



6615.2013

INFORME N° 228-GAL.GPRC.GFS/2013

A	GERENCIA GENERAL
ASUNTO	Opinión sobre la Versión Final del Contrato de Concesión del Proyecto "Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica: Cobertura Universal Norte, Cobertura Universal Sur y Cobertura Universal Centro"
FECHA	5 de noviembre de 2013

	Cargo	Nombre	Firma
APROBADO POR	Gerente de Asesoría Legal	Alberto Arequipaño T.	
	Gerente de Fiscalización y Supervisión	Santiago Rojas T.	
	Gerente de Políticas Regulatorias y Competencia	Sergio Cifuentes C.	

I. OBJETO

Evaluar la Versión Final del Contrato de Concesión del Proyecto "Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica: Cobertura Universal Norte, Cobertura Universal Sur y Cobertura Universal Centro", que ha sido remitida por la Agencia de Promoción de la Inversión Privada - PROINVERSIÓN, para efectos que el OSIPTEL emita opinión sobre las materias de su competencia.

Este Informe ha sido elaborado, en conjunto, por las Gerencias que suscriben, y es presentado ante la Gerencia General para que, de considerarlo pertinente, lo someta a aprobación del Consejo Directivo.

II. ANTECEDENTES

- El viernes 20 de julio de 2012, se promulgó la Ley N° 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (en adelante, Ley de Banda Ancha), con el fin de impulsar el desarrollo, utilización y masificación del acceso a Internet de forma permanente y a alta velocidad.  
En virtud de ello, se declara de necesidad pública e interés nacional la construcción de una Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica que integre a todas las capitales de provincias del país y el despliegue de redes de alta capacidad que integren a todos los distritos.
- Mediante Oficio N° 007-2013/DPI/SDGP/JPTE, 11, remitiendo el 24 de octubre de 2013, PROINVERSIÓN remitió al OSIPTEL para conocimiento y opinión, la Versión Final del Contrato de Concesión del Proyecto "Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica: Cobertura Universal Norte, Cobertura Universal Sur y Cobertura Universal Centro", a fin de continuar con el proceso de licitación respectivo.
- El Reglamento de la Ley de Banda Ancha fue aprobado por Decreto Supremo N° 014-2013-MTC y publicado el 04 de noviembre de 2013, como una edición extraordinaria. El texto de dicha norma fue de conocimiento el 05 de noviembre del presente.

III. ALCANCES DE LA OPINIÓN QUE EN EL MARCO DE LOS PROCESOS DE PRIVATIZACIÓN Y CONCESIONES DEBE EMITIR EL OSIPTEL

- La Ley N° 27701 establece disposiciones para garantizar la concordancia normativa entre los procesos de privatización y concesiones con la legislación regulatoria. Al respecto el artículo 2° establece 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 previstos 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)*

- 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. El artículo 9° de tal norma señala lo siguiente (sin subrayado en el original):

**"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 del 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.*

(...)

*9.5 Las modificaciones que se produzcan a la versión final del contrato de Asociación Público-Privada, que impliquen cambios significativos en los parámetros económicos, incluyendo las garantías establecidas, durante la fase de promoción de la inversión o la implementación del proyecto de inversión, 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 diez (10) 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 del organismo regulador correspondiente, el que deberá emitirla únicamente dentro del mismo plazo.*

*Los criterios operativos requeridos para la implementación de lo dispuesto en el presente párrafo serán establecidos en el Reglamento del presente Decreto Legislativo.*

- En el artículo 8° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012, aprobado mediante Decreto Supremo N° 146-2008-EF, publicado en el diario oficial El Peruano el 9 de diciembre de 2008, se estableció lo siguiente:

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

*8.1 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, requerirá la opinión favorable de la entidad pública del sector competente y del Ministerio de Economía y Finanzas. En el caso del organismo regulador y de la Contraloría General de la República dicha opinión se emitirá en las materias de sus respectivas competencias."*

A su vez, el numeral 11.1 del artículo 11°, del citado Reglamento, dispone que la opinión del organismo regulador se restringirá a los temas tarifarios, facilidades esenciales y de calidad del servicio, tal como a continuación se aprecia.

**"Artículo 11.- Plazos y carácter de las opiniones para Asociaciones Público-Privadas**

*11.1 Los contratos establecerán un capítulo específico que consolide los compromisos económico-financieros, las garantías asumidos por el Estado, y en general, los aspectos que comprometan el crédito o la capacidad financiera del Estado. Las opiniones del Ministerio de Economía y Finanzas y el Informe Previo de la Contraloría General de la República, se referirán exclusivamente al contenido de dicho capítulo. Del mismo modo, la opinión del organismo regulador a que se refiere el numeral 9.3 de la Ley, se restringirá a los temas tarifarios, facilidades esenciales y de calidad del servicio, los que deberán aparecer en capítulos específicos en el contrato."*

(Sin subrayado en el original)

- Es relevante precisar que ambos regímenes, el establecido por la Ley N° 27701, y el establecido por el Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento, se encuentran vigentes; por tal razón, se considera que debe hacerse una interpretación concordada de los mismos, tal y como señalamos a continuación:

- El organismo regulador, conforme lo dispone la Ley N° 27701, se trate o no de una Asociación Público - Privada (en adelante APP), tiene que pronunciarse sobre las disposiciones que regulen la materia de su competencia, emitiendo la opinión correspondiente.
- El organismo regulador, conforme lo dispone el Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento -tratándose de una APP- tiene que emitir opinión favorable, la misma que versará sobre "los temas tarifarios, facilidades esenciales y de calidad del servicio". Lo que se pretende con este régimen legal, es que los organismos reguladores -en este caso el OSIPTEL- solamente puedan opinar sobre los referidos aspectos, cuando se trate de una APP.

Sin embargo, de conformidad con lo dispuesto por la Ley N° 27701, se considera que el OSIPTEL puede pronunciarse sobre todos los aspectos que le competen, en su condición de organismo regulador en el mercado de las telecomunicaciones. Además, debe tenerse en consideración que el OSIPTEL tiene a su cargo la supervisión del cumplimiento de las obligaciones legales y las establecidas en el contrato de concesión.

IV. ANÁLISIS

Sobre la Versión Final del Contrato de Concesión del Proyecto "Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica: Cobertura Universal Norte, Cobertura Universal Sur y Cobertura Universal Centro", remitida por PROINVERSIÓN, planteamos lo siguiente:

4.1 SOBRE LAS FACILIDADES ESENCIALES

Cuando un grupo de empresas compilen entre sí en la venta de un bien final idéntico, en la cual sólo una de ellas tendrá la propiedad monopólica de un insumo o infraestructura (red dorsal, en muchas zonas del país), y cuando dicho bien es indispensable (facilidad esencial) para la oferta de un bien o servicio final (por ejemplo, el servicio de acceso a Internet), surge el problema de cómo preservar la competencia.

Este escenario que define la existencia de una facilidad esencial es el que está directamente relacionado con el concepto de operador neutro, previsto en el numeral 9.2 del artículo 9° de la Ley de Banda Ancha; y es, por ello, materia de pronunciamiento de OSIPTEL.

En efecto, la red dorsal de fibra óptica, en nuestra opinión, constituye una facilidad esencial. En efecto se cumplen los siguientes requisitos para identificar la presencia de una facilidad esencial:

- La red dorsal será provista en condiciones monopólicas en muchas zonas del país
- La red dorsal no se encuentra disponible en la actualidad a través de otra fuente, en muchas zonas del país.
- Los competidores de una empresa posiblemente vinculada con el operador de la red dorsal caerán, en muchas zonas del país, de posibilidad de duplicar la producción de la red dorsal por motivos económicos y técnicos.
- El acceso a la red dorsal es necesario para mantener la competencia aguas abajo (downstream).

Teniendo en consideración ello, uno de los componentes más importantes en el diseño de políticas relacionadas con el proyecto de la red dorsal nacional, corresponde a la especificación y/o acotación de las prestaciones que la empresa administradora de dicha red podría realizar en atención al objetivo de promoción y salvaguarda de la competencia. Más específicamente, la definición de operador neutro prevista en la Ley de Banda Ancha.

Sobre este aspecto es importante resaltar que el Reglamento de la Ley de Banda Ancha, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2013-MTC, y publicado el 04 de noviembre de 2013, como una edición extraordinaria de las normas legales del Diario El Peruano (y cuyo texto recién hemos tomado conocimiento el 05 de noviembre del presente), considera que el operador de la red dorsal es un operador neutro, en tanto no provee servicios finales de manera directa, permitiendo que dicha prestación de servicios finales pueda darse de manera indirecta a través de empresas vinculadas.

