



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL

Lima, 28 de mayo de 2009

C. 110 -PD.GL/2009

Señora
CAYETANA ALJOVÍN GAZZANI
DIRECTORA EJECUTIVA
AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA
INVERSIÓN PRIVADA - PROINVERSIÓN

Presente.-

Ref. : Su Oficio N° 279-2009-DE/PROINVERSIÓN



De mi mayor consideración:

Es grato dirigirme a usted en atención a su oficio de la referencia, para remitirle adjunto el Informe N° 115-GL/2009, que contiene la opinión del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL, sobre la versión final del Contrato de Concesión para la prestación de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones en 25 MHz de la Banda C de 1900 MHz, comprendida entre los rangos 1 897,5 – 1910 MHz y 1977,5 – 1999 MHz a nivel nacional (Banda C 1900 MHz).

Al respecto, cabe mencionar que el referido informe, que contiene algunas recomendaciones que a juicio del organismo regulador deben ser incorporadas a la versión final del texto del contrato de concesión, ha sido aprobado por el Consejo Directivo en su Sesión N° 349/09 del 28 de mayo de 2009.

De esta manera, el OSIPTEL da cumplimiento oportuno a lo establecido por el artículo 2° de la Ley N° 27701 –Ley que establece disposiciones para garantizar la concordancia normativa entre los procesos de privatización y concesiones con la legislación regulatoria-, publicada el 20 de abril de 2002.

Asimismo, solicito a usted que el documento de evaluación de la opinión de este organismo, nos sea alcanzado de manera previa a la aprobación final del texto del contrato de concesión por parte del Directorio de PROINVERSIÓN.

Sin otro particular, quedo de usted.

Atentamente,


GUILLERMO THORBERRY VILLARÁN
PRESIDENTE DEL CONSEJO DIRECTIVO

Adj. Informe N° 115-GL/2009.

INFORME N° 115-GL/2009

| | |
|---------------|--|
| A | : GERENCIA GENERAL |
| ASUNTO | : Solicitud de opinión favorable sobre las materias de competencia del OSIPTEL contenidas en la versión final del Contrato de Concesión para la prestación de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones en 25 MHz de la Banda C de 1900 MHz, comprendida entre los rangos 1 897,5 – 1910 MHz y 1977,5 – 1999 MHz a nivel nacional (Banda C 1900 MHz) |
| FECHA | : 22 de mayo de 2009 |

| | Cargo | Nombre | Firma |
|---------------------|---------------------------------------|------------------------|--------------|
| APROBADO POR | Gerente Legal | Alberto Arequipaño T. | |
| | Gerente de Relaciones Empresariales | Ana Rosa Martinelli M. | |
| | Gerente de Fiscalización | Santiago Rojas T. | |
| | Gerente de Usuarios | Humberto Sheput S. | |
| | Gerente de Políticas Regulatorias (e) | Mario Gallo G. | |

I. OBJETO

Presentar ante la Alta Dirección, para su aprobación por el Consejo Directivo, el informe conteniendo la opinión que –de considerarlo pertinente- deberá emitir el OSIPTEL sobre las materias de competencia del OSIPTEL, el mismo que ha sido elaborado en conjunto por la Gerencia Legal, la Gerencia de Relaciones Empresariales, la Gerencia de Fiscalización, la Gerencia de Políticas Regulatorias y la Gerencia de Usuarios, con relación a la versión final del Contrato de Concesión para la prestación de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones en 25 MHz de la Banda C de 1900 MHz, comprendida entre los rangos 1 897,5 – 1910 MHz y 1977,5 – 1999 MHz a nivel nacional – en lo sucesivo “la Banda C 1900 MHz” -.

II. ANTECEDENTES

1. Por Oficio N° 149-2009-DE/PROINVERSIÓN de 12 de marzo de 2009, recibido el 13 de marzo de 2009, se solicitó al OSIPTEL su opinión sobre la versión final del contrato de concesión para la prestación de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de la banda 2668-2692 MHz en la provincia de Lima, la Provincia Constitucional del Callao, la provincia de Trujillo y el departamento de Lambayeque y la Banda 2668-2690 MHz en el resto del territorio nacional (Banda 2600 MHz).
2. Por Informe N° 071-GL/2009 de 27 de marzo de 2009, las Gerencias del OSIPTEL emitieron su opinión sobre la versión final del Contrato de Concesión para la prestación de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de la Banda 2668-2692 MHz en la provincia de Lima, la Provincia Constitucional del Callao, la provincia de Trujillo y el departamento de Lambayeque y la Banda 2668-2690 MHz en el resto del territorio nacional (Banda 2600 MHz).

3. El referido Informe N° 071-GL/2009 fue aprobado por el Consejo Directivo en la sesión N° 342/09 de 31 de marzo de 2009 y remitido a PROINVERSIÓN mediante Oficio N° 080-PD.GL/2009 de 3 de abril de 2009, el mismo que fue recibido en la fecha.
4. Por Oficio N° 211-2009-DE/PROINVERSIÓN de 31 de marzo de 2009, recibido el 2 de abril de 2009, se solicitó al OSIPTEL su opinión favorable sobre la versión final del Contrato de Concesión para la prestación de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de la Banda 821-823 MHz y 866-869 MHz en la provincia de Lima y la Provincia Constitucional del Callao.
5. El 15 de abril de 2009, funcionarios de las distintas gerencias del OSIPTEL se reunieron con representantes de PROINVERSIÓN y del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a efectos de debatir sobre aspectos relativos a las versiones finales de contrato de ambas bandas.
6. Por Informe N° 088-GL/2009 de 16 de abril de 2009, las Gerencias competentes del OSIPTEL emitieron su opinión sobre la versión final del Contrato de Concesión para la prestación de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de la Banda 821-823 MHz y 866-869 MHz en la provincia de Lima y la Provincia Constitucional del Callao.

En el Informe N° 088-GL/2009, se ratificó la opinión formulada en el Informe N° 071-GL/2009 y se formularon algunos nuevos comentarios.

