

# LA RED DORSAL Y LOS ‘COSTOS JURÍDICOS’ DE MANTENER UN PROYECTO QUE YA NO ES VIABLE

## THE DORSAL NETWORK AND THE ‘LEGAL COSTS’ OF MAINTAINING A PROJECT THAT IS NO LONGER VIABLE

María del Rosario Quiroga\*  
Rodrigo, Elías & Medrano

Luis Fernando Roca\*\*  
Exmiembro del Consejo Directivo de THĒMIS  
Rodrigo, Elías & Medrano

*It is not difficult to identify the monetary costs derived from the execution of a major infrastructure project. That is why, when these projects fail to produce the expected results, they are labeled as ‘white elephants’: due to their high costs and low benefits. However, cost analysis tends to ignore the serious impact that a project can have on the legal system, especially when it involves a legal framework that is not fully coherent with other law principles and may enable authorities to perform arbitrary actions.*

*The authors propose this to be the case of Peru’s National Dorsal Fiber Optic Network. More than five years after its implementation, the project cannot meet the market’s needs and has led to the issuance of contradictory and arbitrary decisions. This situation has affected some constitutional principles, such as legal predictability, a cost that must be considered when implementing future projects.*

**KEYWORDS:** *Broadband; infrastructure; legal certainty; rule of law.*

*Es fácil identificar el costo en dinero que implica para el Estado ejecutar un gran proyecto de infraestructura. Por eso, cuando estos proyectos no traen los beneficios esperados, se les califica de ‘elefantes blancos’, porque implican un alto costo sin brindar mayores beneficios. Sin embargo, este análisis de suele obviar la grave afectación en el ordenamiento jurídico que puede causar un gran proyecto de infraestructura, especialmente si ha implicado la emisión de un marco normativo que no es plenamente coherente con otros principios jurídicos y ha derivado en un actuar de las autoridades que podría ser calificado como arbitrario.*

*Para los autores, este último sería el caso de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica. A más de cinco años de su licitación, dicho proyecto no solo ha demostrado que no responde a las necesidades del mercado, sino que también ha dado lugar a decisiones contradictorias y arbitrarias. Esto ha vulnerado diversos principios constitucionales, como la seguridad jurídica, cuyo impacto también debe considerarse al evaluar el impacto de futuros proyectos.*

**PALABRAS CLAVE:** *Banda ancha; infraestructura; seguridad jurídica; Estado de derecho.*

\* Abogada. Consejera del Despacho Regulatorio del Estudio Rodrigo, Elías & Medrano Abogados (Lima, Perú). Contacto: rquiroga@estudiorodrigo.com.

\*\* Abogado. Asociado del Despacho Regulatorio del Estudio Rodrigo, Elías & Medrano Abogados (Lima, Perú). Contacto: lroca@estudiorodrigo.com.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 30 de enero de 2021, y aceptado por el mismo el 10 de agosto de 2021.

## I. INTRODUCCIÓN

En los últimos meses, el Congreso peruano ha acaparado titulares por la emisión de una serie de medidas que contravienen principios económicos y jurídicos básicos de nuestra economía social de mercado<sup>1</sup>. Este tipo de medidas, tan comunes en nuestra región, parecen impulsadas por el afán populista de algunos congresistas. Sin embargo, incluso proyectos de largo plazo, beneficiosos para el país y debidamente planificados, pueden incurrir en vicios similares cuando sus resultados no son los previstos y, a pesar de ello, las autoridades insisten en seguir impulsándolos, aunque eso signifique dejar de lado los principios de nuestra Constitución y las bases del Estado de derecho.

Este último parece ser el caso de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (en adelante, RDNFO), proyecto que tuvo el loable objetivo de promover el desarrollo igualitario del país, conectando Lima y todas las capitales de provincia del Perú a través de una red de fibra óptica de más de 13,000 kilómetros.

La implementación de la RDNFO requirió la formulación de un complejo marco regulatorio y una inversión de más de US\$300 millones<sup>2</sup>, cuyo riesgo es compartido por el concesionario y el Estado peruano, bajo un modelo cofinanciado.

Lamentablemente, una serie de circunstancias no previstas al elaborar el proyecto determinaron su fracaso en los términos que explicaremos más adelante. Esto no solo ha implicado un costo económico para todos los peruanos, quienes seguimos financiando el proyecto, pues lo más grave es que, con el objeto de mantener la RDNFO —cuya concesión, hoy en día, el Estado ha resuelto mediante Resolución Ministerial 689-2021-MTC/01 (2021), por motivos de interés público— se han forzado instituciones jurídicas con decisiones de cuestionable sustento, que debilitan la seguridad jurídica en nuestro país.

En el presente artículo nos proponemos analizar una cuestión que suele ser ignorada por los informes económicos, pues es difícil de medir: el

impacto de tales decisiones en nuestro sistema jurídico e instituciones, es decir, el 'costo jurídico' de la RDNFO. Para ello, primero repasaremos las principales características del marco normativo aplicable a la RDNFO, incluyendo las disposiciones que se han ido incorporando a este; luego, describiremos el costo económico que ha generado, según ha sido identificado por diversas instituciones que han evaluado el proyecto; y, finalmente, analizaremos las decisiones administrativas que se han tomado bajo el marco legal de la RDNFO, con énfasis en las múltiples distorsiones que toda esta actuación ha generado.

## II. EL DESPLIEGUE DE REDES DE BANDA ANCHA EN EL PERÚ

La Unión Internacional de Telecomunicaciones (en adelante, UIT) define a la 'banda ancha', de modo general, como el conjunto de tecnologías que ofrece capacidad de conexión a internet de forma veloz, sin limitarse a una velocidad determinada ni a un servicio específico<sup>3</sup>. Entre las tecnologías que puedan aplicarse a la prestación de servicios de banda ancha se encuentran las redes de área local inalámbrica (WLAN), los módems de cable, las líneas de abonado digital (ADSL) y los cables de fibra óptica, que usan láseres para transmitir impulsos de luz a lo largo de fibras muy finas de silicona. Como la luz usa frecuencias más altas que las señales eléctricas o radioeléctricas, los cables de fibra óptica pueden transportar muchos más datos que otros medios de comunicación<sup>4</sup>.

La legislación peruana, en línea con la UIT, tampoco ha limitado el significado de 'banda ancha' a una velocidad o tecnología<sup>5</sup>. De hecho, dicho término se encuentra definido en el artículo 4 de la Ley 29904 de la siguiente manera:

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, a velocidades apropiadas para la obtención y emisión interactiva de información multimedia, y para el acceso y utilización adecuada de diversos servicios y aplicaciones de voz, datos y contenidos audiovisuales (2012).

<sup>1</sup> Nos referimos a la Ley 31018, que suspende el cobro de peajes durante el estado de emergencia por el brote de COVID-19 (declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional mediante sentencia recaída en el Expediente 00006-2020-PI/TC, 2020) y la Ley 31083, que establece la devolución de los aportes administrados por la Oficina de Normalización Previsional (cuya constitucionalidad se encuentra en debate en el Tribunal Constitucional).

<sup>2</sup> Ver Agencia de Promoción de la Inversión Privada [ProlInversión] (s.f.).

<sup>3</sup> Ver Unión Internacional de Telecomunicaciones (s.f.).

<sup>4</sup> Ver Unión Internacional de Telecomunicaciones (s.f.).

<sup>5</sup> Sin perjuicio de que el Ministerio se encuentra facultado a fijar la velocidad mínima para el acceso a internet de banda ancha.

La velocidad y capacidad de transmisión de los servicios de banda ancha en general, y de las redes de fibra óptica en especial, produce una serie de ventajas frente a otras tecnologías. Particularmente, la banda ancha favorece la prestación de servicios de telecomunicaciones en convergencia, permitiendo que una sola red sirva para la prestación de múltiples aplicaciones –voz, video y datos– con el acceso a internet como componente central (Comisión Multisectorial Temporal, 2011, p. 17). Esto ha generado que la banda ancha forme parte de los planes de desarrollo económico de los Estados, ya que puede producir un impacto positivo en su productividad (Pacheco, 2012, p. 16).

El Perú no ha sido ajeno a esta tendencia y, mediante Decreto Supremo 034-2010-MTC (2010), aprobó como Política Nacional la implementación de una red dorsal de fibra óptica para facilitar a la población el acceso a internet de banda ancha. En la misma línea y como medida para facilitar el acceso a internet y promover la competencia en la provisión de servicios de banda ancha, el Plan Nacional para el Desarrollo de la Banda Ancha en el Perú recomendó la creación de una red dorsal nacional de fibra óptica que pueda soportar altos niveles de tráfico (Comisión Multisectorial Temporal, 2011, p. 165).

Considerando las recomendaciones planteadas en el Plan Nacional para el Desarrollo de la Banda Ancha en el Perú, el 20 de julio del 2012 se promulgó la Ley 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (en adelante, Ley de Banda Ancha).

Es importante tener en cuenta que, a la fecha de publicación de la Ley de Banda Ancha, se habían desplegado solo alrededor de 8,900 kilómetros de fibra óptica en el Perú, limitados principalmente a la costa del país. Además, el número de conexiones de banda ancha por cada 100 habitantes (teledensidad) era bajo (4.39%), pero venía creciendo sostenidamente. Los motivos de esta baja penetración fueron identificados en el Plan Nacional para el Desarrollo de la Banda Ancha en el Perú, que destacó la necesidad de incentivar la inversión en el despliegue de redes y generar sinergias con prestadores de otros servicios (hidrocarburos, electricidad, carreteras) para facilitar dicho despliegue, entre varias otras medidas (Pacheco, 2012, pp. 19-20).

Considerando dicho objetivo, la Ley de Banda Ancha y su Reglamento<sup>6</sup>, vigentes hasta el día de hoy, establecieron el marco normativo general aplica-

ble al despliegue de redes de banda ancha, en el cual se dispuso, entre otros, lo siguiente:

- a) Se declaró de necesidad pública y de interés nacional la construcción de la RDNFO, la cual conectaría las capitales de provincia del país. También, se dispuso la implementación de redes regionales, que conectarían las capitales de distrito (Ley 29904, 2012, arts. 3 & 7).
- b) Se estableció que el Estado será el titular propietario de la RDNFO (Ley 29904, 2012, art. 8).
- c) Se facultó al Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, el Ministerio) a establecer las condiciones técnicas, económicas y legales para el diseño y la construcción de la RDNFO, pudiendo entregarla en concesión (Ley 29904, 2012, arts. 7 & 8).
- d) Se definió al operador de la RDNFO como un “operador neutro”; esto es, que proporciona servicios portadores a otros operadores y no tiene usuarios finales (Ley 29904, 2012, art. 9.2).
- e) Se estableció que las tarifas de los servicios prestados mediante la operación de la RDNFO sean, en la medida de lo posible, iguales a nivel nacional (Ley 29904, 2012, art. 9.3).
- f) Se reservó un porcentaje de la capacidad de la RDNFO para la implementación de una red nacional de banda ancha estatal (REDNACE), que se utilizaría para el “desarrollo de la sociedad de la información y el conocimiento” (Ley 29904, 2012, arts. 17 & 18).
- g) Se dispuso el acceso y uso obligatorio de los proveedores de servicios de banda ancha a la infraestructura de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos. En caso de falta de acuerdo en los términos y condiciones de dicho acceso, se faculta al Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante, Osipitel) a emitir un mandato de compartición (Ley 29904, 2012, art. 13; Decreto Supremo 014-2013-MTC, 2013, art. 25).
- h) Se estableció una metodología para determinar la contraprestación por el acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e

<sup>6</sup> Aprobado mediante Decreto Supremo 014-2013-MTC (2013).

hidrocarburos (Decreto Supremo 014-2013-MTC, 2013, art. 25, Anexo 1).