Al respecto, no obstante dicha especificación en el Reglamento de la Ley de Banda Ancha, se considera importante recordar que, desde el punto de vista del OSIPTEL en relación con los objetivos previstos en dicha Ley, que fueron precisados en el Dictamen Sustentatorio respectivo que precedió a su aprobación por el Congreso de la República (en cuya página 20 se señala expresamente que la calificación de "operador neutro" tiene por finalidad "eliminar conflictos de intereses" en la empresa a quien se otorgue la operación de la RDFO que será financiada por el Estado), la restricción de no prestación de servicios finales debió entenderse en términos generales (ni directamente, ni de manera indirecta a través de empresas vinculadas).

Sobre el particular, el OSIPTEL ya había planteado anteriormente una posición con respecto a las implicancias de la condición del concesionario de ser operador neutro. Específicamente, en los Informes N° 105-GPRC-2013 y N° 522-GPRC/2013 remitidos oportunamente al MTC en los meses de febrero y julio del presente año, respectivamente. En dichos informes, se desarrolló un análisis económico y legal, en el que se concluyó lo señalado en el párrafo anterior, es decir, que la definición de operador neutro no debería permitir, bajo ninguna condición, que el operador de la red dorsal nacional pueda brindar servicios finales ya sea a través de él mismo o por medio de una empresa vinculada.

En este sentido, y dejando a salvo nuestra opinión, consideramos importante resaltar la categoría de facilidad esencial atribuible a la red dorsal nacional, cuya versión final del Contrato de Concesión respectivo ha sido sometido a opinión del Consejo Directivo del OSIPTEL.

Por tanto, teniendo en consideración la opinión que el OSIPTEL ha venido expresando a la fecha, y sin perjuicio de la vigencia del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, a continuación presentamos una modificación que consideramos necesaria por lo siguiente:

El contrato señala como obligaciones del concesionario operador de la RDNFO, en el numeral 25.4, el "Prestar el Servicio Portador y las Facilidades Complementarias a través de los Bienes de la Concesión, conforme al Contrato y las Leyes Aplicables, lo cual incluye la imposibilidad de prestar servicios finales".

No obstante, esta redacción permite que el concesionario operador de la RDNFO pueda tener usuarios finales de forma indirecta —a través de sus empresas vinculadas—, lo cual —a nuestro criterio— transgrede lo dispuesto en la Ley de Banda Ancha, tal como ya se ha señalado en el presente documento.

Asimismo, el concesionario podría tener incentivos a desviar tráfico de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica a través de redes paralelas, para brindar servicios a otros operadores, lo que desvirtuaría el objetivo del concurso de la RDNFO y los objetivos de la Ley de Banda Ancha. En tal sentido, es necesario modificar la cláusula 25.4 del contrato, haciendo explícito que el Operador Dorsal no podrá desplegar infraestructura de telecomunicaciones, paralela o alternativa, que provea servicios que complian con los brindados a través de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica.

En tal sentido, se considera necesario que el texto del numeral 25.4 del contrato sea el siguiente:

**25.4 Prestar el Servicio Portador y las Facilidades Complementarias a través de los Bienes de la Concesión, conforme al Contrato y las Leyes Aplicables, lo cual incluye excluye la imposibilidad de prestar utilizar infraestructura de telecomunicaciones, paralela o alternativa, mediante la cual se provea servicios que complian con los brindados a través de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica.**

## 4.2 SOBRE TARIFAS:

### 4.2.1 Sobre la Sección VIII: Del Régimen Tarifario

A continuación, se proponen los cambios considerados como necesarios por el OSIPTEL:

#### Cláusula 39: Regulación de la tarifa del servicio portador

Dice:	Propuesta/Comentario:
39.1 El Servicio Portador será brindado, cuando menos, bajo las condiciones de Niveles de Servicio (SLA) y calidad establecidas en la Propuesta Técnica, y está sujeto a regulación tarifaria. En ese sentido, el Concesionario deberá cobrar por cada megabit por segundo (Mbps) de transporte dedicado ("dedicated channel"), esto es sin ningún tipo de overbooking o sobresuscripción, la Tarifa regulada cuyo valor se establece en el Anexo 7.	El OSIPTEL está de acuerdo en la medida que se recoge los aspectos fundamentales de lo contenido en la comunicación c.842-GG.GPRC/2013. Sin embargo, es necesario precisar que la recomendación del OSIPTEL consideraba la no inclusión del Margen del Excedente como parte del Factor de Competencia del Concurso (variable indicada en la Modificación 39 de la Circular 17 de las Bases), pues de esta forma se asegura el mecanismo óptimo de diseño tarifario propuesto.
El citado valor estará vigente desde la Puesta en Operaciones de la primera entrega indicada en el Cronograma hasta los cinco (5) años siguientes contados a partir de la Puesta en Operaciones de la última entrega del referido Cronograma, momento en el cual se revisará la tarifa fijada inicialmente. Posteriormente, las revisiones tarifarias se realizarán cada año.	
39.2 Las revisiones tarifarias estarán a cargo del OSIPTEL utilizando la información trimestral (anualizada por el OSIPTEL) de los pagos de RPI y RPMO. La tarifa revisada será igual a la suma del RPI y RPMO anualizado, ofertado por el Concesionario, dividida por la cantidad demandada al final del año previo de la revisión tarifaria. Cada revisión tarifaria entrará en vigencia el 01 de febrero de cada año en los que corresponda revisar la tarifa.	39.2 Para efectos de las revisiones tarifarias, que estarán a cargo del OSIPTEL, se recomienda el siguiente procedimiento: 1) A partir del Valor Presente (expresado en US\$) de la suma de los RPMO y RPI trimestrales ofertados por el concesionario (y que forman parte de su Propuesta Económica), se calculan las Anualidades del RPI y las Anualidades del RPMO, ambas expresadas en US\$, utilizando la tasa de descuento anual de 9.89% en US\$, establecida en las Bases (Circular 17). 2) La tarifa revisada será igual a la suma de ambas anualidades indicadas en el numeral 1) previo, dividida por la cantidad de Mb registrada al final del año previo de la revisión tarifaria. Cada revisión tarifaria entrará en vigencia el 01 de febrero de cada año en los que corresponda revisar la tarifa. 3) En tal sentido, ninguna inversión adicional o complementaria será considerada en el cálculo de la tarifa revisada.

### 4.2.2 Sobre la Sección VI: Régimen Financiero y Económico

Tomando en cuenta el nivel de detalle y desagregación de la Oferta Económica, tal como se indica en la Circular 17 de las Bases (1), se recomienda que cada postor proponga un único valor trimestral de los pagos por RPI y RPMO a lo largo del periodo de la concesión, pudiendo diferenciarse los referidos valores por cada una de las Entregas posibles (2).

De esta forma se conseguirá un proceso más simplificado de las Ofertas Económicas de los postores y al mismo tiempo se evitarán comportamientos oportunistas ex post la adjudicación de la subasta (como por ejemplo proponer en los primeros trimestres mayores valores de los pagos RPI y RPMO).

En caso el concedente decida mantener las condiciones iniciales indicadas en la Circular 17 de las Bases, se recomienda considerar el siguiente desarrollo relacionado con las Cláusulas 27, 28, 29, 30, 31 y 2.

#### Cláusula 27: De la información de la Propuesta Económica del adjudicatario

Dice:	Propuesta
27.1 La Propuesta Económica del Adjudicatario contiene lo siguiente:	27.1 La Propuesta Económica del Adjudicatario contiene lo siguiente:
27.1.1 La Oferta Económica, que comprende los siguientes conceptos:	27.1.1 La Oferta Económica, que comprende los siguientes conceptos:
a) La Retribución por Inversiones (RPI) trimestral por cada Entrega.	a) La Retribución por Inversiones (RPI) trimestral por cada Entrega.
b) La Retribución por Operación y Mantenimiento (RPMO) trimestral por cada Entrega equivalente a los costos de operación y mantenimiento de la RDNFO.	b) La Retribución por Operación y Mantenimiento (RPMO) trimestral por cada Entrega equivalente a los costos de operación y mantenimiento de la RDNFO.
27.1.2 El Margen del Excedente.	

Considerando que el costo operativo anual (suma de los conceptos de RPI y RPMO) corresponde a la variable de competencia en el proceso de subasta, luego de la misma, dicho valor del costo operativo anual queda expresamente determinado. En tal sentido, de acuerdo con el mecanismo propuesto, es imprescindible que el referido costo operativo anual se establezca en un nivel eficiente, objetivo fundamental del proceso de subasta, a fin de garantizar que el operador más eficiente sea el que finalmente gane la subasta. Este requisito de instrumento de competencia en la subasta es fundamental dado que el mecanismo no considera revisiones futuras en los costos.

