



PERÚ

Ministerio  
de Transportes  
y Comunicaciones

Viceministerio  
de Comunicaciones

Dirección General de  
Programas y Proyectos  
de Comunicaciones

“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para las mujeres y hombres”

“Año de la Universalización de la Salud”

**INFORME N° 356 -2020-MTC/27**

A : **NADIA VILLEGAS GÁLVEZ**  
Directora General de Programas y Proyectos de Comunicaciones

De : **YOHANA FABIAN ALIAGA**  
Directora Gestión de Inversiones en Comunicaciones

**JOSE VIDAL HUARCAYA**  
Coordinador

**CRISTIAN CHIPANA SUYO**  
Asesor Financiero

**CEIDA ROSELL CAMACHO**  
Abogada

**PEDRO MELGAREJO VARGAS**  
Ingeniero

**ANANÍAS BRAVO BEJARANO**  
Ingeniero

Asunto : Evaluación de la Propuesta de Adenda N° 3 presentada por la Empresa Concesionaria del Contrato de Concesión “Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica: Cobertura Universal Norte, Cobertura Universal Sur y Cobertura Universal Centro”

Referencia : Carta DJ-2016/19 (E -406120-2019)

Fecha : Lima, **08.JUN.2020**

**EL PERÚ PRIMERO**



Tenemos el agrado de dirigirnos a usted, con relación al asunto del presente informe detallado líneas arriba, para informar lo siguiente:

## I. ANTECEDENTES

1. En el año 2011, las redes de fibra óptica en el país se encontraban ubicadas principalmente en la zona de la costa, con algunas ramificaciones hacia parte de la zona de sierra (Junín, Puno, Ancash y Cajamarca), las mismas que llegaban a las capitales de Región. Es por ello que el 20.07.2012 se publicó la Ley de la Banda Ancha – Ley 29904, denominada “Ley de Promoción de la Banda Ancha y construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica”
2. Asimismo, el 17 de junio de 2014, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, el Concedente) y la empresa Azteca Comunicaciones Perú S.A. (en adelante, el Concesionario) suscribieron el Contrato de Concesión para el diseño, financiamiento, despliegue, operación y mantenimiento del Proyecto “Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica: Cobertura Universal Norte, Cobertura Universal Sur y Cobertura Universal Centro” (en adelante, el Contrato de Concesión).
3. De acuerdo a lo establecido en el Contrato de Concesión, el Proyecto Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica es una red de transporte (compuesto principalmente por nodos ópticos y el tendido de fibra óptica) que brinda el servicio Portador y cuenta con los siguientes datos generales:

**Cuadro N° 01: Datos Generales**

<b>Concesionario</b>	Azteca Comunicaciones Perú S.A.C.
<b>Concedente</b>	Ministerio de Transportes y Comunicaciones



<b>Fecha Inicio del servicio</b>	Mayo 2015
<b>Fecha fin del servicio</b>	Junio 2034
<b>Monto inversión (S/)</b>	S/ 765.3 millones
<b>Servicios a proveer</b>	Servicio Portador
<b>Longitud de fibra óptica</b>	13 500 Km

4. Por otro lado, el 17 de noviembre de 2014 se suscribió la Adenda N° 01 – Adenda de Bancabilidad al Contrato de Concesión del proyecto, en el que se establece el valor de liquidación de la Retribución por Inversión (RPI) y Retribución por Mantenimiento y Operación (RPMO), cabe señalar que la liquidación del RPI solo ocurre si el proyecto se encuentra en etapa constructiva.
5. El 13 de setiembre de 2016 se inició la operación del Proyecto “Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica: Cobertura Universal Norte, Cobertura Universal Sur y Cobertura Universal Centro” al 100%, mediante la Sexta entrega.
6. Mediante el Informe N° 00045-GPRC/2018, del 5 de febrero de 2018, el Organismo Regulador de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL analizó el estado actual de la operación de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica en el mercado peruano, recomendando diversas opciones con el fin de solucionar la problemática del proyecto.
7. En respuesta de ello, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones el 08 de junio de 2018 inicia el proceso de Evaluación Conjunta mediante Propuesta de Adenda N° 03: Flexibilidad Tarifaria, presentada por la entidad antes mencionada, en la cual participaron el Ministerio de Economía y Finanzas, el Organismo Regulador de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL y la Contraloría General de la Republica.



