunicaciones contemplaba una Oferta Básica de Compartición para el régimen de compartición del Decreto Legislativo N° 1019 para Proveedores Importantes de Telecomunicaciones, el cual era vinculante para las partes y de obligatorio cumplimiento.

Sin embargo, el uso de la Oferta Referencial de Compartición para la suscripción de acuerdos y emisión de mandatos en el marco de la LBA y su reglamento es facultativo, es decir, las partes podrán o no acogerse a el modelo propuesto para la compartición.

Sobre el particular, resulta cuestionable que el OSIPTEL haya generado un nuevo mecanismo para la suscripción de contratos de compartición y mandatos que no ostenta la obligatoriedad que si tiene el Decreto Legislativo N° 1019 para proveedores importantes. El único sustento para tal diferenciación con el otro régimen sería que el RLBA no le habilita al OSIPTEL a aprobar una Oferta Básica de Compartición

Ahora bien, la característica facultativa de este mecanismo hace cuestionar que esta alternativa sea idónea para mejorar el proceso de negociación de Contratos de Acceso y Uso Compartido de Infraestructura, toda vez que, al ser facultativo, las empresas eléctricas pueden seguir dilatando los procesos de negociación y seguir sus propios esquemas contractuales con las empresas de telecomunicaciones.

Incluso, cuando el artículo 4 de la ORC señala que “*se considera negativa injustificada al acceso y uso compartido de infraestructura por parte del titular de infraestructura de soporte de energía eléctrica, el no suscribir el acuerdo de compartición **por desacuerdo con el valor de la contraprestación** (...)*”, lo único que la norma producirá es que el operador de telecomunicaciones pueda solicitar inmediatamente la emisión del mandato de compartición, recurriendo nuevamente a este mecanismo que es cada vez más la regla que la excepción.

Por otro lado, a pesar que la ORC contempla en su contrato tipo un “Na” igual a tres (3) siguiendo la posición del OSIPTEL, al ser esta facultativa, no reducirá la cantidad de emisión de mandatos, en tanto las empresas eléctricas continuarán en desacuerdo respecto del valor del “Na” en la metodología del RLBA.

De tal manera, vale cuestionar la decisión regulatoria de OSIPTEL respecto de la propuesta de la ORC, en tanto que las acciones orientadas a disminuir las problemáticas del proceso de negociación de Contratos debieron estar enfocadas en una modificación específica promovida conjuntamente con el MTC sobre el valor del “Na”. Cabe señalar además que la indeterminación del “Na” solo es una arista de un problema integral vinculado a la formulación de toda la Metodología, toda vez que las empresas de energía en más de un procedimiento han mostrado su posición en contra del actual modelo regulatorio de la misma.

En la misma línea, la GPRC del OSIPTEL señaló que resultaba necesario una aclaración del MTC para la revisión de parámetros que se aplican en la fórmula de compartición, especialmente, sobre el “Na” con la finalidad que exista mayor claridad sobre los precios que se aplican entre empresas (2020, 17).

En tal sentido, se advierte la necesidad de una modificación del RLBA a cargo del MTC, en el cual pueda establecer de manera expresa el valor del “Na” dentro de la Metodología. Sin perjuicio de ello, resulta pertinente que también se analice la posibilidad de realizar una revisión integral de todos los valores de la Metodología, en tanto los agentes del sector eléctrico han mostrado su reticencia a aceptar lo regulado en la Metodología por diversos argumentos de índole técnico que no han sido tomados en cuenta.

### III.2.2. Sobre la indeterminación de los mecanismos de solución de controversias de temas vinculados al acceso y uso compartido de infraestructura

La ORC no ha esclarecido uno de los puntos más debatidos por las autoridades del OSIPTEL: la arbitrabilidad de las controversias vinculadas al acceso y uso compartido de infraestructura, específicamente, las controversias generadas por la indeterminación de la contraprestación periódica que tienen que retribuir las empresas de telecomunicaciones a las empresas eléctricas ante la imprecisión del “Na” en la Metodología.

Al respecto, se aprecia que únicamente el Anexo de la Resolución que regula la ORC señala en su numeral 17.3 que, de no llegarse a un acuerdo de trato directo dentro del plazo y en todo que no sea de competencia exclusiva del OSIPTEL, las partes pueden someterse a la jurisdicción judicial o arbitral. Sin embargo, la interpretación de qué cuestiones pueden ser competencia de OSIPTEL son muy ambiguas.