Esto resulta consistente con lo establecido en Modificación 39 de la Circular 17 en el sentido que en su Propuesta Económica cada postor incluirá, entre otros criterios, el Valor Presente de la suma de los conceptos RPI y RPMO trimestrales ofertados, y que una vez asignado el ganador, quedarán determinados durante el horizonte temporal del proyecto.

Bajo tales consideraciones, se proponen los siguientes cambios a las Cláusulas 28, 29, 30 y 31. Asimismo, y

de forma concordante con la referida propuesta, se sugieren cambios a algunas definiciones contenidas en la Cláusula 2.

#### Cláusula 28: Mecanismo del Pago del RPI

Dice:	Propuesta
28.1 El pago del RPI será desembolsado de manera trimestral de acuerdo a los montos indicados en la Oferta Económica del Concesionario.	28.1 El pago por concepto de RPI será desembolsado de manera trimestral, y será igual al valor trimestralizado de la Anualidad del RPI (indicada en el numeral 1) de la cláusula 39.2) utilizando la tasa de descuento indicada en la Circular 17 de las Bases, y sus modificatorias.
28.2 Luego de la suscripción del Acta de Adjudicación de Bienes de la Concesión asociada a cada Entrega, el Concesionario podrá solicitar al Concedente el pago trimestral asociado al RPI indicado en su Oferta Económica.	28.2 Luego de la suscripción del Acta de Adjudicación de Bienes de la Concesión asociada a cada Entrega, el Concesionario podrá solicitar al Concedente el pago trimestral asociado al RPI.

#### Cláusula 29: Mecanismo del Pago del RPMO

Dice:	Propuesta:
29.1 Los pagos trimestrales del RPMO requerirán previamente un informe de operatividad general del servicio de la RDNFO por parte del OSIPTEL, con excepción del primer pago de cada Entrega. Dicho informe deberá ser presentado al Concedente hasta quince (15) días antes de las fechas de pago indicadas en el numeral 30.2 de la Cláusula 30. Los pagos trimestrales del RPMO se efectuarán con cargo al Fideicomiso Red Dorsal, según instrucción del Concedente.	29.1 Los pagos trimestrales por concepto del RPMO requerirán previamente un informe de operatividad general del servicio de la RDNFO por parte del OSIPTEL, con excepción del primer pago de cada Entrega. Dicho informe deberá ser presentado al Concedente hasta quince (15) días antes de las fechas de pago indicadas en el numeral 30.2 de la Cláusula 30. Los pagos trimestrales por concepto del RPMO se efectuarán con cargo al Fideicomiso Red Dorsal, según instrucción del Concedente.
29.2 El RPMO será ajustado de manera trimestral por el Concedente, conforme al siguiente procedimiento:	Al existir una fórmula de ajuste para los pagos RPMO propuestos en la Oferta Económica, ceteris paribus, existen incentivos a que el concesionario declare un mayor porcentaje del gasto anual total (RPI+RPMO) asociado al RPMO.
a) El valor del RPMO ofertado obtenido a partir de la Oferta Económica del Adjudicatario será ajustado al inicio de cada trimestre, luego de transcurrido los doce (12) meses desde la suscripción del Acta de Adjudicación de Bienes de la Concesión correspondiente a cada Entrega, conforme a la siguiente fórmula:	De esta manera, considerando que las revisiones tarifarias se determinan a partir de la suma de la Anualidades por concepto de RPI y RPMO (indicadas en el numeral 1) de la cláusula 39.2), y con el fin de minimizar los incentivos a que el concesionario traslade parte de los gastos de RPI a los montos de RPMO que luego serían ajustados según la fórmula indicada, se sugiere establecer porcentajes máximos de reconocimiento para los pagos por concepto de RPMO, los cuales serían reconocidos y considerados explícitamente en los ajustes indicados.
$RPMO_t = RPMO_0 * \frac{IPM_{t-1}}{IPM_0}$	
Dónde:	
RPMO <sub>t</sub> : Es el RPMO ajustado, expresado en Dólares, vigente al trimestre "t".	
RPMO <sub>0</sub> : Es el RPMO ofertado por el Adjudicatario de la Buena Pro en su Oferta Económica, sin considerar seguros.	
IPM <sub>t-1</sub> : Es el Índice WPSSOP3500 (Finished Goods Less Food and Energy), publicado por el Departamento de Trabajo del Gobierno de los Estados Unidos de América, disponible al inicio del trimestre anterior a la fecha del ajuste de RPMO.	
IPM <sub>0</sub> : Es el Índice WPSSOP3500 (Finished Goods Less Food and Energy), publicado por el Departamento de Trabajo del Gobierno de los Estados Unidos de América, disponible a la fecha de presentación de la Propuesta Económica.	
b) El Concedente deberá comunicar al Concesionario el importe del RPMO ajustado, a más tardar diez (10) Días Calendario anteriores a la culminación del primer trimestre indicado	

#### Cláusula 30: Disposiciones Comunes al Pago del RPI y RPMO

Dice:	Propuesta
30.1 En caso los Ingresos Disponibles del trimestre respectivo no cubran el pago del RPI y RPMO ofertado, el Concedente tiene la obligación de otorgar y brindar los recursos necesarios para el cumplimiento de dichos pagos, tal como se señala en el numeral 26.3 de la Cláusula 26.	30.1 En caso los Ingresos Disponibles del trimestre respectivo no cubran los valores trimestralizados de las Anualidades del RPI y las Anualidades del RPMO indicadas en el numeral 1) de la cláusula 39.2, el Concedente tiene la obligación de otorgar y brindar los recursos necesarios para el cumplimiento de dichos pagos, tal como se señala en el numeral 26.3 de la Cláusula 26.
30.2 Los pagos de RPI y de RPMO ofertados, para cada trimestre, se efectuarán conjuntamente al final del trimestre posterior inmediato, esto es, el último Día de los meses de marzo, junio, setiembre y diciembre de cada año a través del Fideicomiso Red Dorsal según instrucción del Concedente.	30.2 Los pagos de los valores trimestralizados de las Anualidades del RPI y las Anualidades del RPMO, para cada trimestre, se efectuarán conjuntamente al final del trimestre posterior inmediato, esto es, el último Día de los meses de marzo, junio, setiembre y diciembre de cada año a través del Fideicomiso Red Dorsal según instrucción del Concedente.

#### Cláusula 31: Equilibrio Económico-Financiero

Dice:	Propuesta
31.4 Si el equilibrio económico-financiero del Contrato se ve afectado, el Concesionario o el Concedente, podrá proponer por escrito a la otra Parte y con la necesaria sustentación, las soluciones y procedimientos a seguir para restablecer el equilibrio económico existente a la fecha en que se produjo la modificación de la Leyes Aplicables. Copia de la solicitud será remitida al OSIPTEL, para que emita un informe técnico-económico con relación a lo solicitado, sin carácter vinculante, el cual deberá indicar el monto del desequilibrio económico-financiero, aplicando para tal efecto, los criterios de valorización previstos entre los numerales 31.6 al 31.11. Dicho informe deberá ser remitido a las Partes dentro del plazo de treinta (30) Días.	31.4 Si el equilibrio económico-financiero del Contrato se ve afectado, el Concesionario o el Concedente, podrá proponer por escrito a la otra Parte y con la necesaria sustentación, las soluciones y procedimientos a seguir para restablecer el equilibrio económico existente a la fecha en que se produjo la modificación de la Leyes del Perú. Una copia de la solicitud será remitida al OSIPTEL, para que emita un informe técnico-económico con relación a lo solicitado, con carácter vinculante, el cual deberá indicar el monto del desequilibrio económico-financiero, aplicando para tal efecto, los criterios de valorización previstos entre los numerales 31.6 al 31.11. Dicho informe deberá ser remitido a las Partes dentro del plazo de cuarenta y cinco (45) Días Hábiles de recibida la copia de la solicitud indicada.
31.7 Para tal efecto, el Concedente o el OSIPTEL podrá solicitar al Concesionario la información que considere necesaria sobre los ingresos y costos que hayan sido afectados por los cambios en las Leyes Aplicables.	31.7 Para tal efecto, el Concedente o el OSIPTEL podrá solicitar al Concesionario la información que considere necesaria sobre los ingresos y costos que hayan sido afectados por los cambios en las Leyes del Perú, así como otras variables que considere relevantes.