Definido el marco normativo, en mayo de 2013, la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (en adelante, ProInversión) convocó al Concurso de Proyectos Integrales para la entrega en concesión de la RDNFO, del cual resultó adjudicataria Azteca Comunicaciones S.A.C. (en adelante, Azteca). El 17 de junio de 2014, la empresa y el Ministerio suscribieron el Contrato de Concesión para la construcción y operación de la RDNFO (Resolución Ministerial 343-2014-MTC/03, 2014), que dispuso, entre otras, las siguientes condiciones:

- (i) Estableció el cobro de una tarifa única a nivel nacional por la prestación de servicios portadores, prohibiéndose a Azteca efectuar descuentos de cualquier tipo a dicha tarifa (cláusula 40 del Contrato de Concesión).
- (ii) Se acordó el cofinanciamiento estatal de la RDNFO. Así, en caso los ingresos de Azteca por la operación de la RDNFO no cubran el monto de la Retribución por Inversión (RPI) o de la Retribución por Operación y Mantenimiento (RPMO) ofertados por la concesionaria, el Estado estaría obligado a asumir la diferencia (cláusula 30 del Contrato de Concesión).

Como puede verse, la implementación de la RDNFO no fue sencilla; todo lo contrario, requirió de la emisión de un amplio y detallado marco legal y contractual, que tuvo por objeto otorgar el soporte normativo para un proyecto de conectividad viable y competitivo que facilite el acceso a internet de banda ancha a todos los rincones del Perú. Ese objetivo, sin embargo, no se ha logrado.

Desde que empezó a operar en el 2016, la RDNFO ha tenido más problemas que logros. Ello ha resultado en que este proyecto resulte económicamente inviable, motivo por el cual, a la fecha, el Ministerio ha terminado el Contrato de Concesión de Azteca por razones de interés público<sup>7</sup>. Esto no ha impedido, sin embargo, que, durante la ejecución del Contrato, se hayan ejecutado una serie de actos bastante cuestionables que, como describiremos a continuación, no solo tienen un impacto económico negativo, sino que afectan la seguridad

jurídica y otras instituciones en las que se funda el Estado de derecho.

### III. LA RED DORSAL: ¿UN ELEFANTE BLANCO?

En la actualidad, se afirma que la RDNFO es un 'elefante blanco'<sup>8</sup>, es decir, un proyecto costoso de mantener y que no aporta mayores beneficios<sup>9</sup>. No se trata, además, de una impresión ligera; el mismo Ministerio y otras entidades, como el Banco Mundial, señalan que la RDNFO no ha cumplido las expectativas que se generaron cuando fue ideada, debido a su alto costo y a que se encuentra infrautilizada (Dirección General de Políticas y Regulación en Comunicaciones, 2019, p. 18).

El primer problema fueron las proyecciones realizadas por el Ministerio, las cuales no se cumplieron debido a una respuesta del mercado que no fue anticipada por el Estado. En efecto, la oferta privada supo atender la demanda por servicios de banda ancha de manera más rápida y eficaz que la RDNFO, dejando a este costoso proyecto con pocos clientes y muy pocos ingresos. Repasemos la historia.

En el 2011, existían pocas iniciativas de banda ancha en el Perú, por lo que se consideró necesario impulsar la oferta de estos servicios para hacer frente a una esperada demanda por el uso de nuevas aplicaciones basadas en internet. En ese momento no se sabía cómo se comportaría la oferta, por lo que no era posible prever si toda la demanda esperada sería atendida (Bando Mundial, 2018, p. 18). Es entonces que se optó por impulsar el desarrollo de la RDNFO.

Los pronósticos del año 2011, respecto al crecimiento de la demanda por servicios de banda ancha, sí se cumplieron. De hecho, según estadísticas publicadas por Osiptel, el tráfico de internet móvil ha mostrado un crecimiento exponencial en los últimos años, multiplicándose veintisiete veces entre inicios de 2014 y fines de 2017. El consumo de *megabytes* promedio por usuario también se ha multiplicado catorce veces en dicho periodo, lo que da muestra de la exponencial evolución de la demanda por contenidos digitales en el Perú (Banco Mundial, 2018, p. 15).

Más aún, el comportamiento de los usuarios en este periodo ha llevado a incrementar la velocidad

<sup>7</sup> Ver Resolución Ministerial 689-2021-MTC/01 (2021).

<sup>8</sup> Así se han expresado múltiples artículos periodísticos que tratan el tema. Ver Lucas (2018) y DN Consultores (2018a). Las notas de prensa que resaltan el fracaso del modelo han sido muchas.

<sup>9</sup> Véase la definición de la expresión 'elefante blanco' consignada por la Real Academia Española de la Lengua: <https://dle.rae.es/elefante>.

de sus conexiones de internet mediante el uso de tecnologías más avanzadas. La tecnología 3G pasó de ser usada por menos del 10% de los usuarios en 2010 a representar el 44% de las conexiones en el 2018, mientras que la tecnología 4G pasó a representar el 24% de las conexiones, acercándose al nivel de la rezagada tecnología 2G (Banco Mundial, 2018, p. 16).

Sin embargo, por el otro lado, la oferta para la prestación de servicios portadores de banda ancha excedió largamente lo previsto. Entre 2013 y 2020, se pasó de aproximadamente trece mil (13,000) kilómetros a más de cincuenta y ocho mil (58,000) kilómetros de fibra óptica tendida (Dirección de Gestión de Inversiones en Comunicaciones, 2021a, p. 22). Esto se explica principalmente por el crecimiento de la fibra óptica interurbana. Se incorporaron nuevos operadores que pasaron a ser competidores directos de la RDNFO (Banco Mundial, 2018, p. 18).

Los nuevos competidores de la RDNFO, además, son hoy en día quienes se esperaba que fueran clientes de esta: los operadores que brindan servicios de telecomunicaciones a usuarios finales. De hecho, actualmente hay por lo menos tres operadores verticalmente integrados que cuentan con cobertura de fibra óptica a nivel nacional: Telefónica del Perú, América Móvil y Viettel. Estos son los competidores que también lideran el mercado nacional de acceso a internet fijo, lo que debilita en gran medida la demanda potencial por el uso de la RDNFO (Dirección General de Políticas y Regulación en Comunicaciones, 2019, pp. 19-20).

Esta situación competitiva no tiene visos de cambiar. Por el contrario, se espera que los operadores minoristas continúen fortaleciendo su red de banda ancha propia, para así asegurar la autonomía de sus costos ante la creciente demanda del servicio. Así, la tercerización del servicio portador que ofrecería la RDNFO deviene en un recurso marginal, viable únicamente en lugares remotos o para operadores que no cuentan con red propia (Banco Mundial, 2018, p. 18).

Resulta claro, pues, que la oferta de banda ancha hoy es mucho mayor que la proyectada cuando se decidió implementar la RDNFO y puede perfectamente atender la demanda de uso de internet. Por eso, a septiembre de 2020, la RDNFO tenía una capacidad de 17.5 gigabits por segundo (Gbps) arrendada a sus clientes; esto es catorce veces menos de lo estimado originalmente para fines de ese año (More & Argandoña, 2020, p. 16). De hecho, desde 2017, el promedio de utilización de la RDNFO ha sido del 3.27% de la capacidad de la red (Dirección de Gestión de Inversiones en Comunica-

ciones, 2021a, p. 27). Esta subutilización es la que ha llevado a calificar la RDNFO de 'elefante blanco', y la que nos lleva a cuestionar si era realmente necesario que el Estado asuma el riesgo y cofinancie el despliegue de estas redes a nivel nacional.

Ahora bien, los problemas de la RDNFO no solo responden a una evolución del mercado de banda ancha distinto del previsto al momento de formular el proyecto. Estos también han derivado del marco regulatorio y contractual bajo el cual se ha desarrollado la red que, como explicaremos a continuación, en muchos casos puede constituir una barrera para que esta se adapte a la realidad económica que ha dictado el mercado para poder competir.

Una primera barrera sería la falta de incentivos que tiene Azteca, como operador de la RDNFO, para dinamizar y hacer crecer la operación. El cofinanciamiento estatal asegura los ingresos de la empresa, liberándola de la necesidad de mantener o incrementar su margen de resultados (Banco Mundial, 2018, p. 19) tratando de captar más clientes (Dirección de Gestión de Inversiones en Comunicaciones, 2021a, p. 26). Esto habría dado lugar a que el Estado haya tenido que realizar pagos por retribuciones contractuales a favor de Azteca, por más de US\$290 millones entre junio de 2015 y junio de 2021, monto que excede en US\$191 millones el cofinanciamiento originalmente proyectado para dicho periodo (Dirección de Gestión de Inversiones en Comunicaciones, 2021b, p. 91). La RDNFO está lejos, pues, de ser autosostenible, al punto que hoy en día sus ingresos cubren únicamente el 7.7% de sus costos (Dirección de Gestión de Inversiones en Comunicaciones, 2021b, p. 90).

La RDNFO, además, se encontraría en desventaja frente a sus competidores en el mercado de servicios de banda ancha, porque está impedida de prestar servicios a usuarios finales, lo que limita el tamaño de su mercado. Además, cuenta con una tarifa fija muy por encima del promedio del mercado (Dirección de Gestión de Inversiones en Comunicaciones, 2021b, p. 89) que le impide responder con ofertas o descuentos para captar clientes.

Finalmente, se ha señalado que la demora en implementar las redes regionales complementarias a la RDNFO, que la conectarían a las capitales distritales, también ha afectado la demanda por su uso. A la fecha, y con ayuda de ProlInversión, se ha licitado la construcción de redes de fibra óptica para una gran cantidad de regiones; sin embargo, resulta discutible que esto vaya a revertir la baja demanda por el uso de la RDNFO, pues muchas capitales distritales ya se encuentran servidas por otros operadores y las que no lo están tienen muy

baja demanda (Dirección General de Políticas y Regulación en Comunicaciones, 2019, p. 25).

El impacto de estas distorsiones y barreras en la operatividad y viabilidad de la RDNFO no ha sido menor. Azteca ha declarado públicamente sus problemas económicos y ha negociado con el Ministerio posibles adendas, pidiendo finalmente la caducidad de su Contrato de Concesión<sup>10</sup>, lo que le permitiría abandonar el proyecto y trasladar su operación y responsabilidad al Estado peruano.