7. El citado Informe N° 088-GL/2009 fue aprobado por el Consejo Directivo en su sesión N° 344/09 de 21 de abril de 2009 y remitido a PROINVERSIÓN mediante Oficio N° 088-PD.GL/2009 de 23 de abril de 2009, el mismo que fue recibido en la fecha.
8. Por Oficio N° 264-2009-DE/PROINVERSIÓN de 30 de abril de 2009, recibido el 5 de mayo de 2009, se solicitó al OSIPTEL su opinión favorable sobre las modificaciones a la versión final del Contrato de Concesión para la prestación de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de la Banda 821-823 MHz y 866-869 MHz en la provincia de Lima y la Provincia Constitucional del Callao.
9. Por Oficio N° 282-2009-DE/PROINVERSIÓN de 7 de mayo de 2009, recibido el 7 de mayo de 2009, se solicitó al OSIPTEL su opinión favorable sobre las modificaciones a la versión final del Contrato de Concesión para la prestación de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de la Banda 2668-2692 MHz en la provincia de Lima, la Provincia Constitucional del Callao, la provincia de Trujillo y el departamento de Lambayeque y la Banda 2668-2690 MHz en el resto del territorio nacional (Banda 2600 MHz).
10. Por Informe N° 110-GL/2009 de 12 de mayo de 2009, las Gerencias competentes del OSIPTEL emitieron su opinión sobre las modificaciones a la versión final del Contrato de Concesión para la prestación de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de la Banda 821-823 MHz y 866-869 MHz en la provincia de Lima y la Provincia Constitucional del Callao.
11. El referido Informe N° 110-GL/2009 fue aprobado por el Consejo Directivo en su sesión N° 347/09 de 21 de abril de 2009 y remitido a PROINVERSIÓN mediante Oficio N° 099-PD.GL/2009 de 14 de mayo de 2009, el mismo que fue recibido el 15 de mayo de 2009.
12. Por Informe N° 111-GL/2009 de 14 de mayo de 2009, las Gerencias competentes del OSIPTEL emitieron su opinión sobre las modificaciones a la versión final del Contrato de Concesión para la prestación de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de la banda 2668-2692 MHz en la provincia de Lima, la Provincia Constitucional del Callao, la provincia de Trujillo y el departamento de



Lambayeque y la Banda 2668-2690 MHz en el resto del territorio nacional (Banda 2600 MHz).

13. El citado Informe N° 111-GL/2009 fue aprobado por el Consejo Directivo en su sesión N° 347/09 de 14 de mayo de 2009 y remitido a PROINVERSIÓN mediante Oficio N° 098-PD.GL/2009 de 14 de mayo de 2009, el mismo que fue recibido el 15 de mayo de 2009.
14. Por Memorando N° 068-GL/2009 de 12 de mayo de 2009, y en atención al encargo de la Gerencia General, la Gerencia Legal solicitó a la Gerencia de Relaciones Empresariales, la Gerencia de Fiscalización, la Gerencia de Políticas Regulatorias y la Gerencia de Usuarios, su opinión sobre la versión final del Contrato de Concesión para la prestación de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones en 25 MHz de la Banda C de 1900 MHz, comprendida entre los rangos 1 897,5 – 1910 MHz y 1977,5 – 1999 MHz a nivel nacional (Banda C 1900 MHz).
15. Las gerencias competentes del OSIPTEL, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 1012 y la Ley N° 27701, han revisado el texto de los contratos y, mediante el presente documento, consideran pertinente emitir opinión, para someterla a consideración del Consejo Directivo, en los términos que se incluyen en la sección siguiente.

III. OBJETIVO DE LA OPINIÓN DEL OSIPTEL

Antes de formular nuestra opinión, consideramos necesario comentar brevemente el marco normativo que regula la emisión de opiniones sobre la versión final de los contratos de concesión:

1. Por Ley N° 27701, se aprobó la Ley que establece disposiciones para garantizar la concordancia normativa entre los procesos de privatización y concesiones con la legislación regulatoria, la misma que fue publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 20 de abril de 2002, y que señaló lo siguiente:

"Artículo 2.- Opinión del organismo regulador

Las disposiciones que regulen la materia de competencia de los organismos reguladores, comprendidas en los expedientes finales de los procesos de privatización y concesiones - sujetos al Decreto Legislativo N° 674 y al Decreto Supremo N° 059-96-PCM- de las empresas cuya regulación está a cargo de los organismos reguladores precisados en la Ley N° 27332, deberán contar con la opinión del respectivo Consejo Directivo de éstos como requisito previo a su aprobación por parte de la COPRI". (Sin subrayado en el original)

2. Por Decreto Legislativo N° 1012, publicado el 13 de mayo de 2008, se aprobó la Ley Marco de asociaciones público - privadas para la generación de empleo productivo y se dictaron normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada, la misma que señaló lo siguiente:

"Artículo 9.- Marco institucional para la provisión de infraestructura y servicios públicos

(...)

9.3 El diseño final del contrato de Asociación Público-Privada, a cargo del Organismo Promotor de la Inversión Privada correspondiente, requerirá la opinión favorable de la entidad pública competente y del Ministerio de Economía y Finanzas, quienes emitirán opinión en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles respecto a las materias de su competencia. Si no hubiera respuesta en dicho plazo, se entenderá que la opinión es favorable. Asimismo, se requerirá la opinión de organismo regulador correspondiente, el que deberá emitirla únicamente dentro del mismo plazo.

El Informe Previo de la Contraloría General de la República respecto de la versión final del contrato de Asociación Público-Privada sólo podrá versar sobre aquellos aspectos que comprometan el crédito o la capacidad financiera del Estado, de conformidad con el inciso l) del Artículo 22 de la Ley N° 27785. Dicho Informe Previo no es vinculante, sin perjuicio del control posterior.

Los informes y opiniones se formularán una sola vez por cada entidad, salvo que el Organismo Promotor de la Inversión Privada solicite informes y opiniones adicionales.

(...)"

3. A su vez, el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 09 de diciembre de 2008, estableció lo siguiente:

"Artículo 8.- Diseño final del contrato de Asociación Público Privada y modificaciones

De conformidad con el numeral 9.3 de la Ley y en los plazos y modalidad en ella establecidos, y sin perjuicio de las normas especiales aplicables a las modalidades de APP autosostenibles y cofinanciadas respectivamente, el diseño final del contrato y las modificaciones que se produzcan a la versión final del mismo, requerirán la opinión favorable de la entidad pública competente y del Ministerio de Economía y Finanzas, así como del organismo regulador y de la Contraloría General de la República.