31.12 En el supuesto que el Concesionario invoque el restablecimiento del equilibrio económico-financiero, corresponderá al Concedente determinar en los veinte (20) Días siguientes de recibido el informe técnico-económico del OSIPTEL señalado en el numeral 31.4, la procedencia de la solicitud. De ser aceptada la solicitud, el Concedente deberá establecer en un plazo no mayor a treinta (30) Días adicionales, la forma de restablecer el equilibrio económico-financiero a pagar a favor del Concesionario. El monto que se haya determinado será abonado a éste dentro de los seis (06) meses contados a partir del Año de la Concesión siguiente a aquel en que se produjo la ruptura del equilibrio económico financiero, sin incluir intereses. Por cualquier retraso se reconocerá un interés igual a la Tasa Labor más dos por ciento (2%) sobre el saldo no pagado luego del periodo máximo de abono señalado.	31.11 En el supuesto que el Concesionario invoque el restablecimiento del equilibrio económico-financiero, corresponderá al Concedente determinar en los veinte (20) Días siguientes de recibido el informe técnico-económico del OSIPTEL señalado en el numeral 31.4, la procedencia de la solicitud. De ser aceptada la solicitud, el Concedente deberá establecer en un plazo no mayor a treinta (30) Días adicionales, la forma de restablecer el equilibrio económico-financiero incluyendo el mecanismo, el plazo y la forma de pago a favor del Concesionario.
31.13 En el supuesto que el Concedente invoque el restablecimiento del equilibrio económico-financiero, corresponderá al OSIPTEL determinar si se ha afectado el equilibrio económico-financiero y determinar el monto a pagar a favor del Concedente, de ser el caso, en el plazo de treinta (30) Días Hábiles de recibida la copia de la solicitud indicada en el numeral 31.4. Este monto será abonado por el Concesionario dentro de los ciento ochenta (180) Días siguientes de recibido el informe del OSIPTEL.	31.12 En el supuesto que el Concedente invoque el restablecimiento del equilibrio económico-financiero, corresponderá al OSIPTEL determinar si se ha afectado el equilibrio económico-financiero y determinar el monto a favor del Concedente, de ser el caso, en el plazo de cuarenta y cinco (45) Días Hábiles de recibida la copia de la solicitud indicada en el numeral 31.4. El Concedente deberá establecer en un plazo no mayor a treinta (30) Días adicionales, la forma de restablecer el equilibrio económico-financiero incluyendo el mecanismo, el plazo y la forma de pago.
31.16 La existencia de un desequilibrio no dará lugar ni a la suspensión ni a la resolución del Contrato.	31.16 La existencia de un desequilibrio no dará lugar ni a la suspensión ni a la interrupción ni a la resolución del Contrato.

**Clausula 2: Definiciones**

En caso el concedente decida mantener las condiciones iniciales indicadas en la Circular 17 de las Bases, se recomienda considerar el siguiente desarrollo:

Dice:	Propuesta:
2.13 Cofinanciamiento Es el aporte dinerario que efectuará el Concedente a favor del Concesionario, durante la vigencia de la Concesión, conforme a lo previsto en el literal b) del artículo 2 del Decreto Supremo N° 108-2006-EF. Dicho aporte se efectuará en caso los Ingresos Disponibles no cubran el pago del RPI y del RPMO.	2.13 Cofinanciamiento Es el aporte dinerario que efectuará el Concedente a favor del Concesionario, durante la vigencia de la Concesión, conforme a lo previsto en el literal b) del artículo 2 del Decreto Supremo N° 108-2006-EF. Dicho aporte se efectuará en caso los Ingresos Disponibles no cubran el pago del RPI y del RPMO. En tal sentido, el referido aporte será igual a las suma de las Anualidades del RPI y de las Anualidades del RPMO indicadas en el numeral 1) de la cláusula 39.2.
2.48 Margen del Excedente Es el porcentaje señalado por el Concesionario en su Propuesta Económica, que aplicado a los Recursos Excedentes Brutos determinan el importe correspondiente a los Recursos Excedentes Netos y la Prima por Resultados.	A fin de asegurar el mecanismo óptimo del diseño tarifario propuesto, se sugiere que la participación del Estado en los ingresos excedentes no debería formar parte del Factor de Competencia del concurso, indicado en la Modificación 39 de la Circular 17.
2.65 Recursos Excedentes Brutos Es el monto dinerario resultante de descontar trimestralmente el pago de RPI más el pago de RPMO de los Ingresos Disponibles.	2.65 Recursos Excedentes Brutos Es el monto dinerario resultante de descontar trimestralmente de los Ingresos Disponibles, el valor trimestral equivalente a la suma de las Anualidades del RPI y de las Anualidades del RPMO indicadas en el numeral 1) de la cláusula 39.2.
2.68 Retribución por Inversión (RPI) Es el pago trimestral que otorga el Concedente al Concesionario para retribuir la inversión en que ha incurrido, de acuerdo a los términos y condiciones establecidos en el Contrato.	Para efectos de calcular el valor trimestral equivalente de la suma de las Anualidades del RPI y de las Anualidades del RPMO indicadas en el numeral 1) de la cláusula 39.2, se utilizará la tasa de descuento indicada en la Circular 17 de las Bases, o sus modificatorias. 2.68 Retribución por Inversión (RPI) Es la retribución por la inversión en que ha incurrido el Concesionario, de acuerdo a los términos y condiciones establecidos en el Contrato y en las Especificaciones Técnicas contenidas en el Anexo 12 de las Bases.
2.72 Retribución por Operación y Mantenimiento (RPMO) Es el pago a favor del Concesionario que se realiza durante la Fase de Prestación del Servicio Portador. En este concepto solo se incluyen los montos correspondientes al IGTV por los gastos de operación y mantenimiento realizados por el Concesionario, y no incluyen la Tasa por Explotación Comercial, el Aporte al FITEL, el aporte al OSIPTEL y la Retribución por Supervisión al OSIPTEL.	2.72 Retribución por Operación y Mantenimiento (RPMO) Es la retribución a favor del Concesionario que se realiza durante la Fase de Prestación del Servicio Portador. En este concepto solo se incluyen los montos correspondientes al IGTV por los gastos de operación y mantenimiento realizados por el Concesionario, y no incluyen la Tasa por Explotación Comercial, el Aporte al FITEL, el aporte al OSIPTEL y la Retribución por Supervisión al OSIPTEL.
2.75 Tarifa Es el precio regulado por el OSIPTEL, expresado en Dólares, que cobrará el Concesionario por la prestación del Servicio Portador y será establecido a razón de un valor monetario mensual por megabit por segundo. El valor de la Tarifa y las condiciones de su revisión están definidas en el Contrato.	2.75 Tarifa Es el precio regulado por el OSIPTEL, expresado en Dólares, que cobrará el Concesionario por la prestación del Servicio Portador y será establecido a razón de un valor monetario mensual por megabit por segundo. El valor de la Tarifa y las condiciones de su revisión están definidos en el Contrato.

**4.3 SOBRE CALIDAD DEL SERVICIO:**

4.3.1 **Clausula 18.1:** Se observa en esta cláusula que se establece que el concesionario debe cumplir con la continuidad del servicio, salvo en los casos establecidos en el Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones y en las Condiciones de Uso. Sin embargo, los parámetros relacionados con la continuidad en la prestación del servicio que establece el regulador no sólo están incorporados en las Condiciones de Uso.

Así, por ejemplo, podemos señalar el Reglamento de Continuidad, el Reglamento de Calidad para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones y el Reglamento de Cobertura.

Por ello, con el fin de que las obligaciones que asuma el concesionario estén conformes a las vigentes disposiciones sobre la continuidad en la prestación del servicio se sugiere el siguiente cambio:

Proyecto Contrato de Concesión (Cláusula 18 Continuidad y Calidad del Servicio)	
Texto del Proyecto	Propuesta/Comentario OSIPTEL

18.1 El Concesionario deberá cumplir con la prestación del Servicio Portador y Facilidades Complementarias de manera continua e ininterrumpida, salvo en los casos establecidos en el Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones y en las Condiciones de Uso en lo que sea aplicable, según corresponda.	18.1 El Concesionario deberá cumplir con la prestación del Servicio Portador y Facilidades Complementarias de manera continua e ininterrumpida de conformidad con la normativa que sobre el tema emita el OSIPTEL, salvo en los casos establecidos en el Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones y en las Condiciones de Uso y cualquier otra normativa que emita el OSIPTEL sobre continuidad y calidad en la prestación del servicio, en lo que sea aplicable, según corresponda.
--	--

Además, a efectos de guardar unidad en la versión final del contrato, la mención del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones debe ser coherente con la definición contenida en la Cláusula 2.