El Estado, por su parte, ha respondido a la situación modificando diversas disposiciones del Reglamento de la Ley de Banda Ancha para flexibilizar algunas de las barreras legales que restringían su operación. Así, mediante Decreto Supremo 002-2020-MTC, del 24 de enero de 2020, se excluyó a las redes regionales de la RDNFO (evitando, así, que se le apliquen sus restricciones) y se permitió expresamente al operador de la RDNFO prestar ciertos servicios complementarios.

Al no obtener resultados con las medidas planteadas, y como ya fue adelantado, el Ministerio incluso ha terminado unilateralmente el Contrato de Concesión suscrito con Azteca, con el objeto de proteger el interés público subyacente al desarrollo de la RDNFO, pues “la finalidad para la cual se realizó el Contrato de Concesión de la RDNFO no se viene cumpliendo” (Dirección de Gestión de Inversiones en Comunicaciones, 2021a, p. 34); sus objetivos son “inalcanzables” (Dirección de Gestión de Inversiones en Comunicaciones, 2021a, p. 35) y su situación actual “imposibilita la satisfacción del bien público” (Dirección de Gestión de Inversiones en Comunicaciones, 2021b, p. 56). Además, el mismo Ministerio ha determinado que la terminación del contrato es lo menos perjudicial para la caja del Estado, pues le permitiría ahorrar más de US\$600 millones (Dirección de Gestión de Inversiones en Comunicaciones, 2021a, p. 56).

A pesar de las idas y venidas del Estado en lo que respecta a la operación de la RDNFO, y a pesar de que, con la terminación contractual, esta pasará a ser operada por un tercero distinto de Azteca, lo cierto es que su estructura básica se mantiene. Esta estructura legal y contractual impide que el operador de la RDNFO compita en el mercado de usuarios finales por los servicios de banda ancha, limitando sus oportunidades de generar ingresos. Además, al haber sido la RDNFO un proyecto cofi-

nanciado por el Estado, sus pérdidas implican un desembolso de dinero estatal, lo que representa un costo económico asumido finalmente por todos los peruanos.

Sin perjuicio de lo anterior, creemos que los costos económicos y competitivos generados por la RDNFO, que hacen de esta un elefante blanco que cuesta mucho y que aporta poco, no constituyen el único problema que dicho proyecto ha causado a nuestro país. Creemos que el impacto que ha tenido el proyecto sobre la seguridad jurídica y predictibilidad del actuar estatal, a pesar de ser difíciles de cuantificar, son tan importantes como los costos económicos mencionados. Este impacto no ha sido analizado en los estudios citados; por ello, consideramos de suma importancia el análisis que expondremos en la siguiente sección.

#### IV. EL VERDADERO IMPACTO DE LA RED DORSAL

Para identificar el impacto generado por la implementación de la red dorsal en términos de daño a la confianza en las instituciones legales, particularmente en el sector telecomunicaciones, resulta importante analizar cómo se viene aplicando el marco normativo que regula el despliegue de la banda ancha.

Como describiremos a continuación, desde su concepción, el referido marco legal incluyó una serie de disposiciones cuestionables, por ser contrarias a los principios que regulan la libre competencia y la autonomía privada, permitiendo intervenciones innecesarias en el mercado de telecomunicaciones. Peor aún, tales intervenciones implicaron luego una aplicación distorsionada del marco legal, con el objeto de sostener la operación de un proyecto inviable, lo que ha derivado en la vulneración de otros principios jurídicos elementales para el Estado de derecho.

##### A. La compartición obligatoria de infraestructura en la Ley de Banda Ancha

El marco general aplicable a la prestación de servicios de telecomunicaciones es claro al señalar que tales servicios deben prestarse en condiciones de competencia. Así lo dispone el artículo 6 de la Ley de Telecomunicaciones<sup>11</sup>:

El Estado fomenta la libre competencia en la prestación de los servicios de telecomunicacio-

<sup>10</sup> El Contrato se puede encontrar en el siguiente enlace: [https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/461868/001\\_Proyecto\\_de\\_Adenda\\_No.\\_3.pdf](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/461868/001_Proyecto_de_Adenda_No._3.pdf).

<sup>11</sup> Cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado mediante Decreto Supremo 013-93-TCC.

nes, regula el mercado de forma que se asegure su normal desenvolvimiento, se controle los efectos de situaciones de monopolio, se evite prácticas y acuerdos restrictivos derivados de la posición dominante de una empresa o empresas en el mercado (Decreto Supremo 013-93-TCC, 1993).

Esta disposición es concordante con los principios de libre competencia reconocidos en el artículo 61 de la Constitución<sup>12</sup> y es a la luz de estos que se deben evaluar las disposiciones de la Ley de Banda Ancha, norma que, como veremos a continuación, contiene serias incoherencias con dicho marco.

Un ejemplo es la estipulación contenida en el Contrato de Concesión de Azteca, que la obliga a cobrar una tarifa única y le impide competir en el mercado ofreciendo descuentos atractivos (Banco Mundial, 2018, p. 20). Igualmente, la Ley de Banda Ancha es contraria al principio de convergencia (recogido en el artículo 1 de la Ley de Telecomunicaciones)<sup>13</sup>, pues prohíbe a Azteca prestar otros servicios de telecomunicaciones (además del portador) sobre la misma red, lo cual también limita la posibilidad de Azteca de competir ofreciendo una variedad de paquetes de servicios y de generar ahorros con el uso de una misma plataforma para todos ellos.

Ahora bien, sin perjuicio de la relevancia de los ejemplos señalados, consideramos que la mayor incoherencia contenida en la Ley de Banda Ancha se encuentra en la disposición que establece que el acceso de los proveedores de banda ancha a la infraestructura de servicios públicos (infraestructura eléctrica y de hidrocarburos) es obligatoria. Incluso el Reglamento de la norma llega más lejos, cuando faculta a Osiptel a emitir mandatos de acceso en caso el proveedor de banda ancha y el ti-

tular de la infraestructura no lleguen a un acuerdo para el uso de esta.

Si bien la posibilidad de que Osiptel dicte mandatos de acceso no es nueva, ya que se encontraba regulada desde el 2004 en la Ley 28295, que regula el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para prestar servicios de telecomunicaciones; dicha norma limitaba la emisión de mandatos a supuestos bastante específicos: (i) cuando las autoridades administrativas restringen la construcción o instalación de infraestructura, o (ii) cuando Osiptel establezca que no existen condiciones de competencia para el acceso a determinada infraestructura en algún mercado, luego de realizar el análisis respectivo<sup>14</sup>.

Sin embargo, la Ley de Banda Ancha extendió esta obligación de brindar acceso a la infraestructura de uso público, a cualquier supuesto y siempre que lo pidiera un proveedor de banda ancha, salvo que se configure alguna de las causales expresas de negativa establecidas en la norma y referidas a imposibilidades técnicas<sup>15</sup>. En nuestra opinión, a pesar de la buena intención de favorecer el despliegue de banda ancha y aprovechar la infraestructura instalada, esta disposición podría colisionar con los principios de la libre competencia (desincentivando el desarrollo de infraestructura propia o de otros medios de transmisión) por contravenir la doctrina de las facilidades o instalaciones esenciales.

Esta doctrina se aplica cuando una empresa requiere acceder a un recurso propiedad de un tercero, sin el cual no puede competir en el mercado. Verificada esta situación, la doctrina reconoce el derecho de la empresa afectada a acceder a la instalación **esencial** para poder competir (Kresalja & Quintana, 2005, p. 60).

<sup>12</sup> Artículo 61 de la Constitución Política del Perú: "El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios [...]" (1993).

<sup>13</sup> Artículo 1 de la Ley de Telecomunicaciones:

El Estado promueve la convergencia de redes y servicios, facilitando la interoperabilidad de diferentes plataformas de red, así como la prestación de diversos servicios y aplicaciones sobre una misma plataforma tecnológica, reconociendo a la convergencia como un elemento fundamental para el desarrollo de la Sociedad de la Información y la integración de las diferentes regiones del país (Decreto Supremo 013-93-TCC, 1993).

<sup>14</sup> Artículo 5 de la Ley 28295:

Se podrá disponer el uso compartido obligatorio de infraestructura de uso público en caso de presentarse restricción a la construcción y/o instalación de dicha infraestructura de uso público declarada por la autoridad administrativa competente, por cualquiera de las siguientes razones: (a) Medio ambiente; (b) Salud pública; (c) Seguridad; (d) Ordenamiento territorial. Sin perjuicio de estos supuestos, el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL podrá imponer el acceso compartido de infraestructura en aplicación de lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 701, sus normas complementarias o por las normas vinculadas a la interconexión de servicios de telecomunicaciones (2004).

<sup>15</sup> Así lo señala la Exposición de Motivos del Reglamento de la Ley de Banda Ancha (Ley 29904, 2012). El artículo 13 de la Ley, por su parte, señala que el "acceso y uso podrá ser denegado cuando existan limitaciones técnicas que pongan en riesgo la continuidad en la prestación de los servicios" (Ley 29904, 2012), norma replicada en el artículo 26 del Reglamento (Decreto Supremo 014-2013-MTC, 2013).

En este contexto, es necesario entender lo que significa la condición de **esencial** que debe cumplir un bien para que le resulte aplicable la doctrina de las facilidades esenciales. Un bien esencial debe ser **irremplazable** para ingresar a un mercado (Kresalja y Quintana, 2005, p. 60) y debe cumplir, cuando menos, con las siguientes características: (i) el bien no debe ser duplicable; (ii) debe tener un exceso de capacidad que puede ser compartido sin generar problemas; y (iii) debe conferir a su propietario el control sobre el mercado de provisión de dicha infraestructura, asemejándose a un monopolio natural (Diez Canseco, 2012, p. 68)<sup>16</sup>.

La necesidad de que la infraestructura a la que se accede sea **esencial** se extrae claramente de la Ley 28295 (2004). De hecho, según dicha norma, el acceso obligatorio se limita a infraestructura **necesaria** para prestar servicios de telecomunicaciones, que **no puede ser replicada** (por existir limitaciones legales) y que **sí puede ser compartida por su titular** (de lo contrario, se permite el rechazo, según regula el artículo 20 del Reglamento de la Ley 28295<sup>17</sup>).

Similares disposiciones contienen el Decreto Legislativo 1019, que establece la obligación del acceso a la infraestructura solo para los Proveedores Importantes de Servicios Públicos de Telecomunicaciones (2008), esto es, aquellos que tienen posición de dominio en el mercado o controlan facilidades esenciales.

A diferencia de las normas citadas, la Ley de Banda Ancha, al hacer obligatorio todo acceso a infraes-

tructura eléctrica y de hidrocarburos para el despliegue de redes de banda ancha –salvo por excepciones muy puntuales–, se apartó de la doctrina de las facilidades esenciales, generando una inconsistencia en el marco normativo del sector telecomunicaciones. Pero lo más grave es que esto ha hecho posible el uso abusivo de la figura del mandato de acceso por parte de aquellos operadores que prestan servicios de banda ancha y, sobre todo, por parte de Azteca, operador de la RDNFO.