4. Es así que, a partir de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento, PROINVERSIÓN viene solicitando al OSIPTEL no sólo **su opinión** como ocurría durante la vigencia de la Ley N° 27701, sino **su opinión favorable**, de manera que en tanto ésta no sea emitida en dichos términos, no podrá culminarse el proceso de inversión.
5. En nuestra opinión, las normas anteriormente transcritas, deben interpretarse de manera concordada, y en tal sentido, la opinión del OSIPTEL, que conforme a lo solicitado por PROINVERSIÓN debe ser favorable, será formulada distribuyéndola en dos secciones fundamentales, es decir, se formulará un pronunciamiento sobre aquellos aspectos vinculados de manera directa a competencias del OSIPTEL, para luego pronunciarse sobre otros aspectos relevantes en que sólo corresponde dejar sentada nuestra posición.
6. Es importante en todo caso, señalar que en todas las oportunidades en que le ha correspondido opinar, el OSIPTEL nunca se ha limitado a los aspectos de su competencia, puesto que el propósito de todos los actores que intervienen en el mercado de servicios de las telecomunicaciones no puede ser otro que alcanzar su máximo desarrollo.

IV. OPINIÓN

La opinión del OSIPTEL será dividida en dos acápite, el primero referido a las disposiciones que son de competencia del OSIPTEL y el segundo referido a aquellas disposiciones que no son de competencia directa del OSIPTEL. Asimismo, se consignará en el documento que denominamos Anexo 1 al presente Informe, nuestra opinión sobre aquellas disposiciones que deben revisarse por haberse incurrido en defectos de forma o que ya han sido incorporados a versiones finales de contratos remitidas anteriormente.

IV.1. OPINIÓN SOBRE LAS CLÁUSULAS QUE REGULAN LA MATERIA DE COMPETENCIA DEL OSIPTEL

1. CLÁUSULA 11 – REGLAS DE COMPETENCIA

Numeral 11.2 Prohibición General de realizar Subsidios Cruzados

El primer párrafo del numeral 11.2 propuesto en la versión final del contrato señala lo siguiente:

"La Sociedad Concesionaria se compromete a no realizar subsidios cruzados entre los diferentes Servicios de Telecomunicaciones que preste, en el supuesto que tenga una posición de dominio en alguno de los mercados relevantes de los servicios públicos de telecomunicaciones."

En este numeral del contrato de concesión se señala – en referencia a la prohibición general de realizar subsidios cruzados – que la sociedad concesionaria se compromete a no realizar subsidios cruzados entre los diferentes servicios de telecomunicaciones que preste, en el supuesto que tenga una posición de dominio en alguno de los mercados relevantes de los servicios públicos.

Cabe precisar que esta prohibición se encuentra referida a las empresas operadoras que tengan una posición de dominio en alguno de los mercados relevantes de servicios públicos de telecomunicaciones, de conformidad con el Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de las Prácticas Anticompetitivas. No puede interpretarse esta cláusula en el sentido que estas prácticas sean sancionables *per se*, sin la existencia de una posición de dominio, en la medida que ello implicaría establecer un trato distinto a la sociedad concesionaria respecto de otras empresas que prestan servicios públicos de telecomunicaciones sujetas a concesión administrativa, a las cuales no se les ha impuesto esta prohibición *per se*.

De otro lado, es importante tener en consideración que el numeral 4) del artículo 4° de los Lineamientos de Desarrollo y Consolidación de la Competencia, aprobados por Decreto Supremo N° 003-2007-MTC, señala que las empresas concesionarias pueden ofrecer servicios públicos de telecomunicaciones bajo condiciones diferenciadas en función a criterios geográficos o tipo de uso del servicio (residencial o comercial).

Adicionalmente, estos lineamientos establecen que cuando se efectúe una discriminación en función a criterios geográficos la distinción se realizará bajo criterios de equidad, que aseguren un trato más favorable a los departamentos distintos de Lima y Callao. Este numeral estaría permitiendo la posibilidad de realizar subsidios cruzados entre servicios, siempre que dichas prácticas se realicen en concordancia con las normas de libre competencia.

Al respecto, se propone la siguiente redacción:

"11.2. Prohibición General de Realizar Subsidios Cruzados"

*"El operador se compromete a no realizar subsidios cruzados entre los diferentes servicios de telecomunicaciones que preste, considerando lo establecido en la normativa sectorial y de libre competencia".
(...)"*

2. CLÁUSULA 11 – REGLAS DE COMPETENCIA
Numeral 11.3 Trato no discriminatorio

El texto propuesto en la versión final del contrato señala lo siguiente:

11.3 Trato No Discriminatorio.

En la prestación del Servicio Registrado la Sociedad Concesionaria no discriminará ni tendrá preferencia injustificada hacia otros proveedores de Servicios Públicos de Telecomunicaciones, considerando lo establecido en la normativa sobre libre competencia.

Igualmente, la Sociedad Concesionaria tendrá derecho a no ser discriminada por otros operadores de Servicios Públicos de Telecomunicaciones.

Esta Gerencia opina que el segundo párrafo debe guardar correspondencia con el primero, en la referencia a la "no discriminación" y a la "preferencia", en la medida que debe existir un correlato entre los derechos otorgados a la sociedad concesionaria y las obligaciones establecidas a todos los demás operadores en sus respectivos contratos. Asimismo, para que el segundo párrafo siga en la línea de referencia establecida en el primer párrafo conforme a la normativa sobre libre competencia, se considera adecuado cambiar el "igualmente" por la frase "Conforme a lo señalado anteriormente".

En ese sentido, se sugiere la siguiente redacción:

"11.3 Trato No Discriminatorio

(...)

Conforme a lo señalado anteriormente, la Sociedad Concesionaria tendrá derecho a no ser discriminada y no podrá ser preferida injustificadamente por otros operadores de Servicios Públicos de Telecomunicaciones.

**3. CLÁUSULA 11 – REGLAS DE COMPETENCIA
Numeral 11.4 Supervisión y Cumplimiento**

El texto propuesto en la versión final del contrato señala lo siguiente:

11.4 Supervisión y Cumplimiento

OSIPTEL podrá solicitar a la Sociedad Concesionaria que presente informes periódicos, estadísticas y cualquier otra información así como inspeccionar, ella misma o a través de un tercero, las instalaciones de la Sociedad Concesionaria, sus archivos y expedientes y otros datos y solicitar cualquier otra información adicional a fin de supervisar y hacer valer los términos de esta Cláusula. OSIPTEL tendrá derecho a adoptar medidas correctivas en forma de resoluciones y mandatos conforme a las leyes y reglamentos aplicables.