4.3.2 **Clausula 18.3:** La prestación continua del servicio portador (Disponibilidad) no depende sólo de la existencia de equipo humano sino también de la distribución y localización de los Centros de Operación y Mantenimiento y de los repuestos y material disponibles en cada uno de ellos. Por ello, se requiere el siguiente cambio:

Proyecto Contrato de Concesión (Cláusula 18 Continuidad y Calidad del Servicio)	
Texto del Proyecto	Propuesta/Comentario OSIPTEL
18.3 El Concesionario está obligado a contar con un equipo de personal que ante cualquier situación de emergencia garantice la prestación continua del Servicio Portador y las Facilidades Complementarias durante las veinticuatro (24) horas del día.	18.3 El Concesionario está obligado a contar con los Centros de Operación y Mantenimiento necesarios, con repuestos y personal idóneos para r que, ante cualquier situación de emergencia, garantice la prestación continua del Servicio Portador y las Facilidades Complementarias durante las veinticuatro (24) horas del día para todos los días del año.

4.3.3 **Clausula 18.5:** A efectos de facilitar las labores de supervisión, consideramos necesario que el Concesionario esté obligado a mantener actualizada la información de la red y los emplazamientos de los nodos e informarla, tanto al concedente como al OSIPTEL. A estos efectos debería informar sobre las migraciones, traslados o reubicación de los emplazamientos de los nodos

Proyecto Contrato de Concesión (Cláusula 18 Continuidad y Calidad del Servicio)	
Texto del Proyecto	Propuesta/Comentario OSIPTEL
18.5 En el caso que el Concesionario decida realizar la migración, traslado o reubicación de cualquiera de los emplazamientos o locales donde se hayan instalado equipos electrónicos activos (Nodos de Red, NOC, Puntos de Conexión Internacional, NAP Regionales, punto de presencia en Lurín), asumirá todos los costos de esta actividad, incluyendo la migración de los equipos y enlaces de los Usuarios, de ser el caso. Ello no podrá implicar la interrupción en la prestación del Servicio Portador y Facilidades Complementarias, ni la degradación de los Niveles de Servicio (SLA) establecidos en las Especificaciones Técnicas.	18.5 En el caso que el Concesionario decida realizar la migración, traslado o reubicación de cualquiera de los emplazamientos o locales donde se hayan instalado equipos electrónicos activos (Nodos de Red, NOC, Puntos de Conexión Internacional, NAP Regionales, punto de presencia en Lurín), asumirá todos los costos de esta actividad, incluyendo la migración de los equipos y enlaces de los Usuarios, de ser el caso. Ello no podrá implicar la interrupción en la prestación del Servicio Portador y Facilidades Complementarias, ni la degradación de los Niveles de Servicio (SLA) establecidos en las Especificaciones Técnicas. <b>En estos supuestos, el Concesionario debe informar al Concedente y al OSIPTEL con una anticipación de diez (10) días hábiles a que se produzcan los hechos.</b>

**V. ANÁLISIS DE OTRAS MATERIAS RELACIONADAS CON LAS COMPETENCIAS DEL OSIPTEL**

En adición a lo anterior, a continuación se emiten recomendaciones y observaciones puntuales sobre las cláusulas que regulan materias relacionadas a las competencias del OSIPTEL.

**5.1 SOBRE DEFINICIONES**

**2.17 Condiciones de Uso:** A efectos que se conserve la misma coherencia cuando se citan a otras normas del sector, consideramos que el contenido de esta "definición" debería referirse al Texto Único Ordenado (TUO) de las Condiciones de Uso.

En ese sentido, se recomienda el siguiente texto:

*"2.17 TUO de las Condiciones de Uso  
Es el Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 138-2012-CD/OSIPTEL y modificatorias".*

**2.72 TUO del Reglamento de Telecomunicaciones:** Consideramos pertinente que cuando se haga referencia al Texto Único Ordenado (TUO) del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, se indique expresamente que es el TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones. En ese sentido, sugerimos se reemplaza dicho texto en todo el documento del contrato de concesión, en tanto sería el término correcto del reglamento en mención.

**2.80 Usuario:** Consideramos pertinente que se reemplaza el término "usuario" por el de "abonado", en la medida que este último es quien celebra un contrato de prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, y en este caso en particular, sería la persona natural o jurídica que contrata el servicio portador (y de ser el caso, las facilidades complementarias) con el Concesionario, a efectos de prestar el servicio a terceros.

En ese sentido, recomendamos que se incluya el término "abonado" en todo el texto del contrato de concesión, a efectos que se utilice de manera apropiada el mismo.

**2.73 Servicio Portador:** Se considera necesario que la definición del "Servicio Portador" sea la establecida en el artículo 10° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones vigente:

Texto del Proyecto	Propuesta/Comentario OSIPTEL
2.73 Servicio Portador Es aquél servicio portador que se presta a través de la infraestructura de la RDNFO, y que permite proporcionar la capacidad necesaria para el transporte y enrutamiento de señales de comunicaciones, sin tener usuarios finales, de acuerdo a lo señalado en el numeral 9.2 del artículo 9 de la Ley N° 29904.	2.73 Servicio Portador Se considera servicios portadores a aquellos servicios de telecomunicaciones que proporcionan la capacidad necesaria para el transporte de señales que permiten la prestación de servicios finales, de difusión y de valor añadido.

**Definición 2.76:** La norma citada es incorrecta. Por ello, se requiere el siguiente cambio:

Texto del Proyecto	Propuesta/Comentario OSIPTEL
2.76 Tasa por Explotación Comercial Es la tasa anual equivalente medio por ciento (0.5%) de los ingresos brutos facturados y percibidos incluidos los ingresos provenientes de las liquidaciones entre empresas por el tráfico internacional de entrada y salida del país, de conformidad con lo establecido en el artículo 219 del TUO del Reglamento de Telecomunicaciones, las normas que lo modifiquen o sustituyan.	2.76 Tasa por Explotación Comercial Es la tasa anual equivalente medio por ciento (0.5%) de los ingresos brutos facturados y percibidos incluidos los ingresos provenientes de las liquidaciones entre empresas por el tráfico internacional de entrada y salida del país, de conformidad con lo establecido en el artículo 229° del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, las normas que lo modifiquen o sustituyan.

**Aporte por regulación:** Consideramos que adicionalmente a la cita de la norma Decreto Supremo N° 103-2003-PCM es necesario hacer referencia al Decreto Supremo N° 012-2002-PCM.

**Caso fortuito o fuerza mayor:** Se hace referencia a "fuera del control razonable" y "diligencia ordinaria", el uso de dichos términos podrían generar interpretaciones subjetivas al momento de la supervisión.

**Numeralización incompleta en la Cláusula 2: Definiciones:**

En la versión final del contrato, las definiciones de la cláusula 2 pasan del numeral 2.69 al numeral 2.72, lo que es necesario corregir.

## 5.2 SOBRE SUPERVISIÓN Y MONITOREO DE LA EXPLOTACIÓN

**Cláusula 19.2:** La redacción propuesta sugiere que el Concedente podría supervisar materias que de acuerdo al contrato y la normativa vigente solo corresponden a al OSIPTEL.

Texto del Proyecto	Propuesta/Comentario OSIPTEL
19.2 En la Fase de Prestación del Servicio Portador, corresponde al OSIPTEL efectuar directamente o a través de las personas que designe, las acciones de supervisión, fiscalización y sanción que le competen. El Concedente podrá realizar inspecciones y verificaciones adicionales a las efectuadas por el OSIPTEL, cuando lo considere conveniente.	19.2 En la Fase de Prestación del Servicio Portador, corresponde al OSIPTEL efectuar directamente o a través de las personas que designe, las acciones de supervisión, fiscalización y sanción que le competen. El Concedente, en el marco de sus competencias, podrá realizar inspecciones y verificaciones adicionales a las efectuadas por el OSIPTEL, cuando lo considere conveniente.

**Cláusula 19.3:** Consideramos pertinente se elimine la referencia a "incluido el acceso a documentos" contenido en la primera oración de presente numeral, toda vez que resultaría suficiente lo señalado respecto a que el Concedente y el OSIPTEL pueden acceder en general, a todo cuanto a criterio de ellos resulte necesario para la supervisión de las obligaciones del Concesionario.

**Cláusula 19.4:** El acceso al NOC y la disponibilidad de terminales remotos o acceso Web Read Only es imprescindible para la supervisión en el período de operación y mantenimiento. Por ello, consideramos que debería precisarse que dicho acceso deberá contemplar las funcionalidades suficientes y nivel de detalle suficiente que permita el adecuado monitoreo del OSIPTEL y el concedente. Se sugiere el siguiente texto:

Texto del Proyecto	Propuesta/Comentario OSIPTEL
19.4 De igual forma, es obligación del Concesionario permitir al Concedente y al OSIPTEL y a la(s) Persona(s) autorizada(s) por éstos, acceder físicamente al NOC que deberá implementar; así como proporcionar terminales pasivos ("read-only") para el acceso al NMS en los lugares donde disponga el Concedente; sin perjuicio de las demás acciones de control y supervisión.	18.5 De igual forma, es obligación del Concesionario permitir al Concedente y al OSIPTEL y a la(s) Persona(s) autorizada(s) por éstos, acceder físicamente al NOC que deberá implementar; así como proporcionar terminales pasivos ("read-only") para el acceso al NMS en los lugares donde disponga el Concedente y el OSIPTEL; sin perjuicio de las demás acciones de control y supervisión.