En efecto, entre los años 2011 y 2017, Osiptel registró<sup>18</sup> la negociación y suscripción de más de treinta (30) contratos de compartición bajo la Ley de Banda Ancha, la gran mayoría de los cuales (21) fue suscrita en el año 2017, cuando la RDNFO empezó a funcionar. En el mismo periodo, según registra Osiptel<sup>19</sup>, solo se emitieron diez mandatos. Y es que estos contratos, cuyos términos fueron pactados **libremente** dentro del marco normativo, beneficiaban a ambas partes. No era necesario obligar a las empresas eléctricas a dar acceso a su infraestructura, porque les convenía percibir ingresos de los operadores de telecomunicaciones, a los que también les convenía ahorrar el costo de desplegar nueva infraestructura.

Lamentablemente, para el periodo agregado 2018-2020, la situación cambiaría radicalmente. Para ese entonces, Osiptel tiene registrado en su portal web cuarenta y cuatro mandatos en aplicación de la Ley de Banda Ancha<sup>20</sup>; y casi la mitad de estos han sido emitidos a favor de Azteca<sup>21</sup>. El mismo Osiptel reconoce que, desde 2017, la cantidad de mandatos es mayor a la cantidad de contratos,

<sup>16</sup> No existe un reconocimiento legislativo expreso de la doctrina de las facilidades esenciales en nuestro país. Sin embargo, el Decreto Legislativo 1034, que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas otorga un sustento a la aplicación de la doctrina cuando, en su artículo 10, califica como un abuso de posición de dominio el “negarse injustificadamente a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios” (2008). El Reglamento de la Ley 28295 hace referencia a esta disposición normativa cuando, en su artículo 11, señala que, para determinar la obligatoriedad del acceso a infraestructura de uso público, Osiptel debe aplicar “el análisis de mercado relevante, posición de dominio y negativa injustificada de trato” (Decreto Supremo 009-2005-MTC, 2005).

<sup>17</sup> Aprobado mediante Decreto Supremo 009-2005-MTC. La norma señala los siguientes supuestos de negativa injustificada de acceso:

1. Cuando existan limitaciones físicas, tecnológicas, técnicas, ambientales o de seguridad en la infraestructura de uso público, para admitir y soportar razonablemente su uso, con el fin de brindar los servicios solicitados.
2. Cuando existan niveles de congestión real o potencial derivados de limitaciones de espacio o tiempo.
3. Cuando existan otros beneficiarios utilizando la infraestructura de uso público y no sea posible incorporar beneficiarios adicionales.
4. Cuando el solicitante haya incumplido anteriores contratos de compartición o mandatos de compartición suscritos con el mismo titular de la infraestructura de uso público o con terceros titulares de infraestructura de uso público.
5. Por aplicación de la excepción dispuesta en el artículo 12 de la Ley.
6. Si el solicitante no otorga los seguros y garantías que el titular de la infraestructura de uso público le hubiere exigido (Decreto Supremo 009-2005-MTC, 2005, art. 20).

<sup>18</sup> Ver Osiptel (s.f. a).

<sup>19</sup> Ver Osiptel (s.f. b).

<sup>20</sup> Ver Osiptel (s.f. b).

<sup>21</sup> Ver Osiptel (s.f. b).



siendo la mayoría de tales mandatos<sup>22</sup> requeridos en aplicación de la Ley de Banda Ancha (Informe 00043-2020-DPRC/202, 2020, pp. 16-17).

Como puede verse, el marco legal y contractual que regula la operación de la RDNFO es, en varios puntos, incoherente con los principios que rigen la libre iniciativa, la competencia y el desarrollo de las telecomunicaciones. En particular, la disposición sobre la obligatoriedad del acceso a la infraestructura ha permitido un ejercicio excesivo del derecho a obtener mandatos de compartición por parte de los operadores de telecomunicaciones. La posibilidad de que Osiptel emita mandatos en cualquier supuesto también ha derivado en una serie de intervenciones excesivas, como se describirá a continuación.

#### **B. La repentina reducción, a la tercera parte, de la contraprestación por el acceso a la infraestructura y las contradictorias decisiones de las autoridades**

En el contexto antes descrito, Azteca se dirigió a las empresas eléctricas, con las que había suscrito contratos de acceso en el 2015, para solicitarles reducir a la tercera parte la contraprestación mensual que habían acordado en sus respectivos contratos. Según puede apreciarse en distintos expedientes que terminaron en Osiptel<sup>23</sup>, Azteca presentó estas solicitudes en el segundo semestre del 2017 y luego argumentó que se habría 'equivocado' al pactar la contraprestación en el 2015, puesto que se basó en una incorrecta interpretación normativa<sup>24</sup> y que, por lo tanto, ahora esta debía dividirse entre tres (3).

Naturalmente, las empresas eléctricas rechazaron el pedido de Azteca, por lo que esta recurrió

a Osiptel para que emitiera mandatos en los que estableciera una nueva contraprestación. Es así como, solo en el año 2018, Osiptel dictó veintiún mandatos<sup>25</sup> que no tenían por objeto brindar a Azteca el acceso a la infraestructura eléctrica (Azteca ya había desplegado sus redes sobre dicha infraestructura), sino que simplemente modificaban los acuerdos que habían suscrito libremente las partes y reducían la contraprestación acordada a la tercera parte<sup>26</sup>.

Como puede deducirse fácilmente, el motivo que dio lugar a tantos mandatos de acceso desde el 2018 ha sido, básicamente, el valor de la contraprestación. De hecho, las controversias referidas a dicho valor corresponden al 56% de las solicitudes de mandato durante el periodo 2017-2020, llegando al 100% en el año 2020 (Informe 00043-2020-DPRC/202, 2020, p. 17).

Lo que ocurrió fue que Azteca negoció, desde el 2015, diversos contratos con las empresas eléctricas, en los que pactó una contraprestación acorde con el tope máximo establecido en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, según lo declaró en los mismos contratos. Más aún, según los actuados en varios expedientes, fue la propia Azteca quien instruyó a las empresas eléctricas sobre la fórmula legal aplicable para calcular la contraprestación. Sin embargo, dos (2) años después de haber venido utilizando las redes eléctricas, Azteca decidió desconocer la fórmula pactada, alegando que se habría equivocado en la interpretación del referido Anexo 1 del Reglamento y que la contraprestación debía ser dividida entre tres (3), para que se ajuste a lo realmente establecido en el marco legal<sup>27</sup>.

<sup>22</sup> El 86% para el periodo 2016-2020, analizado por Osiptel en su Informe 00043-2020-DPRC/2020 (2020).

<sup>23</sup> Ver, por ejemplo, los mandatos emitidos con Resolución 045-2018-CD/OSIPTEL; 046-2018-CD/OSIPTEL; y, 062-2018-CD/OSIPTEL, entre varios otros publicados en la web de Osiptel (Osiptel, s.f. b). La aplicación de una 'interpretación equivocada' en la fijación de la contraprestación al suscribir los contratos de compartición dio lugar a reclamos presentados ante los órganos de solución de controversias de Osiptel, que han ordenado la devolución de los montos pagados 'en exceso'. Así, por ejemplo, las Resoluciones del Tribunal de Solución de Controversias de Osiptel 004-2020-TSC/OSIPTEL; 006-2020-TSC/OSIPTEL; 017-2020-TSC/OSIPTEL; y, 026-2020-YTSC/OSIPTEL, entre otras.

<sup>24</sup> Azteca ha afirmado que los informes técnicos que sustentaron la emisión de la Resolución Viceministerial 768-2017-MTC/03, habría permitido conocer el auténtico valor de una de las variables (Na) de dicha metodología. Por eso, los precios originalmente pactados con las empresas eléctricas responderían a una incorrecta aplicación de la norma (no a una modificación de esta). Los detalles sobre esta discusión se explican líneas abajo.

<sup>25</sup> Ver Osiptel (s.f. b).

<sup>26</sup> Ese fue el caso de todos los mandatos emitidos por Osiptel a favor de Azteca y publicados en la web de Osiptel (s.f. b).

<sup>27</sup> A modo de ejemplo de lo alegado por Azteca respecto a su 'equivocación' al fijar la contraprestación contractual, nos remitimos al Expediente 00103-2020-0-1817-SP-CO-01, seguido por Azteca contra Transmisora Eléctrica del Sur S.A.C. en el Poder Judicial, y en el cual se discute la validez del laudo emitido en un proceso arbitral seguido por las empresas mencionadas sobre el monto de la contraprestación por el acceso a infraestructura eléctrica. La sentencia que pone fin a dicho expediente (Expediente 00103-2020-0-1817-SP-CO-01, 2020) contiene amplias secciones del laudo arbitral impugnado, en el cual el Tribunal Arbitral resume muy claramente, y del siguiente modo, la postura de Azteca:

AZTECA, durante el proceso, ha manifestado principalmente que debido a un 'error' la variable 'Na' recibió en el contrato el valor de uno (1) -número de arrendatarios- cuando el valor correcto que debió asignarse desde la firma del contrato era tres (3) (2020, p. 110).

Veamos lo que dispone este marco legal, es decir, el Anexo 1 del Reglamento. Según este anexo, el costo adicional en que incurran las empresas eléctricas por compartir su infraestructura debía ser dividido entre 'Na', que es definido como "número de arrendatarios" (Decreto Supremo 014-2013-MTC, 2013); esto es, el número de empresas que tienen un contrato de arrendamiento con la empresa eléctrica. Así, en el supuesto que solo hubiera una arrendataria (es decir, una sola operadora de telecomunicaciones que estuviera usando la infraestructura eléctrica), entonces 'Na' debía ser igual a uno (1) y la arrendataria única debía asumir todo el costo adicional de mantenimiento en que incurran las empresas eléctricas por compartir su infraestructura.

A pesar de la definición de 'Na' contenida en la fórmula, Azteca planteó que la variable 'Na' no representaba el número de arrendatarios, sino el número **posible** de cables que **eventualmente** podrían arrendar la infraestructura eléctrica; y, como dicha infraestructura generalmente puede soportar hasta tres (3) cables desde un punto de vista técnico, entonces, 'Na' debía ser siempre tres (3)<sup>28</sup>. El sustento de la posición de Azteca fue un informe técnico emitido como sustento para la aprobación de la Resolución Viceministerial 768-2017-MTC/03, en el que se explicaba que la infraestructura eléctrica usualmente podía soportar tres (3) cables de fibra óptica, siguiendo los criterios de peso. Es importante señalar que no hubo una modificación del marco normativo y menos aún del valor del 'Na' que sustentara la nueva posición de Azteca; únicamente se sustentó en un informe del Ministerio que tampoco aludía al valor de 'Na', sino que analizaba el peso de los cables y la capacidad de la infraestructura eléctrica para soportarlos<sup>29</sup>.

Siguiendo el novedoso razonamiento de Azteca, el costo adicional en que incurran las empresas eléctricas por compartir su infraestructura tendría que dividirse siempre entre tres (3). Es decir que 'Na' ya no sería una variable que deben completar las partes en función al 'número de arrendatarios' existentes, sino que pasaría a ser un número fijo: tres (3). De esta forma, se reduce a la tercera parte la contraprestación que debía pagar Azteca, simulando que existen otros dos (2) arrendatarios; y, mientras estos no aparezcan, quien tiene que asumir el costo de los arrendatarios inexistente son las empresas eléctricas.