En este numeral se hace referencia a la labor de supervisión del OSIPTEL con relación exclusiva a las disposiciones contenidas en esta cláusula de competencia. La facultad del OSIPTEL de supervisar y fiscalizar involucra todos los aspectos vinculados al cumplimiento de las obligaciones dispuestas en el contrato de concesión, así como al cumplimiento del marco normativo. Por esta razón se recomienda incluir la facultad de supervisión del OSIPTEL en una cláusula distinta y separada.

IV.2. OPINIÓN SOBRE LAS CLÁUSULAS QUE NO REGULAN DIRECTAMENTE LA MATERIA DE COMPETENCIA DEL OSIPTEL

Conforme lo anteriormente señalado, y sin perjuicio de que los aspectos que a continuación desarrollamos no afectan la opinión del OSIPTEL, por no versar directamente sobre las materias de su competencia, consideramos necesario formular las siguientes recomendaciones a efectos de que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y PROINVERSIÓN las evalúen y tengan en cuenta para el desarrollo de los procesos de concesión futuros y específicamente para la redacción del texto final del contrato bajo comentario.

**4. RECOMENDACIÓN GENERAL.-
Bases del Concurso**

Las Bases del Concurso son parte integrante del Contrato de Concesión, y dada su importancia, se considera pertinente que PROINVERSIÓN solicite también la opinión del OSIPTEL respecto de dichas bases en forma previa a su publicación.

**5. RECOMENDACIÓN GENERAL.-
Cambios societarios que pueden afectar la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones**

En todos aquellos puntos en los que haya cambios en la Sociedad Concesionaria o en el operador, ya sea o no a solicitud de la Sociedad Concesionaria o de uno o más de sus integrantes, que impliquen cambios en el control efectivo, control de las operaciones técnicas, y control de las bandas de espectro radioeléctrico que serán de uso exclusivo de la Sociedad Concesionaria durante el plazo de la concesión del presente concurso, y que puedan afectar de algún modo las condiciones de la competencia en los mercados de los servicios de telecomunicaciones prestados

usando la banda de 1900 MHz, la opinión del OSIPTEL no sólo deberá ser previa sino además favorable.

CLAÚSULA 2 – OBJETO DE LA CONCESIÓN

2.2 Condiciones esenciales

El texto propuesto en la versión final del contrato señala lo siguiente:

"2.2 Condiciones Esenciales

Para todos los efectos se considera que son condiciones esenciales del presente Contrato, las siguientes:

(...)

e) *Aquellas consideradas como tales, en la Ley de Telecomunicaciones, su Reglamento General o las normas que emita el OSIPTEL.*

(...)"

En el numeral 2.2 de la cláusula objeto de análisis, se identifican aquellas obligaciones cuyo cumplimiento es esencial para el Estado. Así, se identifican las obligaciones relativas al cumplimiento de las reglas de competencia, de las normas de interconexión, los principios contenidos en la Ley de Telecomunicaciones relativos a equidad, igualdad de acceso, neutralidad, no discriminación, etc.

En el literal e) del numeral se señala que tendrán la calidad de condiciones esenciales aquellas consideradas como tales, en la Ley de Telecomunicaciones, su Reglamento General o las normas que emita el OSIPTEL.

En la medida que un incumplimiento de las condiciones esenciales, además de las infracciones administrativas a las que pudiera dar lugar, habilita al concedente a la resolución del contrato de concesión, se sugiere precisar este literal en el sentido de que sólo calificarán como esenciales aquellas obligaciones que por su naturaleza lo ameriten. Ello limita la discrecionalidad de la administración de fijar por la vía reglamentaria condiciones esenciales a obligaciones que no tienen una relevancia significativa.

Al respecto se sugiere el siguiente texto:

"2.2. Condiciones Esenciales

Para todos los efectos se considera que son condiciones esenciales del presente Contrato, las siguientes: (...)

(...)

e) *Aquellas que, por su relevancia y trascendencia, sean consideradas como tales, en la Ley de Telecomunicaciones, su Reglamento General o las normas que emita el OSIPTEL*

(...)"

6. CLAÚSULA 4 - OBLIGACIONES PREVIAS A LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA CONCESIÓN

4.1 Obligaciones a cumplir por la sociedad concesionaria a la fecha de Cierre

Literal d)

Numeral i)

El texto propuesto en la versión final del contrato señala lo siguiente:

"i) Una restricción a la libre transferencia, disposición, constitución de cualquier derecho real o fiduciario o gravamen de acciones o participaciones que representen el veinticinco por ciento (25%) de acciones representativas del capital y con derecho a voto, porcentaje, que corresponde a la Participación Mínima del Operador, que limite toda transferencia real o fiduciaria, disposición o gravamen de éstas a terceros o a otros socios, de conformidad con lo establecido en el párrafo siguiente, hasta el quinto año de vigencia de la Concesión".

Respecto de este numeral, es necesario modificar el porcentaje de Participación Mínima considerado, proponiéndose que se incremente a 51% para mantener el

control accionario de la Sociedad Concesionaria. En particular, el hecho que otra empresa cualquiera pueda adquirir hasta el 75% del accionariado de la Sociedad Concesionaria, podría implicar que un operador (o una empresa vinculada a dicho operador) adquiriera una participación importante y de dirección de la Sociedad Concesionaria, evadiendo la prohibición establecida en el numeral 17.3 del Contrato de Concesión. Esta evasión podría ocurrir en caso la transferencia ocurra a empresas que residan en otros países, cuyas leyes o normativas exijan poca transparencia respecto de la información financiera de las empresas constituidas en los mismos.

7. CLÁUSULA 5 – ÁMBITO DE LA CONCESIÓN

5.1 Servicios concedidos

El texto propuesto en la versión final del contrato señala lo siguiente:

5.1 Servicios Concedidos

Dentro del Área de Concesión a que se refiere el numeral 5.2 y conforme a los términos y condiciones de este Contrato, la Sociedad Concesionaria está facultada a prestar los Servicios Públicos de Telecomunicaciones establecidos en la Ley de Telecomunicaciones y su Reglamento General.

Previamente a la prestación de cada Servicio Público de Telecomunicaciones o Servicio Concedido, la Sociedad Concesionaria lo deberá inscribir en el Registro. Así, en el marco del presente Contrato, se prevé la prestación inicial de los Servicios Públicos de, según se desprende de la Resolución Directoral de su inscripción en el Registro, que forma parte integrante de este Contrato..