## 5.3 SOBRE INFORMACION

**Cláusula 20.2:** La Ley N° 27336 obliga a las empresas operadoras a conservar por un período de al menos 3 (tres) años después de originada la información realizada con la tasación, los registros fuentes del detalle de las llamadas y facturación de los servicios que explota. Si lo que se quiere es que los registros estén vigentes toda la duración del contrato, lo mejor es que se señale ello expresamente.

Texto del Proyecto	Propuesta/Comentario OSIPTEL
20.2 El Concesionario se encuentra obligado a mantener registros detallados de sus operaciones que permitan auditar eficientemente los montos facturados y cobrados a sus Usuarios por la prestación del Servicio Portador y Facilidades Complementarias y asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas en el Contrato y las demás establecidas por la normativa vigente. En ese sentido, deberá generar y mantener registros históricos sobre los cambios de la configuración (de los equipos) que impliquen modificaciones a la capacidad provisionada a cada Usuario.	20.2 El Concesionario se encuentra obligado a mantener registros detallados de sus operaciones que permitan auditar eficientemente los montos facturados y cobrados a sus Usuarios por la prestación del Servicio Portador y Facilidades Complementarias y asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas en el Contrato y las demás establecidas por la normativa vigente, durante toda la fase de la prestación del servicio portador. En ese sentido, deberá generar y mantener registros históricos sobre los cambios de la configuración (de los equipos) que impliquen modificaciones a la capacidad provisionada a cada Usuario.

**Cláusula 20.4:** De acuerdo a la normativa vigente, las tarifas deben publicarse en el Sistema de Información y Registro de Tarifas, sin perjuicio de aquellos casos en que deben efectuarse publicaciones en el diario oficial. Por ello proponemos el siguiente agregado:

Texto del Proyecto	Propuesta/Comentario OSIPTEL
20.4 Asimismo, el Concesionario deberá poner en conocimiento de los Usuarios, toda la información relacionada a la prestación del Servicio Portador y Facilidades Complementarias. Para este fin, el Concesionario deberá poner en práctica un sistema de información para comunicar a sus Usuarios avisos sobre las alteraciones, fallas o interrupciones del Servicio Portador y Facilidades Complementarias, y su restablecimiento. A su vez el Concesionario deberá hacer pública la Tarifa que se cobrará a los Usuarios.	20.4 Asimismo, el Concesionario deberá poner en conocimiento de los Usuarios, toda la información relacionada a la prestación del Servicio Portador y Facilidades Complementarias. Para este fin, el Concesionario deberá poner en práctica un sistema de información para comunicar a sus Usuarios avisos sobre las alteraciones, fallas o interrupciones del Servicio Portador y Facilidades Complementarias, y su restablecimiento. A su vez el Concesionario deberá hacer pública la Tarifa que se cobrará a los Usuarios, mediante los mecanismos previstos en la normativa vigente.

## 5.4 SOBRE LA AUTORIZACIÓN DE LA AUTORIDAD COMPETENTE PARA QUE EL CONCESIONARIO PUEDA ARRENDAR SEGMENTOS DE HILOS DE FIBRA OSCURA

Dado que la "fibra oscura" puede ser considerada como infraestructura susceptible a ser compartida, se considera necesario salvaguardar que, en el caso de los hilos de fibra oscura de la red dorsal, ningún tramo de estos sea arrendado por el concesionario a un tercer operador de Servicios Públicos (ya sea de telecomunicaciones u otro sector).

En ese sentido, es necesario agregar el siguiente párrafo a la definición "2.35 Facilidad(es) Complementaria(s)", con la siguiente redacción:

"(...) El arrendamiento de segmentos de hilos de fibra oscura por parte del concesionario, no será permitido sin autorización de la autoridad competente."

Del mismo modo, la inclusión de esta salvaguarda será necesaria en la "CLÁUSULA 23: Facilidades Complementarias", como un numeral adicional.

"23.5. (...) El arrendamiento de segmentos de hilos de fibra oscura por parte del concesionario, no será permitido sin autorización de la autoridad competente."

## 5.5 SOBRE LA "CLÁUSULA 7. PLAZO DE CONCESIÓN"

Informe de Evaluación: En el numeral vi) de la cláusula 7.3.2 se establece que el OSIPTEL evaluará "La prestación del Servicio Portador conforme a lo establecido en este contrato y las Leyes Aplicables (\*)".

En algunos contratos de concesión como los de Telefónica del Perú S.A.A. (aprobados por Decreto Supremo 11-94-TC), de Nextel del Perú S.A.A. (aprobados por Resolución Ministerial 131-95-MTC/15.04, 132-95-MTC/15.04, 318-95-MTC/15.17, 418-95-MTC/15.17, 447-95-MTC/15.17 y 467-95-MTC/15.17), de Telefónica Multimedia (aprobados por Resolución Ministerial 030-96-MTC/15.17), se establece que el OSIPTEL evaluará si la empresa ha cumplido con haber prestado "sus Servicios Públicos de Telecomunicaciones y llevado sus negocios conforme a las leyes del Perú".

Asimismo en el numeral III.23 del Decreto Supremo 036-2010-MTC, que aprueba el "Método para la evaluación del cumplimiento de las obligaciones de las empresas concesionarias de servicios públicos de telecomunicaciones" (en adelante la Metodología), se establece que una de las obligaciones a evaluar es "Cumplimiento con las Leyes del Perú" que sólo será evaluada en aquellos contratos donde se establezca expresamente esa obligación.

En ese sentido, se recomienda que se utilice la misma denominación ya empleada en anteriores contratos de concesión y en la Metodología, a fin de evitar discrepancias de interpretación legal que pudiesen ocurrir.

Texto del Proyecto	Propuesta/Comentario OSIPTEL
7.3.2 Informe de Evaluación: El Concedente solicitará al OSIPTEL, su Informe de Evaluación, en el que deberá constar en qué medida el Concesionario ha cumplido, durante el período de cinco (5) años anteriores, o durante el Plazo de la Concesión, según haya solicitado la renovación gradual o total, respectivamente, con lo siguiente:	7.3.2 Informe de Evaluación: El Concedente solicitará al OSIPTEL, su Informe de Evaluación, en el que deberá constar en qué medida el Concesionario ha cumplido, durante el período de cinco (5) años anteriores, o durante el Plazo de la Concesión, según haya solicitado la renovación gradual o total, respectivamente, con lo siguiente:
(i) ... (vi) La prestación del Servicio Portador conforme a lo establecido en este Contrato, y las Leyes Aplicables.	(i) ... (vi) La prestación de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones conforme a lo establecido en este Contrato, y las Leyes del Perú.

## 5.6 SOBRE EL REQUERIMIENTO ANUAL DE INFORMACIÓN - RIA

En la cláusula 20.1 se establece de forma general que:

"El Concesionario deberá proporcionar al OSIPTEL y al Concedente, dentro de los plazos indicados por éstos, informes relativos a la prestación del Servicio Portador y Facilidades Complementarias, en los términos y condiciones establecidos por las citadas autoridades, de acuerdo a las Leyes Aplicables."

Pero dada la importancia de la Red Dorsal a licitar y de la necesidad de supervisar las actividades de la empresa operadora, es necesario establecer explícitamente un requerimiento de información anual, tal como se hizo con la transferencia de títulos habilitantes de Telmex del Perú a América Móvil Perú S.A.C. y como está establecido en el contrato de Telefónica del Perú.

Así, la empresa establecerá y mantendrá registros adecuados para permitir la supervisión y cumplimiento de los términos del contrato de concesión. Y el MTC y el OSIPTEL, cada uno respecto de materias de su competencia, podrán solicitar a la empresa que presente informes periódicos, estadísticas y otros datos en relación a sus actividades y operaciones.

Para tal efecto, el MTC y OSIPTEL establecerán conjuntamente a más tardar en el mes de marzo de cada año, el listado de información que deberá presentar la empresa en el año calendario respectivo, así como la forma y plazos de entrega de la misma. Sin perjuicio de lo anterior, las empresas presentarán la información que estos organismos les soliciten para analizar o resolver casos concretos.