Es importante tomar en cuenta que la insólita pretensión de Azteca fue planteada en la misma época en la que se dieron a conocer públicamente las dificultades económicas que enfrenta la RDNFO<sup>30</sup>; y también las negociaciones que venía sosteniendo Azteca con el Estado peruano para modificar el respectivo Contrato de Concesión (incluyendo su posible caducidad)<sup>31</sup>.

También es importante mencionar que uno de los costos operativos más altos que conlleva la RDNFO es el costo de soporte sobre la infraestructura. Esto se identificó desde la etapa del diseño y estructuración de la RDNFO por ProInversión<sup>32</sup>. Por lo tanto, resulta evidente que una reducción, a la tercera parte, de los pagos mensuales que deben realizarse a favor de las empresas eléctricas, reduce significativamente los costos operativos de la RDNFO y podría considerarse determinante para su viabilidad económica.

Es en este contexto que Azteca recurre a Osiptel, quien ampara su posición dictando decenas de mandatos en los que modifica los contratos existentes (supuesto que ni siquiera está previsto o

Esta misma hipótesis del 'error' es descartada por dicho Tribunal Arbitral en el mismo laudo citado en la mencionada sentencia:

[...] el Tribunal Arbitral estima que corresponde señalar que cuando las partes suscribieron el Contrato y fijaron el monto de la contraprestación lo hicieron en cumplimiento de la normativa aplicable [...] no existió inducción a error, dolo, violencia o vicios de la voluntad de las partes (Expediente 00103-2020-0-1817-SP-CO-01, 2020, p. 116).

<sup>28</sup> Azteca y Osiptel llegan a esta conclusión a partir los informes emitidos por el Ministerio en el marco de diversas propuestas normativas vinculadas al Reglamento de la Ley de Banda Ancha, los cuales señalan que técnicamente es posible que la infraestructura eléctrica soporte hasta tres (3) cables. Según Azteca y Osiptel, esto demostraría que el auténtico valor de 'Na' es tres (3), por lo que cada operador de telecomunicaciones solo debe asumir la tercera parte del costo generado por la compartición. Para mayor información sobre el razonamiento de Osiptel, es posible revisar los informes que sustentan las resoluciones citadas en pies de página anteriores.

<sup>29</sup> Nos referimos al Informe 292-2017-MTC/26 (2017) que, a criterio de Azteca, 'aclaró' que el valor de la variable 'Na' siempre fue igual a tres (3). Esto a pesar de que la Resolución Viceministerial 768-2017-MTC/03 (2017) no hace referencia alguna al valor de 'Na', y a que dicho informe únicamente contiene una explicación estrictamente técnica que detalla que las infraestructuras eléctricas pueden soportar hasta tres (3) cables de fibra óptica.

<sup>30</sup> Las declaraciones vinculadas a las pérdidas económicas de Azteca han sido recogidas en diversos medios de comunicación en los últimos años. Ver, DN Consultores (2018b), América Sistemas (2019) y Larroca (2020).

<sup>31</sup> El Ministerio ha presentado una contrapropuesta, pero las partes aún no llegan a un acuerdo.

<sup>32</sup> Así lo señala el informe elaborado por Apoyo Consultoría y Kordo S.A. denominado Metodología y Resultados de la demanda del Proyecto Cobertura Universal, incorporado a la sala de datos virtual del proyecto.

permitido por la norma habilitante<sup>33</sup>) o en los que dispone el acceso a nueva infraestructura. En efecto, solo durante el año 2020, el Consejo Directivo de Osipitel ha emitido diez (10) mandatos de compartición de infraestructura<sup>34,35</sup>, en los que interpreta el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha de tal modo que reduce a la tercera parte el valor de la contraprestación que debe pagarse a las empresas eléctricas.

Como ya adelantamos, según Azteca y el Consejo Directivo de Osipitel, los costos totales generados por la compartición de infraestructura no deben ser asumidos por los arrendatarios que la utilizan, sino que debe considerarse a los posibles arrendatarios; y, hasta que los mencionados arrendatarios existan, el titular de la infraestructura eléctrica debe asumir el costo por ellos. Es decir que las empresas eléctricas están obligadas legalmente a asumir el costo de reforzar su infraestructura y mantenerla para albergar a varios arrendatarios; y luego deben asumir el riesgo comercial (costo) de que se presenten arrendatarios para usarla.

Los órganos de solución de controversias de Osipitel<sup>36</sup> también han adoptado esta posición. Tanto es así que el último año el Tribunal de Solución de Controversias de Osipitel emitió la Resolución 00026-2020-TSC/OSIPTEL, que aprobó como pre-

cedente administrativo de observancia obligatoria la interpretación mencionada, que reduce a la tercera parte la contraprestación por compartir infraestructura (2020).

Pero el cambio de posición que permite reducir a la tercera parte la contraprestación que correspondía pagar a las operadoras de telecomunicaciones se hace más evidente en las opiniones emitidas por el Ministerio, que en el 2013 aprobó el Reglamento de Banda Ancha que regula la mencionada contraprestación.

Las opiniones emitidas por el Ministerio los años siguientes a la aprobación del Reglamento coinciden en que el costo adicional en que incurran las empresas eléctricas por compartir su infraestructura debía ser dividido entre un 'Na' que refleje el número real de arrendatarios que usan dicha infraestructura (no entre los posibles arrendatarios). Como puede comprobarse en los documentos elaborados en el marco de propuestas normativas para modificar el Reglamento de Banda Ancha<sup>37</sup>, el Ministerio es claro al señalar que "el costo por el mantenimiento por los cables de FO [fibra óptica] se incrementa de forma marginal ante la existencia de más de un cable", por lo que el costo (en que incurren las empresas eléctricas) "se mantiene" a pesar de la llegada de nuevos arrendatarios (Dirección General de Regulación

<sup>33</sup> El artículo 25 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha dispone lo siguiente:

25.1 Efectuado el requerimiento para el acceso y uso de infraestructura, el concesionario de energía eléctrica o hidrocarburos respectivo, tiene la obligación de enviar al solicitante el requerimiento de la información necesaria para dar trámite oportuno a la solicitud, dentro del plazo de cinco (5) días hábiles desde la recepción de la solicitud.

25.2 Presentada la solicitud del Operador de Telecomunicaciones, los concesionarios tendrán un plazo máximo de treinta (30) días hábiles para la negociación y suscripción del contrato de acceso y uso de infraestructura, el cual deberá ser remitido al OSIPTEL en un plazo máximo de cinco (05) días hábiles, contados desde la firma del contrato, para efectos de supervisión.

25.3 En el caso de falta de acuerdo en el plazo de treinta (30) días hábiles señalado en el numeral precedente, el Operador de Telecomunicaciones podrá solicitar al OSIPTEL la emisión de un mandato de compartición (Decreto Supremo 014-2013-MTC, 2013).

La norma dispone la emisión de mandatos solo cuando no se haya suscrito un contrato; sin embargo, Osipitel ha emitido mandatos modificando cláusulas de contratos ya suscritos.

<sup>34</sup> Nos referimos a las Resoluciones 203-2020-CD/OSIPTEL; 195-2020-CD/OSIPTEL; 157-2020-CD/OSIPTEL; 155-2020-CD/OSIPTEL; 108-2020-CD/OSIPTEL; 086-2020-CD/OSIPTEL; 079-2020-CD/OSIPTEL; 078-2020-CD/OSIPTEL; 076-2020-CD/OSIPTEL; y, 035-2020-CD/OSIPTEL.

<sup>35</sup> Búsqueda realizada en la web de Osipitel el día 25 de enero de 2021.

<sup>36</sup> Cuya función consiste en resolver controversias suscitadas entre operadores de telecomunicaciones o entre estos últimos y tercero, siempre que afecten o puedan afectar al mercado de servicios públicos de telecomunicaciones.

<sup>37</sup> Así, en el marco de la emisión de la Resolución Viceministerial 133-2017-MTC/03 (propuesta de norma para modificar el Reglamento de la Ley de Banda Ancha), Osipitel remitió un comentario señalando que el 'Na' debería ser equivalente al número máximo de arrendatarios a los que es factible dar acceso a la infraestructura; es decir, igual a tres (3) (Informe 292-2017, 2017, p. 8). Este planteamiento fue rechazado por el Ministerio, señalando lo siguiente:

El costo por el mantenimiento por los cables de FO se incrementa de forma marginal ante la existencia de más de un cable, es decir, las actividades de mantenimiento por un cable deberían ser las mismas que por dos o tres, por tanto, el costo se mantiene. Sin embargo, este pago debería ser compensado en su totalidad desde el primer arrendatario, y posteriormente debería ser retribuido ante la presencia de más de un arrendatario, hecho que se plasma a través de un Na dinámico (Dirección General de Regulación y Asuntos Internacionales de Comunicaciones, 2017, p. 12).

En el mismo sentido ya se había expresado en el Informe 021-2015-MTC, del 29 de enero de 2015, en el que, al comentar otra propuesta de modificación, el Ministerio reconoce el valor dinámico de la variable 'Na' y le asigna un valor igual a uno (1) cuando calcula la contraprestación para solo un arrendatario (p. 9).

y Asuntos Internacionales de Comunicaciones, 2017, p. 12). Así, concluye: “por tanto el costo [...] debería ser compensado en su totalidad desde el primer arrendatario, y posteriormente debería ser retribuido ante la presencia de más de un arrendatario, hecho que se plasma a través de un Na dinámico” (Dirección General de Regulación y Asuntos Internacionales de Comunicaciones, 2017, p. 12).

La misma posición se ha reflejado en oficios y comunicaciones posteriores del Ministerio, en las cuales señala lo siguiente: “El valor de “Na” corresponde al número efectivo de arrendatarios [...] por ejemplo, si una determinada torre atiende a un único arrendatario, se deberá considerar ‘Na = 1’” (Oficio 579-2017-MTC/26, 2017, p. 1).

El Ministerio incluso ha aprobado contratos en los que se consigna una fórmula en la que ‘Na’ es igual a uno (1), porque solo hay un arrendatario en la infraestructura eléctrica. En efecto, el Programa Nacional de Telecomunicaciones (en adelante, Pronatel), que forma parte del Ministerio, debe aprobar los contratos de compartición que se firmen en el marco de las licitaciones de banda ancha que lleva a cabo ProInversión<sup>38</sup>; y es en ese contexto que aprobó varios contratos donde se expresaba que ‘Na’ era igual a uno (1) y que el operador de telecomunicaciones pagaría el íntegro del costo adicional en que incurría la empresa

eléctrica por compartir su infraestructura<sup>39</sup>, hasta que apareciera otro arrendatario.

Cabe mencionar que los contratos de compartición aprobados por Pronatel también fueron remitidos a Osiptel, al igual que todos los contratos que suscribió Azteca y en los que consignó un ‘Na’ igual a uno (1) (por ser Azteca el único arrendatario). Osiptel nunca cuestionó tales contratos. Sin embargo, años después, determina que son ilegales y dicta mandatos para modificarlos.