Para la prestación de servicios adicionales a los considerados en el párrafo precedente, la Sociedad Concesionaria, deberá contar previamente con su inscripción en el Registro.

Para efectos del presente Contrato se entenderá por Servicio Registrado, el o los Servicios Concedidos inscritos en el Registro.

La Sociedad Concesionaria podrá prestar el Servicio Concedido utilizando cualquier tipo de tecnología y/o aplicaciones, así como infraestructura propia o de terceros."

En este numeral se prevé la obligación de la sociedad concesionaria de registrar cada servicio público que pretenda prestar, en el marco del contrato de concesión única.

Al respecto, se advierte que el contrato no ha establecido sanción convencional alguna en caso de incumplimiento a esta disposición. Ello resulta de importancia en la medida que la normativa que rige el otorgamiento de la concesión única – la Ley de Telecomunicaciones y su Reglamento General – no ha tipificado esta conducta como infracción.

En ese sentido, en caso no se incluya una sanción convencional, el OSIPTEL debería solicitar al Ministerio de Transportes y Comunicaciones que evalúe la tipificación de esta conducta como infracción..

De otro lado, es preciso indicar que a lo largo del contrato se hace referencia a "Servicio Concedido" y "Servicio Registrado" (cláusulas 8.2, 17.4 y 18.4) para calificar al servicio prestado por la Sociedad Concesionaria, de forma indistinta. Al respecto, correspondería uniformizar la redacción sustituyendo la referencia a "Servicio Concedido" por "Servicio Registrado" de conformidad con la obligación impuesta a la Sociedad Concesionaria.

8. CLÁUSULA 6 – PLAZO DE LA CONCESIÓN

6.3 Procedimiento de renovación del plazo de la concesión

Literal a)

El texto propuesto en la versión final del contrato señala lo siguiente:

"(...); y (iii) de considerarlo conveniente el Concedente fijará la fecha, lugar y hora de la audiencia pública a fin de (...)"

En cuanto al procedimiento que se aplicará para efectos de la renovación del plazo de la concesión, se considera que la audiencia pública constituye una etapa indispensable que garantiza la transparencia y la participación de los usuarios en esta importante decisión pública.

Uno de los logros de la experiencia de regulación en el Perú es haber establecido mecanismos claros y estables de transparencia en la actividad de las entidades con competencia sobre los sectores regulados. Estos mecanismos tienen diversos orígenes, desde actitudes particulares de los organismos reguladores hasta normas con rango de ley. Lo importante es mantener la tendencia de contar cada vez más con mejores mecanismos de transparencia, que a la vez promueven la legitimidad las actividades regulatorias. Uno de estos mecanismos, tal como se ha señalado, es el establecimiento de audiencias públicas.

Dadas las particularidades de los servicios a ser concedidos, que incluyen la asignación de espectro relevante para la provisión de servicios móviles, mercado en el que compiten varias empresas, y cuya intensidad competitiva se incrementará en vista de la implementación de la portabilidad y del desarrollo de las comunicaciones móviles, y con un mercado de telecomunicaciones en el cual la expansión es sustancial, existirá una pluralidad de interesados en un procedimiento de renovación de concesión en el mediano plazo. Los agentes interesados, tanto operadores como representantes de usuarios y de la sociedad civil podrán participar en el mismo a través de la audiencia pública.

En este sentido, la relevancia de esta banda de espectro radioeléctrico, al constituirse en un recurso escaso de alto valor en un mercado competitivo como el de los servicios móviles, hace necesaria la realización de una audiencia pública que permita recoger los comentarios de todos los agentes interesados del mercado respecto a la renovación de la concesión, a fin de garantizar el mejor uso de este recurso escaso y disuadir a posibles postores del acaparamiento de espectro.

Por ello, es opinión del regulador que la existencia de audiencia pública en el proceso de renovación del plazo de la concesión no debe provenir de una decisión discrecional del concedente, sino de una regla establecida a nivel contractual que asegure que la audiencia pública sea parte del procedimiento.

Por ello, se sugiere modificar el literal (a) con el siguiente texto:

"(...); y (iii) ~~de considerarlo conveniente~~ el Concedente fijará la fecha, lugar y hora de la audiencia pública a fin de (...)".

9. CLÁUSULA 6 – PLAZO DE LA CONCESIÓN

6.4 Decisión sobre la renovación

Literal a)

Numeral i)

El texto propuesto en la versión final del contrato no acoge la opinión formulada anteriormente por el OSIPTEL.

Al respecto, consideramos importante eliminar la referencia a "incumplimientos no significativos", en la medida en que ni las Bases ni el Contrato de Concesión definen dicho concepto. Solamente en el punto (i) del literal a del numeral 6.4, se hace referencia a "incumplimientos no significativos", mientras que en el resto de puntos del literal a y en todo el literal b no se hace dicha referencia.

En este sentido, se sugiere modificar el punto (i) del literal a del numeral 6.4 del Contrato de Concesión con el siguiente texto:

*"(i) Renovar el Plazo de la Concesión, por un período adicional de cinco (5) años, siempre que la Sociedad Concesionaria, hubiera cumplido con sus obligaciones derivadas del presente Contrato o que pese a existir incumplimientos ellos no ~~fuesen~~ **significativos** justifiquen la denegatoria parcial ni total de la renovación."*

De forma similar, sugerimos precisar el punto (i) del literal b del numeral 6.4, señalándose que:

*"(i) Renovar el Plazo de la Concesión, por un período adicional de veinte (20) años, siempre que la Sociedad Concesionaria, hubiera cumplido con sus obligaciones derivadas del presente Contrato o que pese a existir incumplimientos ellos no justifiquen la denegatoria **parcial ni total** de la renovación."*

Asimismo, recomendamos incorporar en los puntos (ii) de los literales a) Renovación Gradual y b) Renovación Total a Largo Plazo del numeral 6.4, un texto que permita distinguir mejor las condiciones para la renovación del plazo de concesión por un período menor al máximo otorgable. En este sentido, sugerimos precisar que:

*"(...) si la Sociedad Concesionaria hubiera incurrido en incumplimientos de sus obligaciones, en un grado tal que no justifique la denegatoria **total** de la renovación, **pero sí la denegatoria parcial**."*

10. CLÁUSULA 8 – OBLIGACIONES Y DERECHOS DE LA SOCIEDAD CONCESIONARIA

Numeral 8.3 Plan de Cobertura y Metas de Uso (Cumplimiento del plan de cobertura)

El texto propuesto en la versión final del contrato señala lo siguiente:

8.3 Plan de Cobertura y Metas de Uso

La Sociedad Concesionaria se obliga a cumplir con el Plan de Cobertura contenido en su Propuesta Técnica, Anexo N° 5 del presente Contrato, y con las Metas de Uso que figuran en el Anexo N° 2. El Plan de Cobertura podrá ser modificado a pedido de la Sociedad Concesionaria siempre y cuando, implique mayores compromisos a los asumidos en su Propuesta Técnica. La modificación puede solicitarse en cualquier momento. El pedido de modificación será propuesto por la Sociedad Concesionaria al Concedente, quien deberá comunicar la aceptación o rechazo de la propuesta dentro de los 30 días calendarios siguientes de formulada.