Cabe señalar que se realizaron 03 reuniones de evaluación conjunta. Sin embargo, mediante Carta DJ-1750/18 de fecha 03 de octubre de 2018, la Empresa Concesionaria emitió opinión negativa a la Propuesta de Adenda n° 03.

8. Por otro lado, el 22 de mayo de 2019 se suscribió la Adenda N° 02 al Contrato de Concesión relacionado a la actualización de los índices para el pago de la Retribución por Mantenimiento y Operación (RPMO).
9. Asimismo, Mediante carta DJ-2016/19 de fecha 20 de diciembre 2019 la Empresa Concesionaria Azteca Comunicaciones Perú S.A.C presento una Propuesta de Adenda relacionada a la Caducidad del Contrato de Concesión por Mutuo Acuerdo.
10. Posteriormente, dentro del plazo de cinco días calendarios de recibida la propuesta de modificación contractual por parte del Concesionario, dicha propuesta fue publicada en el portal institucional del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.
11. Mediante Oficio N° 2200-2019-MTC/27, Oficio N° 2201-2019-MTC/27 y Oficio N° 220-2019-MTC/27 de fecha 31 de diciembre de 2019, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones convocó al OSIPTEL, el Ministerio de Economía y Finanzas y la Contraloría General de la República, respectivamente, a la primera reunión del proceso de evaluación conjunta de la propuesta de Adenda, llevada a cabo el 07 de enero de 2020.
12. Durante el proceso de evaluación conjunta, se desarrollaron las siguientes actividades:



“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para las mujeres y hombres”

“Año de la Universalización de la Salud”

- El 07.01.20 se realizó la primera reunión de evaluación conjunta entre los representantes del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), OSIPTEL, Contraloría General de la República (CGR), Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) y el Concesionario.
- El 22.01.20 OSIPTEL remitió comentarios preliminares a la Propuesta de Adenda, mediante correo electrónico.
- En fechas 27.01.20 y 05.02.20, el MEF remitió comentarios preliminares a la propuesta de Adenda, mediante correo electrónico.
- El 05.02.20 se remitió información al MEF señalando las razones técnicas de la modificación contractual y remitiendo el análisis preliminar del equilibrio económico – financiero de la Propuesta de Adenda.
- El 06.02.20 se remitió mediante correo electrónico a OSIPTEL, la absolución de las consultas preliminares respecto al Acreedor Permitido del Contrato de Concesión.
- El 14.02.20, se reiteró a la Contraloría General de la República mediante oficio solicitando que remita sus comentarios preliminares en el plazo máximo de 10 días hábiles (28.02.20).
- El 14.02.20, se solicitó al Concesionario la información adicional solicitada por las entidades participantes del Proceso de Evaluación conjunta, por lo que el 13.03.20 el Concesionario respondió la solicitud.
- El 02.04.20 el Ministerio de Transportes y Comunicaciones trasladó a MEF, OSIPTEL y CGR, la información adicional remitida por el Concesionario.

13. Mediante correo electrónico de fecha 08 de mayo de 2020, la Directora



General de Programas y Proyectos en Comunicaciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones convocó a las entidades participantes a la segunda reunión del proceso de evaluación conjunta, la misma que se llevó a cabo el 11 de mayo de 2020 con la participación del Ministerio de Economía y Finanzas y el OSIPTEL, mediante la plataforma de comunicación “Zoom”.

14. En fecha 22.05.20, mediante correo electrónico, el MEF remitió comentarios a la propuesta de Adenda y a la posición del Ministerio de Transportes y Comunicaciones planteada en la segunda reunión del proceso de evaluación conjunta.
15. En ese sentido, resulta necesario evaluar la Propuesta de Adenda presentada por el Concesionario con el objeto de establecer que la terminación del Contrato de Concesión del Proyecto propuesta en la mencionada Adenda no genere perjuicios económicos al Estado y permite salvaguardar los intereses de la administración pública.

## II. OBJETO

16. El objeto del presente informe es realizar la evaluación técnica, económica y legal de la Propuesta de Adenda N° 03 presentada por la Empresa Concesionaria Azteca Comunicaciones Perú S.A.C., la cual a la fecha viene operando el Proyecto “Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica: Cobertura Universal Norte, Cobertura Universal Sur y Cobertura Universal Centro”.
17. Cabe mencionar que la evaluación se realizó acorde al marco del i) Contrato de Concesión suscrito, ii) La normativa sectorial y iii) El Decreto



Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, y su reglamento. Del mismo modo, la evaluación ha considerado los comentarios remitidos por correo electrónico por las entidades participantes del proceso de evaluación conjunta, así como los comentarios vertidos por sus representantes durante las dos reuniones del proceso.