El repentino cambio en la posición de las autoridades respecto al valor de la contraprestación máxima regulada en el Reglamento de la Ley de Banda Ancha responde, a nuestro parecer, a una interpretación equivocada de la normativa<sup>40</sup>. Sin embargo, tan grave como este cambio de parecer son las acciones que ha realizado Osiptel para desconocer la vía arbitral pactada y para evitar los cuestionamientos de sus decisiones en sede judicial, afectando así la tutela jurisdiccional efectiva.

### C. La afectación al debido proceso y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva

Osiptel viene sosteniendo que los mandatos de compartición que emite son actos de carácter reglamentario y no actos administrativos, por lo que no existiría una vía judicial para cuestionarlos<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> Desde 2014, PRONATEL ha encargado a ProInversión la licitación de la implementación de diversos proyectos de Instalación de Banda Ancha para la Conectividad Integral y Desarrollo social para varias regiones (Lambayeque, Tumbes, Piura, Cajamarca, Cusco, Huancavelica, Ayacucho, Apurímac, Lima, Arequipa, Ica, Huánuco, La Libertad, entre otros). Los concursos han dado lugar a la suscripción de Contratos de Financiamiento entre PRONATEL y los adjudicatarios, por los cuales estos últimos se obligan a, entre otros, a sujetar a la aprobación de PRONATEL los contratos de compartición que suscriban.

<sup>39</sup> Nos referimos a los contratos suscritos por Gilat Networks Perú S.A. con: (i) ElectroDunas S.A.A., de fecha 13 de mayo de 2016; y (ii) Empresa de Generación Eléctrica Machupicchu S.A., del 27 de junio de 2016, publicados en la página web de Osiptel.

<sup>40</sup> Además de no existir sustento para cambiar la ‘interpretación’ que siempre se dio a la norma, los motivos por los cuales consideramos que no es correcta la posición de Azteca y Osiptel sobre el valor de ‘Na’ son variados. Desde un punto de vista legal, la norma define el valor ‘Na’ como ‘número de arrendatarios’; es decir, aquellos que han suscrito un contrato de arrendamiento con una concesionaria eléctrica (un arrendatario es únicamente quien ha obtenido el derecho de usar temporalmente un bien por cierta renta convenida, conforme al artículo 1666 del Código Civil de 1984 que define el “arrendamiento” como el acto mediante el cual “el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien por cierta renta convenida”). No tiene sustento legal, pues, interpretar que la norma se refiere a aquellos que “potencialmente” pueden sostenerse de la infraestructura eléctrica.

La posición de Azteca también es contraria a principios económicos y lógicos elementales. Como se explicó, la fórmula busca repartir entre ‘Na’ el costo incremental de operación y mantenimiento en el cual debe incurrir el concesionario eléctrico como consecuencia de compartir su infraestructura. Así, la variable ‘Na’ sirve para que la empresa eléctrica pueda repartir este el costo adicional en el que incurre (representado por ‘OMS x f’), entre el número de arrendatarios (‘Na’) que se encuentren soportados en su infraestructura, lo cual es consistente con la definición expresa de ‘Na’ contenida en la normativa. Por eso, la variable ‘Na’ debe ser igual al número real de arrendatarios, y no tiene sentido que equivalga siempre a tres (3) aun cuando haya menos de tres arrendatarios.

Estos argumentos han sido analizados en diversos casos arbitrales cuyos tribunales han emitido laudos contrarios a la interpretación esgrimida por Azteca (y Osiptel). Tales laudos incluso han obtenido confirmación judicial (por ejemplo, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó la validez de un laudo emitido contra Azteca a favor de Transmisora Eléctrica del Sur S.A.C. Ver expediente 00103-2020-0-1817-SP-CO-01).

<sup>41</sup> Si bien los actos reglamentarios teóricamente pueden cuestionarse mediante una acción popular, lo cierto es que un requisito para que dicha acción proceda es que se trate de actos normativos de carácter general.

Esta posición no solo se ha expresado en diversas resoluciones emitidas por el Consejo Directivo de Osiptel<sup>42</sup>, sino en diversas excepciones de incompetencia planteadas por el regulador ante el Poder Judicial.

Sobre este punto, cabe mencionar que los mandatos de interconexión no cumplen con las características que exige la doctrina para que un acto sea normativo. En efecto, los mandatos no son actos impersonales (pues regulan una relación que solo involucra a dos partes); tampoco son normas cuya aplicación trasciende un caso en concreto, pues sus efectos se limitan a una relación de comparación en particular; y, no se incorporan al ordenamiento, pues supuestamente se limitan a aplicar normas preexistentes a un caso particular (Morelli & Roca, 2020, pp. 117-118).

La posición de Osiptel, que impide la presentación de acciones contencioso-administrativas contra sus mandatos, limita el derecho al debido proceso reconocido en el artículo 139 de la Constitución<sup>43</sup>. Este derecho, aplicable a los procedimientos administrativos como el de emisión de mandato<sup>44</sup>, garantiza a toda persona que cualquier acto que incida en la esfera subjetiva de sus derechos debe estar precedido de un procedimiento donde aquella pueda ejercer de manera plena los derechos que componen el derecho al debido proceso, incluyendo la posibilidad de impugnar las decisiones de la administración, bien mediante los mecanismos administrativos o, llegado el caso, a través de la vía judicial<sup>45</sup>.

Lo anterior resulta más claro de la lectura del artículo 148 de la Constitución, que dispone que “las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa” (Constitución Política del Perú [Const.], 1993); derecho constitucional que no es posible ejercer si Osiptel se opo-

ne al cuestionamiento judicial de sus resoluciones de mandato.

En adición a lo anterior, Osiptel pretende sustraer de la jurisdicción arbitral las materias derivadas del cumplimiento del Reglamento de la Ley de Banda Ancha. Esta pretensión se ha visto reflejada en diversas decisiones en las que, tanto el Consejo Directivo como el Tribunal de Solución de Controversias de Osiptel, han optado por desconocer laudos arbitrales que se pronuncian sobre la existencia o no de deudas (ya devengadas) que se habrían generado entre el 2015 y el 2018 como consecuencia de la alegada ‘interpretación equivocada’ (por parte de Azteca) en la aplicación de la fórmula del Anexo 1 del Reglamento de Banda Ancha.

Asimismo, esta posición ha sido recogida en la reciente publicación para comentarios del Proyecto de norma que establece la Oferta Básica de Participación (en adelante, proyecto de OBC) aplicable a la infraestructura eléctrica usada para el despliegue de redes de telecomunicaciones (Resolución del Consejo Directivo de Osiptel 00199-2020-CD/OSIPTEL, 2020).

Sin perjuicio de las varias afectaciones a los derechos de los titulares de infraestructura que es posible identificar en el referido proyecto<sup>46</sup>, este pretende prohibir el pacto de cláusulas arbitrales que versen sobre el “cumplimiento de las disposiciones normativas para la compartición de Infraestructura previstas en las Leyes 28295, 29904, sus reglamentos y normas relacionadas” (Resolución del Consejo Directivo de Osiptel 00199-2020-CD/OSIPTEL, 2020, art. 8).

Al respecto, es importante considerar que, en principio, Osiptel solo tiene competencia para resolver controversias entre empresas operadoras de servicios de telecomunicaciones. Sin embargo, mediante norma con rango de ley<sup>47</sup>, se ha exten-

<sup>42</sup> Por ejemplo, el Informe 00103-GPRC/2020, que da sustento a la Resolución 140-2020-CD/OSIPTEL, señala que el procedimiento para la emisión de un mandato “no es un procedimiento administrativo, sino una norma de carácter particular con efectos generales” (2020).

<sup>43</sup> Cuyo numeral 3 señala que “ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación” (Constitución Política del Perú, 1993, art. 139).

<sup>44</sup> Sobre el derecho al debido proceso, el Tribunal Constitucional ha señalado que es un derecho cuyo ámbito de irradiación no abarca exclusivamente el campo judicial, sino que se proyecta, con las exigencias de su respeto y protección, sobre todo órgano, público o privado, que ejerza funciones formal o materialmente jurisdiccionales (Expediente 07289-2005-AA/TC, 2006, fundamento 4).

<sup>45</sup> Ver sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 03741-2004-AA/TC (2005).

<sup>46</sup> Que pretende obligar a todos los titulares de infraestructura a suscribir una OBC siempre que una empresa de telecomunicaciones les requiera acceso, ignorando nuevamente la doctrina de las facilidades esenciales.

<sup>47</sup> Nos referimos al artículo 36 de la Ley 27336, que señala lo siguiente: “Son competentes para resolver controversias: (a) En primera instancia: el Cuerpo Colegiado; (b) En segunda instancia: el Tribunal Administrativo, de acuerdo con la legislación aplicable” (2000).

dido excepcionalmente esta competencia para que también pueda resolver controversias que, entre tales empresas y terceros no prestadores de servicios de telecomunicaciones, únicamente cuando aquellas controversias “se plantee[n] como consecuencia de acciones u omisiones que afecten o puedan afectar el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones” (Ley 27336, 2000, art. 36).

En ese sentido, y en tanto no todos los incumplimientos de disposiciones normativas afectan o pueden afectar al mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, la inclusión de la disposición de ‘no arbitrabilidad’ en el proyecto de OBC podría dar lugar a una ilegal exclusión del arbitraje. De hecho, esto ya ocurrió cuando Azteca ha requerido que le devuelvan supuestos pagos en exceso entre el 2015 y 2018 por haberse ‘equivocado’ al pactar una contraprestación que, según alega, debía dividirse entre tres (3). Esta deuda no afecta el actual pago de la contraprestación (regulado en un mandato), sino que es una obligación patrimonial ya devengada, por lo que no afecta al mercado de servicios públicos de telecomunicaciones; sin embargo, Osiptel ha considerado que es de su competencia (exclusiva) resolver sobre dichas deudas, por lo que desconoce los laudos arbitrales sobre la materia<sup>48</sup>.

En nuestra opinión, la decisión de Osiptel de desconocer la jurisdicción arbitral pactada por las partes y de excluir la futura posibilidad de pactarla, también resulta contraria a la Constitución, vulnerando el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva<sup>49</sup>.

Como puede verse, ciertas incoherencias en el diseño de la RDNFO han sido la puerta de entrada para que se emita una serie de actos y proyectos normativos que han impedido la revisión judicial de las decisiones de Osiptel, desconociendo diversos derechos en el camino. Esto, como describiremos a continuación, ha dañado también la predictibilidad y la confianza en las decisiones de las autoridades, lo cual deriva en un menoscabo de la seguridad jurídica de nuestro sistema.

#### D. La actuación descrita de las autoridades afecta la seguridad jurídica y el Estado de derecho

Como ya hemos adelantado, un concepto importante para identificar el impacto jurídico de la implementación y mantenimiento de la RDNFO y el marco regulatorio vinculado es el de la **seguridad jurídica**, principio derivado directamente de nuestra Constitución y reconocido en los siguientes términos por el Tribunal Constitucional:

El principio de la seguridad jurídica forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. **La predictibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad.** Tal como estableciera el Tribunal Constitucional español, la seguridad jurídica supone “la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho” (STCE 36/1991, FJ 5). [...].