La Sociedad Concesionaria presentará al Concedente y a OSIPTEL dentro del primer trimestre de cada año, la información referida al avance del Plan de Cobertura de los Servicios Registrados establecidos para el año inmediato anterior. Asimismo dentro de los sesenta (60) días calendarios posteriores al vencimiento del plazo de veinticuatro (24) meses de la aprobación del Proyecto Técnico, presentará un informe de la ejecución total del Plan de Cobertura.

La Sociedad Concesionaria se obliga a cumplir con el Plan de Cobertura contenido en Anexo N° 5, utilizando las Bandas.

En este numeral se señala que el Plan de Cobertura puede ser modificado a pedido de la empresa concesionaria y con aprobación del concedente.

Cabe señalar que en el mismo numeral se establece que el OSIPTEL es el responsable de la supervisión del cumplimiento del Plan de Cobertura, por lo que resulta necesario que la empresa concesionaria comunique al OSIPTEL respecto de las modificaciones a dicho Plan una vez aprobadas.

11. CLÁUSULA 8 – OBLIGACIONES Y DERECHOS DE LA SOCIEDAD CONCESIONARIA

8.3 Plan de Cobertura y Metas de Uso (Supervisión del plazo de cobertura)

El texto propuesto en la versión final del contrato señala lo siguiente:

"La supervisión del cumplimiento del Plan de Cobertura corresponde al OSIPTEL. El OSIPTEL tomará en cuenta los siguientes criterios para supervisar el cumplimiento del Plan de Cobertura:

Una unidad geográfica cuenta con cobertura si:

- a. Extiende los beneficios a un conjunto representativo del área de cobertura. Se entiende que es representativo si:
- El 42% de la población cuenta con cobertura radioeléctrica¹ suficiente para originar y recibir llamadas en su centro poblado.
 - El 33% de los centros poblados de cada provincia, cuenta con cobertura radioeléctrica suficiente para originar y recibir llamadas.
 - La provincia cuenta con al menos una estación base en la capital o en la localidad con mayor población de la unidad geográfica.

(...)

¹ CR debe ser ≥ -95 dBm, de acuerdo a la Resolución de Consejo N° 012-2008-CD/OSIPTEL que modifica el Reglamento de Calidad de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones aprobado mediante Resolución N° 040-2005-CD/OSIPTEL."

Consideramos recomendable que para la versión final del contrato bajo comentario, se considere una "unidad geográfica" más reducida como podría ser el distrito o incluso, de ser necesario, la ciudad o centro poblado urbano (en términos del INEI).

Cabe precisar en todo caso, que el tercer ítem del literal a) del numeral 8.3 del referido Contrato no establece la obligación de instalar una estación base en el caso que la "unidad geográfica" sea menor a una provincia.

Por lo demás, es de señalar que, de acuerdo a las Bases, la empresa adjudicataria propone al MTC el Plan de Cobertura y en ese contexto puede elegir los distritos o ciudades que le resulten más convenientes.

En todo caso, en el supuesto que no se acoja la recomendación del OSIPTEL para considerar como "unidad geográfica" un ámbito más reducido, proponemos la siguiente redacción para perfeccionar el texto de la versión final del contrato que nos fuera remitida:

"La supervisión del cumplimiento del Plan de Cobertura corresponde al OSIPTEL. El OSIPTEL tomará en cuenta los siguientes criterios para supervisar el cumplimiento del Plan de Cobertura:

Una unidad geográfica cuenta con cobertura si:

- a. Extiende los beneficios a un conjunto representativo del área de cobertura. Se entiende que es representativo si:
- El 42% (Cuarenta y dos por ciento) de la población de la unidad geográfica cuenta con cobertura radioeléctrica¹ suficiente para originar y recibir llamadas desde sus centros poblados.
 - El 33% (Treinta y tres por ciento) de los centros poblados de cada provincia, cuenta con cobertura radioeléctrica suficiente para originar y recibir llamadas.
 - La provincia cuenta con al menos una estación base en la capital o en la localidad con mayor población de la unidad geográfica.

(...)

¹ CR debe ser ≥ -95 dBm, de acuerdo a la Resolución de Consejo N° 012-2008-CD/OSIPTEL que modifica el Reglamento de Calidad de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones aprobado mediante Resolución N° 040-2005-CD/OSIPTEL."

12. CLÁUSULA 8: OBLIGACIONES Y DERECHOS DE LA SOCIEDAD CONCESIONARIA

8.9 Obligaciones en caso de Emergencia, Crisis o Estados de Excepción

Líteral (a):

El texto propuesto en la versión final del contrato señala lo siguiente:

8.9 Obligaciones en casos de Emergencia, Crisis o Estados de Excepción

La Sociedad Concesionaria se sujetará a las disposiciones establecidas en el Decreto Supremo N° 030-2007-MTC y en el Decreto Supremo N° 043-2007-MTC, mediante los cuales se aprueba el Sistema de Comunicaciones en Situaciones de Emergencia y el Diseño de la Red Especial de Comunicaciones en Situaciones de Emergencia (RECSE). Sin perjuicio de ello, la Sociedad Concesionaria se obliga a:

- (a) Emergencia con relación a desastres naturales. En caso de producirse una situación de emergencia o crisis local, regional o nacional, tales como terremotos,

inundaciones, u otros hechos análogos, que requieran de atención especial por parte de la Sociedad Concesionaria, ésta brindará los Servicios Registrados dando prioridad a las acciones de apoyo conducente a la solución de la situación de emergencia. Para este efecto la Sociedad Concesionaria coordinará y seguirá las instrucciones adicionales que el MTC imparta.