Sobre el particular, resulta necesario especificar que el literal f) del artículo 53 del Reglamento General de OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM (en adelante, el Reglamento General de OSIPTEL) ha determinado las controversias que se encuentran bajo el ámbito de competencia del OSIPTEL, señalando que son, entre otras, las que se encuentran relacionadas con el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.

Adicionalmente, el artículo 55 del Reglamento General de OSIPTEL, señala que la vía administrativa previa es obligatoria y de competencia exclusiva de OSIPTEL. En la misma línea, respecto de la arbitrabilidad de ciertas materias, el artículo 50 del Reglamento General de OSIPTEL señala que las empresas operadoras podrán someter sus controversias a arbitraje, salvo que versen sobre materias no arbitrables; además, indica que *"se consideran materias no arbitrables, por tratarse del ejercicio de atribuciones o funciones de imperio del Estado, las referidas al cumplimiento de las **funciones que corresponden desarrollar a OSIPTEL**"*. En ese sentido, se colige que las materias vistas en virtud de la función de solución de controversias, no pueden ser sometidas a conocimiento de arbitral.

Sin perjuicio de ello, ¿la contraprestación está directamente relacionado al acceso y uso compartido de infraestructura? En efecto, debe considerarse que la contraprestación determinada a través de la Metodología establecida en el RLBA si constituye un elemento que permite o restringe el acceso y uso compartido de infraestructura. Así, se entiende que, si existen discrepancia en la contraprestación o limitaciones por el agente dueño de la infraestructura, no se podrá llevar a cabo la compartición y, por ende, se limitaría la finalidad de este régimen legal.

Adicionalmente vale rescatar lo que señala la doctrina, es decir, que *"la contraprestación por el ejercicio del derecho de acceso debe ser fijada por el poder público por una razón fundamental: no existe mercado, esto es, competencia entre distintos operadores que ofrezcan esa prestación,*

entonces, el uso de dichas instalaciones es como un monopolio, indispensable para realizar otras actividades” (Villar 2004, p. 278). En esa línea, debe advertirse que, si el Estado no interviniera en la determinación del precio y las controversias en torno a este, se vulneraría el principio de no discriminación, en tanto cada agente pondría precios diferenciados para el acceso a la infraestructura, generando una distorsión en el mercado.

A partir de lo mencionado, resulta importante que el OSIPTEL refuerce su función de solución de controversias no a través de normas de orden reglamentario o de menor jerarquía sino a través de su Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, Ley N° 27336, en la cual debe especificarse que las controversias bajo competencia de OSIPTEL deben tramitarse previamente en sede administrativa.

### III.2.3. La regulación Ex Ante

De acuerdo a Laguna de Paz, la regulación decide los espacios de la vida social que quedan publicados (servicios públicos), así como la ordenación, supervisión y control de las actividades sujetas a la libre iniciativa (2011,93). Particularmente, en el sector de telecomunicaciones, si bien existen avances que han permitido que el proceso competitivo se incremente y exija una menor intervención normativa por parte del Estado, aún existen espacios en los cuales resulta necesario que el proceso normativo y regulatorio oriente las actividades de estos agentes ante la dificultad técnica o económica que se presenta.

En el Perú, se viene utilizando una herramienta denominada “*Análisis de Impacto Regulatorio (AIR) Ex Ante*” que permite evaluar problemas públicos y ver sus implicancias y efectos a los agentes a quienes les afecta directa o indirectamente una determinada regulación.

De acuerdo al Manual de aplicación del AIR Ex Ante uno de los componentes más importantes para realizar el AIR es identificar de forma precisa el problema público y sus causas conexas, toda vez que una mala interpretación del problema puede llevar a idear soluciones

incorrectas, desproporcionadas o inadecuadas (Presidencia de Consejo de Ministros 2021, 15).

En el caso concreto, hemos advertido que el **problema central** de la aplicación del régimen de compartición de la LBA y su reglamento, **es la dificultad en el proceso de negociación de los Contratos de Compartición**, lo cual se sustenta o evidencia en la cuantiosa emisión de mandatos de compartición por el OSIPTEL, así como las controversias que se tramitaron ante el Cuerpo Colegiado y Tribunal por la errónea aplicación del “Na” para determinar la contraprestación. Asimismo, podríamos advertir que la causa principal de esta problemática está ligada a la indeterminación del valor “Na” en el RLBA por parte del MTC, así como la incomprensión integral de la metodología por parte de los agentes del sector eléctrico.