Así pues, como se ha dicho, **la seguridad jurídica es un principio que transita todo el ordenamiento**, incluyendo, desde luego, a la Norma Fundamental que lo preside. **Su reconocimiento es implícito en nuestra Constitución**, aunque se concretiza con meridiana claridad a través de distintas disposiciones constitucionales [...] (Expediente 0016-2002-AI/TC, 2003, fundamentos 4 & 5) [el énfasis es nuestro].

En línea con lo señalado por el Tribunal Constitucional, el principio de seguridad jurídica consiste en “la predictibilidad de las conductas de los poderes públicos frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho” (Morón, 2017, p. 125). La doctrina le reconoce, a su vez, una doble proyección del principio de seguridad jurídica (Ugartemendia, 2006, p. 22):

- (i) Una dimensión objetiva, que exige a los poderes públicos a que se atengan al cumplimiento del derecho, y de las normas y principios del ordenamiento jurídico; y,

Además de las controversias señaladas en el Decreto Supremo 013-93-TCC, Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, y en la Ley 26285, Ley que dispone la desmonopolización progresiva de los servicios públicos de telecomunicaciones, Osiptel es competente para conocer de toda controversia que se plantee como consecuencia de acciones u omisiones que afecten o puedan afectar el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, aunque solo una de las partes tenga la condición de empresa operadora de tales servicios.

<sup>48</sup> Al respecto, ver el precedente administrativo de observancia obligatoria mencionado en el literal anterior, que fue aprobado mediante Resolución 00026-2020-TSC/OSIPTTEL (2020).

<sup>49</sup> El numeral 2 del artículo 139 de la Constitución señala que “ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones” (1993). Este derecho no se cumpliría si Osiptel se avoca al conocimiento de controversias que han sido sometidas a las partes al fuero arbitral, que tiene carácter jurisdiccional.

- (ii) Una dimensión subjetiva que consiste, fundamentalmente, en la posibilidad de los destinatarios de las normas jurídicas de conocer el derecho (Pérez, 2000, p. 29). Pero esto no se limita en el mero conocimiento; más bien, se concreta en el respeto por los poderes públicos de la “expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho” (Ugartemendia, 2006, p. 22).

Así, el principio de seguridad jurídica debe funcionar como criterio de obligatorio cumplimiento que las autoridades deben aplicar siempre que **creen y apliquen normas**, considerando que tales normas deben necesariamente ejecutarse en beneficio de sus destinatarios (Ugartemendia, 2006, p. 23); brindándoles seguridad. La exigencia de certeza frente a cambios imprevisibles en el marco regulatorio también ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional<sup>50</sup>.

El principio de seguridad jurídica tiene diversas manifestaciones en nuestro ordenamiento. Una de ellas, vinculada a la dimensión subjetiva del principio, se resume en el **principio de protección de la confianza legítima**, que consiste en la protección de la “confianza en el actuar normativo que el poder público haya podido generar” (Ugartemendia, 2006, p. 27). Es decir que el derecho cautela no solo la expectativa de que la Administración actúe conforme a lo establecido en la ley, sino que también emita leyes que guarden coherencia con el marco normativo ya existente, proscribiendo cambios que no sean razonablemente previsibles<sup>51</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico el reconocimiento legal expreso del principio de seguridad jurídica (además de su referencia implícita en nuestra Constitución) se encuentra recogido en el Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General:

Principio de predictibilidad o de confianza legítima: La autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada

procedimiento a su cargo, de modo tal que, **en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener.**

Las actuaciones de la autoridad administrativa son **congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos**, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos.

**La autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente.** En tal sentido, la autoridad administrativa no puede variar irrazonable e inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables (Decreto Supremo 004-2019-JUS, 2019, Título Preliminar, art. IV, inciso 1.15) [el énfasis es nuestro].

Así, el principio de confianza legítima implica que la actuación de la administración pública debe ajustarse a los cánones de las políticas públicas establecidas, generando el derecho de los administrados a confiar en la estabilidad de una situación jurídica. Este sería el reflejo directo del principio de seguridad jurídica en el derecho administrativo (Morón, 2017, p. 128).

En nuestra opinión, resulta claro que las inconsistencias normativas de la Ley de Banda Ancha y del Contrato de Concesión de la RDFNO con las normas y principios generales que regulan la libre competencia y el sector telecomunicaciones, han afectado la seguridad jurídica en su dimensión objetiva; esto es, han afectado la expectativa legítima de los administrados de que las normas emitidas por las autoridades serán coherentes con el marco normativo precedente.

Consideramos que la vulneración es más clara aun cuando nos referimos al actuar de las autoridades, el cual es inconsistente con pronunciamientos previos y contrario a diversas normas constitucionales; además de que vulnera el principio de subsidiariedad que debe regir la actuación del Estado,

<sup>50</sup> En la sentencia recaída en el Expediente 009-2001-AI/TC:

A juicio del Tribunal, es lícito que el legislador pueda modificar el sistema normativo. Sin embargo, debe protegerse también la confianza de los ciudadanos frente al cambio brusco, irrazonable o arbitrario de la legislación. Ciertamente, no se garantiza un régimen de derechos adquiridos –con excepción, naturalmente, de los previstos en la Constitución– sino fundamentalmente, el derecho a que no se cambie las reglas de juego abruptamente. En consecuencia, **cuando cambia la legislación, y de por medio se encuentra comprometido el ejercicio de determinados derechos fundamentales, todo cambio sólo podrá ser válido si es que, además, se encuentra conforme con el principio de seguridad jurídica** (2002, fundamento 18) [el énfasis es nuestro].

<sup>51</sup> Es necesario considerar que la obligación de la Administración de ejercer su facultad normativa de forma coherente con el marco jurídico existente no es absoluta, pues ello llevaría a ‘petrificar’ el derecho e impedir su evolución. Sin embargo, tales innovaciones deben estar debidamente motivadas y ser proporcionales a sus fines.

porque interviene de manera excesiva e innecesaria en el ámbito de las relaciones privadas. Esta actuación contradictoria afecta la seguridad jurídica en su dimensión subjetiva; es decir, en la expectativa de los administrados de que las decisiones o aplicación de las normas efectuadas por las autoridades será conforme a derecho.

En este punto, conviene recordar lo señalado por el Tribunal Constitucional, en el sentido que la seguridad jurídica resulta **consustancial al Estado constitucional de derecho**; es decir, con aquel modelo de Estado sujeto al derecho y que reconoce la fuerza vinculante y normativa de la Constitución (García Cobián, 2013, p. 445). En el Estado constitucional de derecho, los derechos reconocidos en la ley y en la Constitución, incluyendo la seguridad jurídica, se cumplen y se encuentran vigentes.

Y es que la afectación a la seguridad jurídica puede representar un verdadero **costo**. El respeto a los derechos constitucionales en el Estado de derecho otorga a las personas el dominio sobre las variables que influyen en sus actividades económicas, incentivando la inversión y el tráfico económicos; hay pues, una conexión directa entre Estado de derecho y desarrollo económico (Borea, 1999, p. 592). La relación entre institucionalidad estatal, derivada de la seguridad jurídica, y creación de riqueza sería, pues, directamente proporcional (Kresalja & Ochoa, 2016, p. 20), por lo que las medidas estatales que afectan la seguridad jurídica tienen un impacto económico directo, asumido como costo por la sociedad en su conjunto.

En línea con lo anterior, consideramos que la afectación a la seguridad jurídica derivada de la RDFNO ha resultado, como acabamos de explicar, en un costo social que podría cuantificarse y debe tenerse en cuenta al evaluar el impacto del proyecto, más allá del costo económico directo que haya podido generar.

## V. A MODO DE CONCLUSIÓN

A lo largo del presente artículo hemos aludido al impacto económico que ha ocasionado al país la decisión de mantener la RDNFO, debido a que es un proyecto muy costoso que no está aportando los beneficios previstos. Sin embargo, el principal objeto del artículo ha sido destacar que el grave impacto que la implementación de la RDNFO ha ocasionado por las decisiones de ciertas autoridades, que no solo insisten en mantener este proyecto, cofinanciándolo con los recursos que aportamos los peruanos, sino que han reducido artificialmente sus costos trasladándolos a otras empresas. De esta manera, han distorsionado el marco legal del sector y han vulnerado la confianza legítima y

la seguridad jurídica, además de otros derechos fundamentales para el Estado de derecho, como la tutela jurisdiccional efectiva.

Este impacto, que podría considerarse como un 'costo jurídico' y el consiguiente 'costo social' no ha sido analizado por la gran cantidad de estudios económicos dedicados a evaluar el impacto de la RDNFO. Sin embargo, consideramos que sí deberá tomarse en cuenta al evaluar la implementación de futuros proyectos de infraestructura; y también, por supuesto, al considerar las distintas alternativas con que cuenta el Estado sobre el futuro de la RDFNO, las que incluyen la completa modificación del modelo o incluso la desinversión del proyecto (Banco Mundial, 2019, p. 122). Más allá de las buenas intenciones, necesitamos proyectos sustentables y coherentes con nuestro entorno, que nos dejen un saldo positivo en términos económicos y de respeto a los derechos ciudadanos. 🗣️

## REFERENCIAS

- Agencia de Promoción de la Inversión Privada [ProInversión] (s.f.). Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica. <http://www.proinversion.gob.pe/MODULOS/LAN/landing.aspx?are=0&pfl=1&lan=13&tit=red-dorsal-de-fibra-%C3%B3ptica>.
- América Sistemas (22 de mayo de 2019). Millonarias pérdidas en la Red Dorsal. *América Sistemas*. <https://www.americasistemas.com.pe/millonarias-perdidas-en-la-red-dorsal/>
- Banco Mundial (2018). *Acuerdo de Cooperación Técnica: Reformas para la Expansión de Servicios de Infraestructura de Banda Ancha a Zonas Remotas y Rurales*. [https://portal.mtc.gob.pe/comunicaciones/regulacion\\_internacional/regulacion/proy%20normativos/2019/Informe\\_DiagnosticoBancoMundial.pdf](https://portal.mtc.gob.pe/comunicaciones/regulacion_internacional/regulacion/proy%20normativos/2019/Informe_DiagnosticoBancoMundial.pdf)
- (2019). *Informe 2 – Escenarios y Modelos de Negocios de la RDFNO y redes de Transporte Regionales*. [https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/493980/Informe\\_2\\_Banda\\_Ancha\\_Banco\\_Mundial.pdf](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/493980/Informe_2_Banda_Ancha_Banco_Mundial.pdf)
- Borea, A. (1999). *Derecho y Estado de Derecho* (tomo II). Editorial Gráfica Monterrico.
- Comisión Multisectorial Temporal creada mediante Resolución Suprema 063-2010-PCM (2011). *Plan Nacional para el Desarrollo de la Banda Ancha en el Perú*. <https://www.Osiptel.gob.pe/media/io0g0vti/plan-nacional-desarrollo-banda-ancha-peru.pdf>