Se recomienda se elimine la referencia: **"Para este efecto la Sociedad Concesionaria coordinará y seguirá las instrucciones del Concedente"**, toda vez que ello podría hacer suponer que ante un caso de Emergencia, la Sociedad Concesionaria no estaría facultada para ejecutar "acciones de apoyo conducentes a la solución de la situación de emergencia", adicionales a las contenidas en el Decreto Supremo N° 030-2007-MTC y Decreto Supremo N° 043-2007-MTC, estando condicionada cualquier acción que pudiera realizar a las instrucciones que para tales efectos brindara el Concedente.

Por ello, consideramos que la Sociedad Concesionaria debe realizar las acciones que se encuentren a su alcance, a efectos de solucionar la situación de emergencia, aun cuando las mencionadas acciones no se encuentren enmarcadas en los referidos Decretos Supremos y sin estar condicionada a las instrucciones que dicte el Concedente al respecto, garantizando la realización de actividades de coordinación, prevención, seguridad, socorro y atención necesarias.

Cabe señalar que existe una experiencia de situación de emergencia con el terremoto del 2007.

En este sentido, se propone el siguiente texto:

"(a) Emergencia con relación a desastres naturales. En caso de producirse una situación de emergencia o crisis local, regional o nacional, tales como terremotos, inundaciones, u otros hechos análogos, que requieran de atención especial por parte de la Sociedad Concesionaria, ésta brindará los Servicios Registrados dando prioridad a las acciones de apoyo conducentes a la solución de la situación de emergencia. Para este efecto la Sociedad Concesionaria coordinará y seguirá las instrucciones del Concedente."

13. CLÁUSULA 8: OBLIGACIONES Y DERECHOS DE LA SOCIEDAD CONCESIONARIA

8.10 Secreto de las Telecomunicaciones y Protección de la Información

El texto propuesto en la versión final del contrato señala lo siguiente:

"8.10 Secreto de las Telecomunicaciones y Protección de Información

(a) Obligación de Salvaguardar el Secreto de Telecomunicaciones y Protección de Información. La Sociedad Concesionaria establecerá medidas y procedimientos razonables para salvaguardar el secreto de las telecomunicaciones y mantener la confidencialidad de la información personal relativa a los Abonados o Usuarios que adquiera en el curso de sus negocios. La Sociedad Concesionaria se sujetará a las disposiciones contenidas en la Resolución Ministerial N° 111-2009-MTC/03. Asimismo, enviará al Concedente un informe anual sobre las medidas y procedimientos que se hayan establecido en su funcionamiento y sobre los cambios y las mejoras necesarias, debiendo presentar tales informes el 15 de febrero de cada año, comenzando al año siguiente al de inicio de la prestación de cada Servicio Registrado.
(...)"

Este numeral establece la obligación de la empresa concesionaria de salvaguardar el secreto de las telecomunicaciones y la protección de información. Conforme a esta cláusula la empresa concesionaria debe enviar al concedente un informe anual sobre las medidas y procedimientos que se hayan establecido.

Consideramos necesario que este informe anual también sea puesto en conocimiento del OSIPTEL, siguiendo la práctica establecida para otros concesionarios, como es el caso de Telefónica del Perú S.A.A. (cláusula 8.10 de los contratos de concesión de los cuales es titular).

**14. CLÁUSULA 8 – OBLIGACIONES Y DERECHOS DE LA SOCIEDAD
CONCESIONARIA**

Numeral 8.11 Requisitos de asistencia mínima

(c) Requisitos de asistencia mínima

Numeral i)

El texto propuesto en la versión final del contrato señala lo siguiente:

"i) Acceso a servicios públicos de emergencia establecidos o que se establezcan, libres de cargo, desde todos los equipos terminales de los Abonados. La obligación está sujeta a que los servicios públicos de emergencia existan en la localidad. Esta obligación podrá ser alternativamente cumplida derivando a los Abonados a los servicios de la Red Pública de Telecomunicaciones."

Al respecto, consideramos que debe eliminarse la referencia: **La obligación está sujeta a que los servicios públicos de emergencia existan en la localidad. Esta obligación podrá ser alternativamente cumplida derivando a los Abonados a los servicios de la Red Pública de Telecomunicaciones**, toda vez que ello limita seriamente la obligación de la empresa.

Consideramos que el acceso a los servicios de emergencia no puede estar condicionado a que existan en una determinada localidad, debido a que los referidos servicios podrían encontrarse unificados en un solo call center a nivel nacional (1).

Asimismo, el acceso a este tipo de servicios debe realizarse en forma directa, no pudiendo entenderse que la referida obligación se cumple derivando las llamadas de los abonados a los servicios de la Red Pública de Telecomunicaciones.

Por lo anteriormente expuesto, consideramos que de no modificarse el citado numeral podría limitarse seriamente los derechos de los abonados a acceder a los servicios de emergencia.

En este sentido, se propone el siguiente texto:

"i) Acceso a servicios públicos de emergencia establecidos o que se establezcan, libres de cargo, desde todos los equipos terminales de los Abonados. ~~La obligación está sujeta a que los servicios públicos de emergencia existan en la localidad. Esta obligación podrá ser alternativamente cumplida derivando a los Abonados a los servicios de la Red Pública de Telecomunicaciones.~~"

**15. CLÁUSULA 8 – OBLIGACIONES Y DERECHOS DE LA SOCIEDAD
CONCESIONARIA**

8.16 Seguridad de Planta Externa

La versión final del contrato remitida no contiene el numeral 8.16.

**16. CLÁUSULA 8 – OBLIGACIONES Y DERECHOS DE LA SOCIEDAD
CONCESIONARIA**

8.17 Obligaciones de Pago

La versión final del contrato remitida no contiene el numeral 8.17.

**17. CLÁUSULA 17 - LIMITACIONES RESPECTO DE LA CESIÓN DE POSICIÓN
CONTRACTUAL; TRANSFERENCIA DE CONTROL**

17.2 Transferencia de Control

Literal (a)

¹ En las coordinaciones realizadas con la Policía Nacional en relación a las llamadas maliciosas que congestionan sus centrales, en el marco del grupo de trabajo con el MTC, para la emisión de una norma que ayude a solucionar este problema, se informó que se tenía el proyecto de unificar el servicio 105 en un solo call center, en el mediano plazo.