Dentro de **los efectos** de mantener la misma regulación, se tiene que el proceso de compartición de infraestructura va a dilatarse, originando que diversas empresas de telecomunicaciones no accedan a infraestructura para desplegar sus redes y, finalmente, no se fomente la competencia en el mercado perjudicando a los usuarios.

Por otro lado, identificamos como **principales afectados** a empresas de telecomunicaciones que brindan servicio portador, empresas que brindan el servicio público de energía o hidrocarburos y usuarios de los servicios públicos de telecomunicaciones.

Por otro lado, dentro del segundo componente del AIR se busca identificar y desarrollar **los objetivos de la regulación**. En el caso concreto, se tiene que el objetivo principal es que las empresas de telecomunicaciones puedan acceder a infraestructura de empresas del sector eléctrico para desplegar su banda ancha fija o móvil. De tal manera, se persigue de forma general la expansión de la red de banda ancha, mejorando la conectividad de diversos usuarios a nivel nacional.

En otro extremo, debe identificarse **alternativas de solución regulatorias o no regulatorias**. En el caso particular, de los documentos de trabajo de la ORC se observa que OSIPTEL tomó como

alternativa regulatoria la emisión de una norma complementaria al RLBA, y por ello emitió la Resolución con las disposiciones de la OBC.

Si bien la propuesta inicial comprendía una OBC como la aplicada al Decreto Legislativo N° 1019, la creación *siu generis* de una Oferta Referencial de Compartición con una aplicación facultativa para los agentes involucrados, no constituye la manera más idónea de incentivar que los mismos aceleren sus procesos de negociación.

Al respecto, debe considerarse que otra de las alternativas que debió ser tomada en cuenta es la modificación del RLBA por parte del MTC, particularmente, el extremo referido a la Metodología que determinaba la contraprestación, al ser este uno de los aspectos más importantes que retrasaba la suscripción de Contratos de Compartición.

Cabe traer a colación uno de los pronunciamientos del Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTEL<sup>2</sup> donde expresa que el MTC es el encargado directo de fijar la contraprestación periódica por acceso y uso compartido de infraestructura. Así, indicó lo siguiente:

***“73. Si bien el OSIPTEL tiene atribuida legalmente la función de regulación de precios en el mercado de telecomunicaciones, en el caso particular de la fijación de la contraprestación periódica por el acceso y uso compartido de infraestructura, el legislador optó por atribuir esta competencia directamente al MTC, al encargarle la responsabilidad de elaborar el Reglamento. Esta función no modifica la naturaleza del MTC, pero la función desplegada para este propósito claramente tiene un componente regulatorio, que no se puede discutir en ejercicio de función de solución de controversias por ser esta una actividad administrativa distinta a aquella.*”**

En ese sentido, se tiene que para modificar el “Na” o la metodología integral, dicha competencia se encuentra atribuida al MTC, por lo que el OSIPTEL debió promover ante el Ente Rector esta modificación y, más adelante, evaluar el impacto que tenía esta modificación en el proceso de negociación de los Contratos de Compartición. A partir de la modificación del RLBA hubiera resultado idóneo que el OSIPTEL implementara otros mecanismos normativos para mejorar el marco

---

<sup>2</sup> Resolución N° 00026-2020-TSC/OSIPTEL del Expediente N° 008-2018-CCO-ST/CI.

regulatorio actual; sin embargo, como se ha desarrollado, la propuesta de la ORC no atacó el problema legal de raíz de los procesos de negociación en el marco de la LBA y su Reglamento.

#### **IV. Conclusiones**

La compartición de infraestructura en telecomunicaciones tiene su sustento en las dificultades que enfrentan los diferentes agentes de telecomunicaciones para ingresar al mercado, toda vez que la infraestructura a implementar irroga un costo elevado que no puede ser asumido por el nuevo competidor. En ese sentido, resulta apropiado que estos utilicen infraestructura preexistente, para lo cual el ordenamiento jurídico peruano ha desarrollado tres regímenes de compartición de infraestructura.