El MTC y el OSIPTEL podrán publicar tal información, con excepción de información que sea calificada como confidencial de acuerdo a la normativa de la materia. El OSIPTEL tendrá derecho a inspeccionar o a instruir a contadores autorizados o terceros especialistas en cuestiones vinculadas al objeto de la supervisión, a fin de revisar los expedientes, archivos y otros datos de la empresa con el fin de vigilar y hacer valer los términos del Contrato de Concesión.

Texto del Proyecto	Propuesta/Comentario OSIPTEL
20.1 El Concesionario deberá proporcionar al OSIPTEL y al Concedente, dentro de los plazos indicados por éstos, informes relativos a la prestación de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones (y Facilidades Complementarias), en los términos y condiciones establecidos por las citadas autoridades, de acuerdo a las Leyes del Perú.	20.1 El Concesionario deberá proporcionar al OSIPTEL y al Concedente, dentro de los plazos indicados por éstos, informes relativos a la prestación de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones (y Facilidades Complementarias), en los términos y condiciones establecidos por las citadas autoridades, de acuerdo a las Leyes del Perú.
Asimismo, el Concesionario establecerá y mantendrá registros adecuados para permitir la supervisión y cumplimiento de los términos del contrato de concesión. El MTC y el OSIPTEL, cada uno respecto de materias de su competencia, podrán solicitar a la empresa que presente informes periódicos, estadísticas y otros datos en relación a sus actividades y operaciones.	Asimismo, el Concesionario establecerá y mantendrá registros adecuados para permitir la supervisión y cumplimiento de los términos del contrato de concesión. El MTC y el OSIPTEL, cada uno respecto de materias de su competencia, podrán solicitar a la empresa que presente informes periódicos, estadísticas y otros datos en relación a sus actividades y operaciones.
En tal sentido, el concesionario se encontrará sujeto a un requerimiento de información anual, el cual será indicado oportunamente por el OSIPTEL. Para tal efecto, el MTC y OSIPTEL establecerán conjuntamente a más tardar en el mes de marzo de cada año, el listado de información que deberá presentar la empresa en el año calendario respectivo, así como la forma y plazos de entrega de la misma. Sin perjuicio de lo anterior, las empresas presentarán la información que estos organismos les soliciten para analizar o resolver casos concretos.	En tal sentido, el concesionario se encontrará sujeto a un requerimiento de información anual, el cual será indicado oportunamente por el OSIPTEL. Para tal efecto, el MTC y OSIPTEL establecerán conjuntamente a más tardar en el mes de marzo de cada año, el listado de información que deberá presentar la empresa en el año calendario respectivo, así como la forma y plazos de entrega de la misma. Sin perjuicio de lo anterior, las empresas presentarán la información que estos organismos les soliciten para analizar o resolver casos concretos.
El MTC y el OSIPTEL podrán publicar tal información, con excepción de información que sea calificada como confidencial de acuerdo a la normativa de la materia. El OSIPTEL tendrá derecho a inspeccionar o a instruir a contadores autorizados o terceros especialistas en cuestiones vinculadas al objeto de la supervisión, a fin de revisar los expedientes, archivos y otros datos de la empresa con el fin de vigilar y hacer valer los términos del Contrato de Concesión.	El MTC y el OSIPTEL podrán publicar tal información, con excepción de información que sea calificada como confidencial de acuerdo a la normativa de la materia. El OSIPTEL tendrá derecho a inspeccionar o a instruir a contadores autorizados o terceros especialistas en cuestiones vinculadas al objeto de la supervisión, a fin de revisar los expedientes, archivos y otros datos de la empresa con el fin de vigilar y hacer valer los términos del Contrato de Concesión.

## 5.7 SOBRE REGISTROS DE INFORMACIÓN DEL CONCESIONARIO DE LA RDNFO:

Por precisión y para mantener las funciones ya vigentes del organismo regulador, se sugieren los siguientes cambios al numeral 20.2:

Texto del Proyecto	Propuesta/Comentario OSIPTEL
20.2 El Concesionario se encuentra obligado a mantener registros detallados de sus operaciones que permitan auditar eficientemente los montos facturados y cobrados a sus Usuarios por la prestación del Servicio Portador y Facilidades Complementarias y asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas en el Contrato y las demás establecidas por la normativa vigente. En ese sentido, deberá generar y mantener registros históricos sobre los cambios de la configuración (de los equipos) que impliquen modificaciones a la capacidad provisionada a cada Usuario.	20.2 El Concesionario se encuentra obligado a mantener registros detallados de sus operaciones que permitan auditar eficientemente los montos facturados y cobrados a sus Usuarios por la prestación del Servicio Portador y Facilidades Complementarias y asegurar el cumplimiento de las obligaciones establecidas y derivadas del texto del Contrato y las Leyes del Perú. En ese sentido, deberá generar y mantener registros históricos sobre los cambios de la configuración (de los equipos) que impliquen modificaciones a la capacidad provisionada a cada Usuario.

**5.8 SOBRE LA POTESTAD DE EXIGIR SISTEMAS DE CONTABILIDAD REGULATORIA AL CONCESIONARIO:**

Con la finalidad de incidir sobre la potestad del regulador para exigir sistemas de Contabilidad Regulatoria, se sugiere modificar el numeral 20.3, de la siguiente manera:

Texto del Proyecto	Propuesta/Comentario OSIPTEL
20.3 El OSIPTEL podrá disponer medidas adicionales de separación funcional específicas para el Concesionario, tales como la generación de nuevos registros, establecimiento de medidas de seguridad y/o confidencialidad de la información, entre otras que considere pertinente.	20.3 El OSIPTEL podrá disponer medidas adicionales <b>específicas</b> para el Concesionario, tales como la generación de nuevos registros, establecimiento de medidas de seguridad y/o confidencialidad de la información, <b>aquellas especificadas en el Numeral 12.9 del Anexo 12 (Especificaciones Técnicas) de las Bases del Concurso, entre otras necesarias para el cumplimiento de sus obligaciones.</b>

**5.9 SOBRE EL INICIO DE OPERACIONES**

No queda claro en qué momento se dará el inicio de operaciones. En la cláusula 13.1 se indica que el inicio de operaciones se dará luego de la suscripción del Acta de Conformidad, que depende a su vez de la realización de las pruebas de operatividad precisadas en el capítulo 12. Sería recomendable que se incluya un plazo máximo para la puesta en operaciones, como se ha hecho en otros contratos.

**5.10 SOBRE LA PENALIDAD POR EL INCUMPLIMIENTO DEL "INICIO DE LA FASE DE DESPLIEGUE" EN EL CONTRATO**

En la versión final del contrato se ha eliminado la penalidad de "Incumplimiento del Inicio de la Fase de Despliegue", de 50% UIT por cada día de incumplimiento.

Al respecto, se recomienda no eliminar dicha penalidad, sino incluirla, modificando su redacción, de la siguiente manera:

*"Incumplimiento del Inicio del despliegue físico de la RDNFO, de acuerdo a lo establecido en el numeral 9.1 de la Cláusula 9 del presente contrato"*