El texto propuesto en la versión final del contrato señala lo siguiente:

(a) **Participación Accionaria y Limitación de Transferencia**

Durante los primeros cinco (5) años de la Concesión, contados a partir de la Fecha de Cierre, el Operador deberá mantener la propiedad de por lo menos el veinticinco por ciento (25%) de las acciones representativas del capital y con derecho a voto de la Sociedad Concesionaria

Conforme a lo anteriormente indicado respecto a la cláusula cuarta, se recomienda cambiar el porcentaje de Participación Mínima considerado, proponiéndose que se incremente a 51% para mantener el control accionario de la Sociedad Concesionaria.

18. CLÁUSULA 18: CADUCIDAD DE LA CONCESIÓN

**Numeral 18.2: Resolución del Contrato:
Literales b) y c)**

El texto propuesto en la versión final del contrato señala lo siguiente:

"18.2 Resolución del Contrato

La resolución dejará sin efecto el Contrato por la existencia de una causal sobreviniente a su celebración. El Concedente podrá resolver el presente Contrato con la Sociedad Concesionaria, en los siguientes casos:

(...)

b) Si la Sociedad Concesionaria incumple con alguna de las Condiciones Esenciales especificadas en los literales d) y e) de la Cláusula 2.2 del presente Contrato. Tratándose del incumplimiento de las condiciones esenciales previstas en los literales a), b), c) o f) de la referida Cláusula, el Contrato se resolverá si, en opinión de OSIPTEL, dicho incumplimiento amerita la resolución del presente Contrato.

c) Si la Sociedad Concesionaria incumple lo establecido en las Cláusulas 8.2, 8.4 y 8.17 de la Cláusula Octava del presente Contrato.

(...)"

Consideramos que debe precisarse en los incisos b) y c), que no cualquier incumplimiento de las obligaciones de la Sociedad Concesionaria determina la resolución del contrato.

Adicionalmente, se debe eliminar en el literal c), la referencia a la cláusula 8.4, en la medida que el cumplimiento de las normas de calidad se encuentra incluido como una condición esencial en el literal c) del numeral 2.2. de la cláusula 2 del presente contrato de concesión.

En ese sentido, se sugiere la siguiente redacción:

"18.2. Resolución del contrato

La resolución dejará sin efecto el Contrato por la inexistencia de una causal sobreviniente a su celebración. El Concedente podrá resolver el Contrato con la Sociedad Concesionaria, en los siguientes casos:

(...)

Si la Sociedad Concesionaria incumple con algunas de las condiciones esenciales especificadas en los literales d) y e) de la Cláusula 2.2. del presente contrato, en grado tal que amerite la resolución del mismo. Tratándose del incumplimiento de las condiciones esenciales previstas en los literales a), b), c) o f) de la referida Cláusula, el Contrato se resolverá si, en opinión de OSIPTEL, dicho incumplimiento amerita la resolución del presente Contrato.

Si la Sociedad Concesionaria incumple lo establecido en las cláusulas 8.2 y 8.17, en grado tal que amerite la resolución del presente contrato".

(...)"



19. CLÁUSULA 20 - SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

20.3 Controversias entre las partes

Literal (e)

El texto propuesto en la versión final del contrato señala lo siguiente:

"(e) Las Partes acuerdan que el laudo que emita el Tribunal Arbitral tendrá carácter definitivo y constituirá resolución de última instancia con autoridad de cosa juzgada. Las partes renuncian expresamente al derecho de interponer demanda de laudo ante los jueces y tribunales o cualquier instancia peruana o extranjera".

El comentario realizado en el Informe N° 071-GL/2009, al que nos remitimos, tuvo como propósito ⁽⁹⁾ eliminar las restricciones a efectos de iniciar una demanda de anulación de laudo arbitral, puesto que se exigía en la versión original del Contrato de la Banda 2600, que para dichos efectos deberá constituirse una fianza bancaria o carta de crédito stand by, aspecto que limita el derecho de defensa del Estado, sin perjuicio de considerar las serias restricciones de carácter presupuestal que aquejan actualmente al sector público.

Sin embargo, la nueva propuesta, en lugar de eliminar dicha restricción, por el contrario elimina la posibilidad de acceder al Poder Judicial, lo que en nuestra opinión resulta equivocado y vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva. En todo caso, consideramos que este aspecto debe ser evaluado especialmente por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones que es parte en el Contrato de Concesión a suscribirse.

20. CLÁUSULA 20 - SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Numeral 20.3 Controversias entre las partes

Literal (f)

El texto propuesto en la versión final del contrato señala lo siguiente:

"(f) Todos los gastos que irrogue la resolución de la controversia sometida a arbitraje, incluyendo los honorarios de los árbitros que participen en la resolución de la misma, serán cubiertos por la parte vencida (...)"

El propósito de la opinión formulada en el Informe N° 071-GL/2009, al que nos remitimos, fue que el Contrato de Concesión adopte la misma regla que la contenida en el artículo 56° del Decreto Legislativo N° 1071 ⁽²⁾, que permite que sean los propios árbitros quienes determinen la forma de distribución de los costos.

En atención a ello, el OSIPTEL opina que lo razonable es que sean los árbitros quienes atendiendo a las circunstancias, determinen cómo corresponde distribuir los costos, y que no se pre establezca una regla como la cuestionada.

² El Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje establece lo siguiente:

"Artículo 56.- Contenido del laudo.

1. Todo laudo deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido algo distinto o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 50. Constarán en el laudo la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje determinado de conformidad con el numeral 1 del artículo 35. El laudo se considera dictado en ese lugar.

2. El tribunal arbitral se pronunciará en el laudo sobre la asunción o distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73".

V. CONCLUSIÓN

De acuerdo a la evaluación realizada mediante el presente documento se concluye que la versión final del Contrato sometida a opinión contiene diversos aspectos que requieren una mejora en su contenido y redacción.

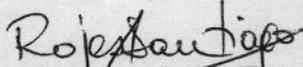
IV. RECOMENDACIONES

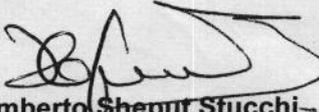
Se recomienda al Consejo Directivo:

1. Aprobar el contenido del presente Informe.
2. Encargar a la Presidencia del Consejo Directivo la remisión del presente Informe a PROINVERSION.


Alberto Arequipeño Támara
-Gerente Legal


Ana Rosa Martinelli
Gerente de Relaciones Empresariales


Santiago Rojas Tuya
Gerente de Fiscalización


Humberto Sheput Stucchi
Gerente de Usuarios


Mario Gallo Gallo
Gerente de Políticas Regulatorias (e)