La Ley de Banda Ancha y su Reglamento establecen uno de los regímenes de compartición de infraestructura de telecomunicaciones entre empresas de telecomunicaciones y empresas que brindan el servicio de energía eléctrica o hidrocarburos, con la finalidad que estas últimas arrienden su infraestructura para el despliegue de redes de telecomunicaciones.

El régimen de compartición de infraestructura de la Ley de Banda Ancha y su reglamento ha tenido una serie de dificultades en su aplicación que se evidencia en la numerosa emisión de mandatos de compartición ante las discrepancias de las empresas de telecomunicaciones y eléctricas, así como las controversias tramitadas ante las autoridades del OSIPTEL. Dichas dificultades, tenían como causa principal la indeterminación del valor “Na” en la Metodología que permitía establecer la contraprestación periódica que se retribuiría a la empresa eléctrica por compartir su infraestructura (postes).

Con la publicación de la resolución que aprueba la Oferta Referencial de Compartición se establecieron diversas disposiciones que tenían como finalidad establecer un Contrato marco que permitiera acelerar el proceso de negociación, así como transparentar los costos de

compartición como tal; sin embargo, al contener la Oferta Referencial de Compartición disposiciones facultativas, no ha terminado por resolver el problema principal de los procesos de negociación en los Contratos de Compartición.

A partir del análisis realizado, utilizando la herramienta metodológica del Análisis de Impacto Regulatorio (AIR), se advierte que resulta necesaria una modificación del Reglamento de la Ley de Banda Ancha por parte del MTC, en el cual determine expresamente el valor del “Na”, así como, de ser el caso, una revisión integral de toda la Metodología, en tanto las empresas eléctricas no se encuentran conformes con los valores ahí asignados para la determinación de la retribución periódica.

## V. Bibliografía

Dirección de Políticas Regulatorias y Competencia del L, (2020) *Informe N° 00043-DPRC/2020* [Informe Legal]. OSIPTEL.

Exposición de motivos de la Norma que establece la “Oferta Referencial de Compartición (ORC) y otras disposiciones aplicables a la Compartición de Infraestructura Eléctrica utilizada para el despliegue de redes de telecomunicaciones” [\\*resol143-2022-cd-exposición-motivos.pdf \(osiptel.gob.pe\)](https://osiptel.gob.pe/resol143-2022-cd-exposicion-motivos.pdf)

Laguna de Paz, J. C. (2011). Regulación, externalización de actividades administrativas y autorregulación. *Revista de administración pública*, 185, 89-112.

Martínez, R., Iglesias, E., & García, A. (2020). *Transformación digital: Compartición de infraestructura en América Latina y el Caribe*. Banco Interamericano de Desarrollo. <https://doi.org/10.18235/0002903>

Norma que establece la Oferta Referencial de Compartición y otras disposiciones aplicables a la Compartición y otras disposiciones aplicables a la Compartición de Infraestructura Eléctrica utilizada para el despliegue de redes de telecomunicaciones, aprobada por Resolución de Consejo

Directivo N° 143-2022-CD/OSIPTTEL (OSIPTTEL, 2022). Diario Oficial El Peruano, 8 de septiembre.

Presidencia de Consejo de Ministros. (2021). *Manual para la aplicación del Análisis de Impacto Regulatorio Ex Ante (AIR)*.

Proyecto de norma que establece Oferta Básica de Compartición y otras disposiciones aplicables a la Infraestructura Eléctrica utilizada para el despliegue de redes de telecomunicaciones, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 199-2020-CD/OSIPTTEL (OSIPTTEL, 2020). Diario Oficial El Peruano, 25 de diciembre

Resolución del Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTTEL, Resolución N° 00026-2020-TSC/OSIPTTEL (2020).

Rosselló, B. K., & Sánchez, E. Q. (2005). La doctrina de las facilidades esenciales y su recepción en el Perú. *Ius Et Veritas*, 31, 59-89.

Ugarte A. (2013). Essential facilities and the abuse of a dominant position. *Revista de derecho (Coquimbo)*, 20 (2), 233-268. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532013000200009>

Villar, F. J. (2004). *Las Instalaciones Esenciales para la Competencia: Un Estudio de Derecho Público Económico*. Editorial Comares.

Zegarra, D. (2018). *Introducción al Derecho de Telecomunicaciones (1a ed.)*. Fondo Editorial PUCP.