**5.11 COMENTARIOS AL "ANEXO 12: ESPECIFICACIONES TÉCNICAS" DE LAS BASES DEL CONCURSO**

Artículo	Texto del Proyecto	Propuesta/Comentario OSIPTEL
3.1.2	La RDNFO llegará con un punto de presencia hasta la salida internacional de Lurín, con la finalidad de facilitar la conexión a la salida en Internet para sus clientes.	Se interpreta que habrá dos puntos de salida internacional (Lima y Lurín); sin embargo, este párrafo sólo habla de Lurín. Se sugiere modificarlo para incluir ambos puntos o especificar que se trata sólo de uno, quitando el texto "o en Lima", de ser el caso.  Se sugiere la siguiente redacción:  (...) <b>Los Usuarios se interconectarán a las salidas internacionales existentes en Lurín o en Lima según sea su elección.</b> (...)
3.1.3		En concordancia con los comentarios a la definición establecida en el punto 2.49 del contrato, se propone la siguiente redacción:  3.1.3 El Concesionario implementará, a su costo, tres (03) Puntos de Acceso de Red NAP (NAP, por sus siglas en inglés) para el intercambio de tráfico de datos de los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones o ISP los contenidos de las entidades de la administración pública referidas en el artículo 1 de la Ley 27444, denominados NAP regionales. (...)  Asimismo, se recomienda indicar cuáles serían las obligaciones del OSIPTEL con referencia a la puesta en operación de dichos NAPs (supervisión y fiscalización de la operación y nivel de servicio, regulación de tarifas de interconexión, otros que se consideren pertinentes).
3.1.7	A efectos del párrafo previo, se entienda por capacidad instalada de un enlace a la menor capacidad instalada que existe entre los nodos puntos extremos que conforman tal enlace	Es necesario aclarar a qué se está refiriendo con "la menor capacidad instalada".
3.2.5		Se recomienda usar en todo el Anexo de Especificaciones Técnicas el término Gbps y Mbps en lugar de Gbit/seg y Mbit/seg
3.6.1		Se considera pertinente analizar cómo concuerda esta exigencia con lo estipulado en el Artículo 14° del Proyecto de Reglamento de la Ley N° 29904, el cual menciona que el concesionario de la RDNFO no podrá comercializar servicios de conectividad internacional y/o tránsito IP internacional.
5.1.2		Asimismo, es necesario aclarar si serán los Usuarios (operadores que contraten los servicios de la RDNFO), los que elegirán al operador con el cual deseen conectarse en el punto Internacional.
5.1.2		Se recomienda que se indique que el cálculo del indicador de disponibilidad se realice de acuerdo a lo estipulado en el Reglamento de Calidad de Servicio del OSIPTEL, enfatizando que los valores mínimos de cumplimiento para la RDNFO son los establecidos en las Especificaciones Técnicas de las Bases del Proyecto.
7.1.1.7		El término 24x7x365 requiere modificarse por 24hx365d. Considerar este comentario para todas las veces que se usa el término.
8.1.5		De acuerdo al punto 3.1.2 de las Especificaciones técnicas se interpreta que habría dos puntos de salida internacional, uno en Lima y otro en Lurín. Dado esto, se recomienda que se incluya en el punto 8.1.5 al punto de presencia de Lima o en su defecto eliminar la referencia al punto de salida internacional de Lima en el punto 3.1.2, dejando solamente al punto de salida internacional de Lurín.
15.4		Considerando que el OSIPTEL tendrá un papel fundamental en las labores de supervisión, se considera necesario indicar que el OSIPTEL formará parte del personal a ser capacitado.

**5.12 EFECTOS DE LA DECLARACION DE SUSPENSION**

**Cláusula 48.2:** Para excluir de responsabilidad al Concesionario por los eventos extraordinarios que se mencionan, no es suficiente que aquellos se produzcan, sino que debe verificarse el accionar diligente del operador mediante la implementación de mecanismos que, pese a tales eventos, eviten o mitiguen el incumplimiento de las obligaciones.

Texto del Proyecto	Propuesta/Comentario OSIPTEL
48.2 El incumplimiento de obligaciones producido a consecuencia de los supuestos indicados en la presente Sección, no será sancionado administrativamente o con las penalidades establecidas en este Contrato.	48.2 El incumplimiento de obligaciones producido a consecuencia de los supuestos indicados en la presente Sección, no será sancionado administrativamente o con las penalidades establecidas en este Contrato, <b>siempre que se advierta el comportamiento diligente del Concesionario.</b>

**5.13 INDEPENDENCIA DE LAS PENALIDADES CONVENCIONALES DE CUALQUIER SANCIÓN ADMINISTRATIVA**

**Cláusula 53.2:** Se requiere especificar que la imposición de una penalidad convencional, en tanto responde a una naturaleza jurídica distinta, es independiente de la imposición de sanciones, que se generan como producto del ejercicio de funciones de *ius imperium*. Por lo tanto, el cobro de una penalidad convencional no exime a la empresa de que el OSIPTEL pueda ejercer sus funciones de supervisión, fiscalización y sanción si el acto constituye, adicionalmente a un incumplimiento contractual, una infracción a la normativa vigente. Por lo que se sugiere reevaluar el texto previsto en esta cláusula.

**Cláusula 53.3:** Se recomienda precisar que las sanciones serán impugnadas judicialmente, tras agotar la vía administrativa (doble instancia). También se precisa la norma que regula el proceso contencioso administrativo.

Texto del Proyecto	Propuesta/Comentario OSIPTEL
53.3 Las sanciones administrativas podrán ser impugnadas mediante proceso contencioso-administrativo establecido en la Ley N° 27584, o norma que la sustituya. En el caso de penalidades contractuales, la imposición de las mismas sólo podrá cuestionarse en la vía arbitral.	53.3 <b>Luego de agotada la vía administrativa,</b> las sanciones administrativas podrán ser impugnadas mediante proceso contencioso-administrativo, establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, aprobado por <b>Decreto Supremo N° 013-2008-JUS</b> o norma que la sustituya. En el caso de penalidades contractuales, la imposición de las mismas sólo podrá cuestionarse en la vía arbitral.

**5.14 DESTINO DE LOS PAGOS POR CONCEPTO DE SANCIONES**

**Cláusula 57:** Acorde con la normativa vigente, el destino de las multas impuestas por la comisión de infracciones administrativas es el FITEI, por lo que debe precisarse la redacción de la presente cláusula reemplazando "sanciones" por "penalidades".

Texto del Proyecto	Propuesta/Comentario OSIPTEL
CLÁUSULA 57: DESTINO DE LOS PAGOS POR CONCEPTO DE SANCIONES	CLÁUSULA 57: DESTINO DE LOS PAGOS POR CONCEPTO DE PENALIDADES

**5.15 TRATO DIRECTO**

**Cláusula 64.1:** Es necesario aclarar que agotada la vía administrativa, las decisiones de las entidades expeditas en el marco de sus competencias, son recurribles en el fuero judicial

Texto del Proyecto	Propuesta/Comentario OSIPTEL
64.1 Las Partes declaran que es su voluntad que todos los conflictos o incertidumbres con relevancia jurídica que pudieran surgir con respecto a la interpretación, ejecución, cumplimiento y cualquier aspecto relativo a la existencia, validez o eficacia del Contrato o Caducidad de la Concesión, serán resueltos por trato directo entre las Partes, con excepción de las decisiones del OSIPTEL u otras entidades que se dicten en ejecución de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa cuya vía de reclamo es la vía administrativa. Los plazos aplicables para el trato directo se encontrarán en función a la modalidad de arbitraje, nacional o internacional, que pudiera llevarse a cabo ante la falta de acuerdo, conforme a lo establecido en la Cláusula 65.	64.1 Las Partes declaran que es su voluntad que todos los conflictos o incertidumbres con relevancia jurídica que pudieran surgir con respecto a la interpretación, ejecución, cumplimiento y cualquier aspecto relativo a la existencia, validez o eficacia del Contrato o Caducidad de la Concesión, serán resueltos por trato directo entre las Partes, con excepción de las decisiones del OSIPTEL u otras entidades que se dicten en ejecución de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa <b>cuyas vías de impugnación son la vía administrativa y, posteriormente, la vía judicial.</b> Los plazos aplicables para el trato directo se encontrarán en función a la modalidad de arbitraje, nacional o internacional, que pudiera llevarse a cabo ante la falta de acuerdo, conforme a lo establecido en la Cláusula 65.

**VI. CONCLUSIÓN**

De acuerdo a la evaluación realizada mediante el presente documento, se considera pertinente recomendar que se emita una **opinión favorable** por parte del OSIPTEL a la Versión Final del Contrato de Concesión del Proyecto "Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica: Cobertura Universal Norte, Cobertura Universal Sur y Cobertura Universal Centro"; precisando que dicha opinión está **condicionada a la incorporación de los textos contractuales formulados en la sección IV del presente informe.**

**VII. RECOMENDACIONES**

Se recomienda al Consejo Directivo:

1. Aprobar el contenido del presente Informe.
2. Encargar a la Gerencia General la remisión del presente Informe a PROINVERSION.

Atentamente,

Luis Alberto Arequipa Támara  
Gerente de Asesoría Legal

Sergio Cifuentes Castañeda  
Gerente de Políticas Regulatorias y Competencia

Santiago Rojas Tuya  
Gerente de Fiscalización y Supervisión

- 1 Cada postor incluirá en su Propuesta Económica ochenta (80) flujos trimestrales de RPI y RPMD, considerándose además como criterio de desagregación adicional las Entregas posibles por cada pago. En particular, se indican hasta un máximo de seis (06) Entregas por cada pago trimestral de RPI y RPMD.
- 2 Con ello, se tendría como máximo seis (6) valores distintos para el pago trimestral por RPI y seis (06) valores distintos para el pago trimestral por RPMD, los cuales se mantendrían constantes durante los 20 años de la concesión.
- 3 Está definido en la Cláusula 2.46. Leyes Aplicables. Es el conjunto de disposiciones legales que regulan o afectan directa o indirectamente el Contrato de Concesión. Incluyen la Constitución Política del Perú, las normas con rango de ley, los decretos supremos, los reglamentos, directivas y resoluciones, así como cualquier otra norma que conformen el ordenamiento jurídico de la República del Perú que resulte aplicable, las que serán de observancia obligatoria para las Partes.

06-11-2013

005-OP-1010262-1 1v. 7 noviembre