18. Como resultado del análisis realizado, se presenta una contrapropuesta que mitigue todos los riesgos advertidos en el análisis de la propuesta del Concesionario y recoja aquellos extremos de la misma que resultan convenientes para ambas partes.

### III. ANALISIS

19. A fin de salvaguardar los intereses de la administración pública y no generar eventuales perjuicios económicos al Estado, se ha desarrollado el siguiente análisis:

#### A) MARCO LEGAL Y CONTRACTUAL DE LA ADENDA

20. El artículo 14 del Decreto Supremo N° 013-1993-TCC, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, establece que, para la prestación de servicios finales públicos, se requerirá de contrato de concesión.
21. Por su parte, el artículo 40 de la norma antes citada establece que, serán considerados servicios públicos de telecomunicaciones aquellos servicios declarados como tales en el reglamento de la Ley de



Telecomunicaciones, que estén a disposición del público en general y cuya utilización se efectúe a cambio del pago de una contraprestación, siendo que los servicios portadores serán considerados necesariamente públicos.

22. Al respecto, el artículo 31 del Decreto Supremo N°020-2007-MTC, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, establece la definición del servicio portador como el conjunto de medios de transmisión y conmutación que constituyen una red abierta a nivel nacional o internacional que tienen la facultad de proporcionar la capacidad y calidad suficiente para el transporte de señales de telecomunicaciones y para la interconexión de los servicios públicos de telecomunicaciones.
23. Como se mencionó previamente, el 17 de junio de 2014, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y la empresa Azteca Comunicaciones Perú S.A. suscribieron el Contrato de Concesión para el diseño, financiamiento, despliegue, operación y mantenimiento del Proyecto “Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica: Cobertura Universal Norte, Cobertura Universal Sur y Cobertura Universal Centro”. La Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica entró en funcionamiento en setiembre de 2016 brindando el servicio portador, así como las facilidades complementarias asociadas.
24. Respecto a la caducidad de la concesión antes mencionada, el literal b) de la Cláusula 58 del Contrato de Concesión establece que la concesión caducará y, por tanto, dejará de surtir efectos, por acuerdo de las partes celebrado por escrito.
25. Al respecto, el numeral 2 del artículo 136 del Texto Único Ordenado del





Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones establece que la concesión se extingue por acuerdo mutuo de las partes, estableciendo además que la misma opera de pleno derecho, sin perjuicio de su formalización mediante la correspondiente resolución ministerial.

26. En ese sentido, tanto el Contrato de Concesión como el Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones establecen el marco jurídico aplicable a la caducidad de la concesión por acuerdo de las partes, siendo el instrumento idóneo para registrar el acuerdo un acta de acuerdo. En este supuesto, las reglas aplicables a la caducidad de la concesión, una vez celebrado el acuerdo, serían las establecidas en el propio Contrato de Concesión:

- Caducidad automática y devolución de los bienes de la concesión dentro de los 40 días hábiles siguientes, en un único acto (numeral 14.5.1 del contrato).
- Devolución de la Garantía de la Fase de Prestación de Servicio Portador (literal b) del numeral 32.2 del contrato).
- De considerarlo pertinente el Concedente, el Concesionario deberá continuar operando la red para garantizar la continuidad del servicio, por un plazo no menor a 6 meses desde la suscripción de nuevo Contrato de Concesión (numeral 61.2 del contrato).

27. Así, para hacer efectiva la caducidad de la concesión por mutuo acuerdo, las partes deben convenir no solo en la necesidad de caducar la concesión, sino también en las condiciones que regirán tanto en la caducidad como en la reversión de los bienes de la concesión, establecidas en el propio Contrato de Concesión y descritas anteriormente.