- DN Consultores (2018a, 8 de enero). Red Dorsal, ¿aún un elefante blanco? *DN Consultores*. <http://dnconsultores.com/diarios/impreso/reddorsalaunun-elefanteblanco/>
- (2018b, 18 de abril). Azteca dejaría el país: ¿qué pasará con la Red Dorsal de Fibra Óptica?. *DN Consultores*. <http://dnconsultores.com/diarios/revistas/web-revistas/azteca-dejaria-el-pais-que-pasara-con-la-red-dorsal-de-fibra-optica/>
- Díez Canseco, L. (2012). Teoría del cuello de botella: Las facilidades esenciales. *THĒMIS-Revista De Derecho*, (61), 65-93.
- Dirección de Gestión de Inversiones en Comunicaciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (2019). *Informe 0946-2019-MTC/26, que sustenta el Proyecto de Decreto Supremo que modifica el Reglamento de la Ley N 29904, aprobado por Decreto Supremo 014-2013-MTC*.
- (2021a). *Informe 008-2021-MTC/27.01, que sustenta la caducidad del Contrato de Concesión de la RDNFO*.
- (2021b). *Informe 350-2021-MTC/27.01, que sustenta la caducidad del Contrato de Concesión de la RDNFO*.
- Dirección General de Políticas y Regulación en Comunicaciones (2019). *Oficio 11902-2019-MTC/26*.
- Dirección General de Regulación y Asuntos Internacionales de Comunicaciones (2017). *Matriz de comentarios al Proyecto de Resolución Viceministerial que modifica los valores de las variables “m” y “f” de la “Metodología para la Determinación de las Contraprestaciones por el Acceso y Uso de la Infraestructura de los Concesionarios de Servicios Públicos de Energía Eléctrica e Hidrocarburos”, establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, “Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica” (Resolución Viceministerial N°133-2017-MTC/01.03, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 18 de febrero de 2017)*. Ministerio de Transportes y Comunicaciones.
- García Cobián, E. (2013). Control Gubernamental del Gasto Público en el Estado Constitucional: Reflexiones a propósito de la aprobación de las facultades sancionadoras de la Contraloría General en materia de responsabilidad administrativa funcional. *Derecho PUCP*, (71), 443-475. <https://doi.org/10.18800/derecho-pucp.201302.016>.
- Kresalja, B., & Ochoa, C. (2016). *Derecho Constitucional Económico*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Kresalja, B., & Quintana, E. (2005). La doctrina de las facilidades esenciales y su recepción en el Perú. *Ius et Veritas*, (31), 59-89.
- Larocca, N. (2020). TV Azteca multiplicó por siete sus pérdidas al primer trimestre. *TeleSemana*. <https://www.telesemana.com/blog/2020/05/27/tv-azteca-multiplico-por-siete-sus-perdidas-al-primer-trimestre/>
- Lucas, N. (31 de enero de 2018). La Red Dorsal de Perú debe ser un modelo a evitar en México. *El Economista*. <https://www.economista.com.mx/empresas/La-Red-Dorsal-de-Peru-debe-ser-un-modelo-a-evitar-en-Mexico-20180131-0066.html>
- More, J., & Argandoña, D. (2020). *Las redes de transporte de fibra óptica, microondas y satelital, y su rol para promover la expansión de la cobertura de los servicios públicos de telecomunicaciones: Reporte y mapas de cobertura*. [https://repositorio.Osiptel.gob.pe/bitstream/handle/20.500.12630/745/49%20DT%20Reporte%20y%20Mapas%20de%20cobertura%20Redes%20de%20Tx%20Fibra%20\\_%20MW%20y%20Satelital.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.Osiptel.gob.pe/bitstream/handle/20.500.12630/745/49%20DT%20Reporte%20y%20Mapas%20de%20cobertura%20Redes%20de%20Tx%20Fibra%20_%20MW%20y%20Satelital.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Morelli, A., & Roca, L. (2020). La naturaleza jurídica de los mandatos de interconexión de redes de telecomunicaciones y el cambio de posición de OSIPTEL. *Forseti Revista de Derecho*, 8(11), 108-125.
- Morón, J. (2017). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General* (tomo I). Gaceta Jurídica.
- Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones [Osiptel] (s.f. a). Contratos remitidos para supervisión en el marco de la Ley de Banda Ancha N° 29904 y su Reglamento. <https://www.osiptel.gob.pe/portal-de-operadoras/contratos/comparticion-de-infraestructura/contratos-remitidos-para-supervisi%C3%B3n-en-el-marco-de-la-ley-de-banda-ancha-n-29904-y-su-reglamento/>
- (s.f. b). Mandatos. <https://www.osiptel.gob.pe/portal-de-operadoras/mandatos/?anio=2017&subcat=Compartici%C3%B3n+de+infraestructura&input=>

Pacheco, L. (2012). Hacia un mayor desarrollo de la banda ancha en el Perú. *Revista de Derecho Administrativo*, 2(12), 13-32.

Pérez, A. (2000). La seguridad jurídica: una garantía del derecho y la justicia. *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, (15), 25-38.

Ugartemendia, J. (2006). El concepto y alcance de la seguridad jurídica en el Derecho constitucional español y en el Derecho comunitario europeo: un estudio comparado. *Cuadernos de Derecho Público*, (28), 17-54.

Unión Internacional de Telecomunicaciones [UIT] (2003). Nacimiento de la banda ancha, preguntas formuladas con frecuencia. <https://www.itu.int/osg/spu/publications/birthofbroadband/faq-es.html>.

Zegarra, D. (2018). *Introducción al Derecho de las Telecomunicaciones*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

#### LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Código Civil [CC], Diario Oficial *El Peruano*, 25 de julio de 1984 (Perú).

Constitución Política del Perú [Const.] (1993).

Decreto Legislativo 1019, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Acceso a la Infraestructura de los Proveedores Importantes de Servicios Públicos de Telecomunicaciones, Diario Oficial *El Peruano*, 10 de junio de 2008 (Perú).

Decreto Legislativo 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de junio de 2008 (Perú).

Decreto Supremo 013-93-TCC, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, Diario Oficial *El Peruano*, 6 de mayo de 1993 (Perú).

Decreto Supremo 009-2005-MTC, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley 28295, que regula el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, Diario Oficial *El Peruano*, 21 de marzo de 2005 (Perú).

Decreto Supremo 034-2010-MTC, Decreto Supremo que establece 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 promover la competencia en la prestación de este servicio, Diario Oficial *El Peruano*, 24 de julio de 2010 (Perú).

Decreto Supremo 014-2013-MTC, Reglamento de la Ley 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, Diario Oficial *El Peruano*, 4 de noviembre de 2013 (Perú).

Decreto Supremo 004-2019-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de enero de 2019 (Perú).

Dirección General de Regulación y Asuntos Internacionales de Comunicaciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, Informe 021-2015-MTC-26, 29 de enero de 2015 (Perú).

Dirección General de Regulación y Asuntos Internacionales de Comunicaciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, Informe 292-2017-MTC/26, 4 de agosto de 2017 (Perú).

Dirección General de Regulación y Asuntos Internacionales de Comunicaciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, 8 de septiembre de 2017, Oficio 579-2017-MTC/26 (Perú)

Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia de Osiptel, Informe 00043-2020-DPRC/2020, que sustenta el Proyecto de Norma que aprueba el Proyecto de Norma que aprueba la Oferta Básica de Compartición (OBC) y Otras Disposiciones aplicables a la Infraestructura Eléctrica para el despliegue de redes de telecomunicaciones, 28 de mayo de 2020 (Perú).

Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia de Osiptel, Informe 00103-GPRC/2020, Expediente 00002-2019-CD-GPRC/MC, 1 de octubre de 2020 (Perú).

Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en Servicios Públicos, Diario Oficial *El Peruano*, 29 de julio de 2000 (Perú).

Ley 28295, Ley que regula el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, Diario Oficial *El Peruano*, 21 de julio de 2004 (Perú).

Ley 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y construcción de la Red Dorsal Nacional de Fi-

bra Óptica, Diario Oficial *El Peruano*, 20 de julio de 2012 (Perú).

Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, 17 de noviembre de 2020, Resolución 11, Expediente 00103-2020-0-1817-SP-CO-01 (Perú).

Proyecto de Adenda, Adenda N.3 al contrato de concesión del proyecto “Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica: cobertura universal norte, cobertura universal sur y cobertura universal centro”. [https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/461868/001\\_Proyecto\\_de\\_Aden-da\\_No.\\_3.pdf](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/461868/001_Proyecto_de_Aden-da_No._3.pdf)

Resolución del Consejo Directivo de Osipitel 00199-2020-CD/OSIPTEL que aprueba la publicación para comentarios del “Proyecto de norma que establece la Oferta Básica de Compartición y otras disposiciones aplicables a la Infraestructura Eléctrica utilizada para el despliegue de redes de telecomunicaciones”, Diario Oficial *El Peruano*, 23 de diciembre de 2020 (Perú).

Resolución Ministerial 343-2014-MTC/03, Otorgan a la empresa AZTECA COMUNICACIONES PERÚ S.A.C. concesión única para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones en todo el territorio nacional, Diario Oficial *El Peruano*, 10 de junio de 2014 (Perú).

Resolución Ministerial 689-2021-MTC/01, que Declara la resolución del Contrato de Concesión para el Diseño, Financiamiento, Despliegue, Operación y Mantenimiento del Proyecto “Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica: Cobertura Universal Norte, Cobertura Universal Sur y Cobertura Universal Centro”, Diario Oficial *El Peruano*, 13 de julio de 2021 (Perú).

Resolución Viceministerial 133-2017-MTC/03 que publica el proyecto de modificación los valores de las variables “m” y “f” de la “Metodología

para la Determinación de las Contraprestaciones por el Acceso y Uso de la Infraestructura de los Concesionarios de Servicios Públicos de Energía Eléctrica e Hidrocarburos”, establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, “Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica”. Diario Oficial *El Peruano*, 9 de febrero de 2017 (Perú).

Resolución Viceministerial 768-2017-MTC/03 que modifica los valores de las variables “m” y “f” de la “Metodología para la Determinación de las Contraprestaciones por el Acceso y Uso de la Infraestructura de los Concesionarios de Servicios Públicos de Energía Eléctrica e Hidrocarburos”, establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, “Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica”, aprobado mediante Decreto Supremo 014-2013-MTC. Diario Oficial *El Peruano*, 7 de agosto de 2017 (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 29 de enero de 2002, sentencia recaída en el Expediente 009-2001-AI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 30 de abril de 2003, sentencia recaída en el Expediente 0016-2002-AI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 24 de noviembre de 2005, sentencia recaída en el Expediente 03741-2004-AA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 3 de mayo de 2006, sentencia recaída en el Expediente 07289-2005-AA/TC (Perú).

Tribunal de Resolución de Controversias de Osipitel, 4 de diciembre de 2020, Resolución 00026-2020-TSC/OSIPTEL, Expediente 008-2018-CCO-ST/CI (Perú).