28. Al respecto, el Ministerio de Economía y Finanzas en los comentarios remitidos a la propuesta presentada por el Concesionario en este extremo, ha indicado lo siguiente:

*“Sobre el particular, este Ministerio señala que ya el Contrato de Concesión da como válido el supuesto de llevar a cabo la caducidad bajo sus reglas contractuales. Y que, para el caso de Caducidad por acuerdo entre Partes, los habilita a celebrar por escrito la caducidad de la concesión, la cual debe de ser de manera automática y en un acto único. Por tanto, las Partes en el marco de su potestad de ejecución contractual tendrían la facultad – en el marco de la ejecución del contrato – a realizar los actos preparativos por acuerdo entre éstas, a fin de operativizar la Caducidad.<sup>1</sup>”*

*“El procedimiento a seguir para la terminación de mutuo acuerdo es lo acordado por las partes en su acuerdo. La adenda solo debe contener la modificación de las reglas contractuales que se necesitan.»*

*“Sin perjuicio de la no justificación sobre la necesidad de modificar el contrato para lograr una caducidad de mutuo acuerdo, la adenda debería ser solo para modificar el contrato y con ello establecer nuevas reglas contractuales para que MTC y Concesionario caduquen de mutuo acuerdo posteriormente vía un acto de ejecución contractual.<sup>2</sup>”*

---

<sup>1</sup> Comentario realizado mediante correos electrónicos 27.01.20, 05.02.20 y 21.04.20.

<sup>2</sup> Comentario realizado mediante correo electrónico 22.05.20.



29. Así, a decir del Ministerio de Economía y Finanzas, el acuerdo de caducidad de la concesión debería celebrarse entre las partes y por escrito, en el marco de la potestad de ejecución contractual, no encontrándose justificación para la modificación contractual como lo propone la Adenda N° 3. En todo caso, indica que la Adenda N° 3 solo debería estar orientada a modificar el contrato, dejando para después el acuerdo de caducidad.
30. Sin embargo, de acuerdo a la propuesta presentada por el Concesionario y a su propia manifestación, este plantea la celebración del acuerdo de caducidad entre las partes, pero no bajo el marco establecido por el Contrato de Concesión para la caducidad y reversión de los bienes de la concesión, sino bajo un nuevo marco que implica una modificación contractual, motivo por el cual propone la suscripción de la Adenda N° 3 al Contrato de Concesión y no la suscripción de un acta de acuerdo.
31. Así, a decir del texto de la propuesta de Adenda N° 3, esta tiene por objeto (i) acordar la caducidad de la Concesión por acuerdo de las Partes conforme al literal b) de la Cláusula 58 del Contrato de Concesión; y (ii) regular el procedimiento para que opere la misma, específicamente, la reversión de la posesión de los bienes de la concesión al Estado.
32. En ese sentido, respecto a los comentarios realizados por el Ministerio de Economía y Finanzas, se precisa que, sin contar con la aprobación del Concesionario para la suscripción del referido acuerdo, no es posible para este Ministerio optar por la caducidad de la Concesión vía ejecución contractual, tal como lo ha establecido el literal b) de la Cláusula 58 del Contrato de Concesión.



33. Además, del análisis realizado por este Ministerio sobre las disposiciones contractuales aplicables a la caducidad de la concesión por acuerdo de las partes, se advierte que algunas de ellas implican para el Estado asumir riesgos que podrían ser mitigados con la suscripción de una Adenda, tal como se desarrollará en el presente informe.
34. Así, la suscripción de una Adenda permitiría, por ejemplo, ampliar el plazo para efectuar la verificación de los bienes de la concesión que serán revertidos al Estado, suspender los efectos del acuerdo de caducidad hasta la suscripción del Acta de Entrega Final de modo tal que se garantice la operación de la Red Dorsal durante el proceso de reversión de los bienes, así como ampliar la vigencia de la Garantía de la Fase de Prestación de Servicios durante el proceso de reversión, establecer la sustitución de dicha garantía por otra que cobertura los resultados del Caso Arbitral No. 1045-107-16, entre otros.

Sobre el acuerdo de caducidad y modificación contractual en un único acto

35. Sobre la posibilidad de celebrar la caducidad de la Concesión y al mismo tiempo realizar una modificación contractual de las disposiciones aplicables a la caducidad y reversión de los bienes de la Concesión, este Ministerio considera posible que ambos acuerdos sean celebrados en un mismo acto, a través de la suscripción de una Adenda al Contrato de Concesión.
36. Al respecto, el numeral 55.1 del artículo 55 del Decreto Legislativo 1362, Decreto Legislativo que regula la promoción de la inversión privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos,



establece que las modificaciones contractuales se efectúan de común acuerdo entre el Estado y el inversionista; es decir, una adenda al igual que un acta de acuerdo contiene un acuerdo entre las partes, en específico, un acuerdo para modificar disposiciones contractuales. En tal sentido, la suscripción de una adenda al contrato de concesión, cumple con el requisito de ser un acuerdo de las partes celebrado por escrito establecido por el Contrato de Concesión para celebrar la caducidad.

37. Así, una adenda además de ser el instrumento por el cual se modifica un Contrato de Concesión, en nuestro caso las disposiciones relativas a la caducidad y reversión de los bienes, puede al mismo tiempo, ser el instrumento que contenga el acuerdo de caducidad al que se refiere el numeral 2 de la Cláusula 58 del Contrato de Concesión, dado que, más allá del documento que lo contenga, el Contrato de Concesión únicamente exige que las partes celebren un acuerdo por escrito para dar por caducada la concesión.
  
38. En ese sentido, es viable que la adenda al Contrato de Concesión propuesta por el Concesionario, al mismo tiempo que modifique el marco aplicable a la caducidad de la concesión y reversión de los bienes, contenga el acuerdo de caducidad de la concesión. Cabe precisar que la afirmación antes realizada únicamente corresponde a los aspectos de forma del acuerdo, por lo que no implica en modo alguno que este Ministerio se encuentre de acuerdo con el contenido de la propuesta de modificación, tal como se desarrollará más adelante.

#### Sobre la validez y efectos del acuerdo

39. Además del instrumento jurídico que contiene el acuerdo de caducidad y modificación contractual, otro aspecto que se debe tener en cuenta para



determinar la viabilidad jurídica de suscribir una Adenda, es la concordancia de la propuesta con lo establecido en el artículo 136 del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, en relación a la oportunidad en que se producen los efectos jurídicos del acuerdo de caducidad.

40. Como se mencionó previamente, el artículo 136 del Decreto Supremo N° 020-2007-MTC, Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, establece que la extinción de la concesión opera de pleno derecho, sin perjuicio de su formalización mediante la correspondiente resolución ministerial.
41. Por su parte, la propuesta de Adenda pretende adicionar un segundo párrafo al numeral 61.2 de la Cláusula 61 del Contrato de Concesión, el cual establece que, en caso las partes hayan acordado la caducidad de la concesión en aplicación de lo establecido en el literal b) de la Cláusula 58 del mismo contrato, es decir, por acuerdo de partes, la caducidad operará de pleno derecho y de manera automática no con la suscripción de dicho acuerdo, sino con la suscripción del Acta de Entrega Final.
42. Es decir, la propuesta del Concesionario establece dos momentos distintos, uno de ellos en el cual se produce el acuerdo de caducidad (suscripción de la Adenda) y otro en el cual se producen sus efectos (suscripción del Acta de Entrega Final), con lo cual los efectos jurídicos del acuerdo de caducidad se producirán después de la reversión de la posesión de los bienes de la concesión del Concesionario al Concedente.
43. Al respecto, el OSIPTEL en sus comentarios a la propuesta de Adenda N° 3, recomendó evaluar la concordancia del numeral 61.2 de la propuesta



de Adenda, con lo establecido en el artículo 136 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, tal como se advierte a continuación:

*"Se advierte cierta contradicción en lo señalado en el numeral 61.1 y el numeral 61.2 de la Cláusula 61 de la propuesta de Adenda.*

*Acorde a lo establecido en el artículo 136 del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones (D.S. N° 020-2007-MTC), la concesión se extingue por acuerdo mutuo de las partes, en cuyo caso se señala que la extinción de la concesión opera de pleno derecho, sin perjuicio de su formalización mediante la correspondiente resolución ministerial*

*Al respecto, cabe resaltar que la operatividad de pleno derecho de la extinción, se produce en virtud al acuerdo de partes sin ninguna otra clase de conformidad adicional.*

*Concordante con dicho marco normativo, se evidencia que en la cláusula 58 del Contrato de Concesión, se prevé como una causal de caducidad, el acuerdo de partes celebrado por escrito, estableciéndose además en la cláusula 61.1 que la caducidad de la concesión opera de pleno derecho.*

*Ahora bien, de la lectura de la propuesta de modificación se advierte que se pretende adicionar un segundo párrafo al numeral 61.2 de la Cláusula 61 del Contrato de Concesión, por el cual se establecería que en caso las partes hayan acordado la caducidad de la concesión en aplicación de lo establecido en el literal b) de la Cláusula 58 del mismo contrato, es decir, por acuerdo de partes, la*



“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para las mujeres y hombres”

“Año de la Universalización de la Salud”

*caducidad operará de pleno derecho y de manera automática no con dicho acuerdo, sino con la suscripción del Acta de Entrega Final.*

*En este sentido, se recomienda evaluar la concordancia de la propuesta de modificación del Contrato de Concesión con lo establecido en el artículo 136 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones.<sup>3</sup>”*

44. Así, a decir del organismo regulador de las telecomunicaciones, podría existir una contradicción entre lo establecido en el artículo 136 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones y la propuesta de Adenda presentada por el Concesionario, específicamente el numeral 61.2 de la Cláusula 61.
45. Al respecto, este Ministerio realizó la evaluación y considera posible que las partes, en el marco de su autonomía de voluntad, pacten que los efectos jurídicos del acuerdo de caducidad se produzcan con la suscripción del Acta de Entrega Final, siempre que dicho acuerdo no contravenga disposiciones específicas que sobre la materia establezcan las normas sectoriales.
46. Así, cuando el Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones establece que la caducidad de la concesión opera de pleno derecho, sin perjuicio de su formalización mediante resolución ministerial, se refiere a que el acuerdo es perfectamente válido incluso antes que se emita la resolución ministerial correspondiente, por lo que su validez no se encuentra supeditada a una declaración posterior por parte del

---

<sup>3</sup> Comentario realizado mediante correo electrónico del 22.01.20.





Concedente.

47. Lo antes indicado no debe ser interpretado como una limitante para que las partes acuerden, como parte de la ejecución del proceso de caducidad, supuestos específicos no regulados por las normas sectoriales, como, por ejemplo, la oportunidad de la devolución de la garantía, las pruebas de operatividad aplicables para determinar el estado de conservación de los bienes, entre otros aspectos que se encuentren relacionados a la caducidad declarada.
48. En esa misma línea, las partes también pueden acordar suspender los efectos jurídicos del acuerdo de caducidad, hasta que se produzca la reversión de la posesión de los bienes de la Concesión con la suscripción del Acta de Entrega Final, sin que ello perjudique la validez del acuerdo mismo y sin requerir de la declaración posterior del Concedente, como lo establece el artículo 136 del reglamento.
49. Así, de acuerdo al artículo 178 del Código Civil, cuando el plazo es suspendido, el acto jurídico no surte efectos mientras se encuentre pendiente, en este caso, el acto que desencadena los efectos jurídicos de la caducidad es la suscripción del Acta de Entrega Final.
50. Sin perjuicio de lo indicado previamente, creemos que la redacción del numeral 61.2 de la Cláusula 61 del Contrato de Concesión propuesta por el Concesionario, podría mejorarse, de modo tal que se esclarezca que el acuerdo de caducidad es válido desde su suscripción, pero con efectos suspendidos hasta la suscripción del Acta de Entrega Final, tal como lo planteamos en nuestra contrapropuesta adjunta al presente informe.



51. Es preciso enfatizar en la necesidad de que las obligaciones y derechos contractuales del Concesionario, dentro de los cuales se incluye la vigencia de la Garantía de la Fase de la Prestación de Servicio Portador y la operación de la Red Dorsal, se mantengan vigentes hasta la suscripción del Acta de Entrega Final de los bienes de la concesión y no solamente hasta la suscripción de la Adenda N° 3.
52. El sustento de lo antes indicado se encuentra en que, de acuerdo a nuestra contrapropuesta, hasta la suscripción de la referida acta, el Concesionario mantiene la posesión de los bienes de la concesión, sin los cuales no es posible el funcionamiento de la Red Dorsal. Del mismo modo ocurre con la garantía, en tanto es necesario que su vigencia se extienda hasta culminado el proceso de reversión de los bienes de la concesión, ya que de este modo garantizaría también a los mismos, e incluso durante todo el Caso Arbitral No. 1045-107-16.
53. Atendiendo a lo indicado, no solamente es posible, con la suscripción de la Adenda, suspender los efectos del acuerdo de caducidad hasta la suscripción del Acta de Entrega Final, sino que, además, dicha suspensión posee ventajas para el Estado que no se presentarían bajo el marco contractual vigente.

## **B) SOBRE EL RÉGIMEN DE OBSERVACIONES MAYORES Y MENORES**

### **Observaciones mayores y menores restringidas a un listado**

54. La Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, es una infraestructura de telecomunicaciones que brinda servicios de transporte a operadores de telecomunicaciones, con una cobertura a nivel nacional, conformada



principalmente por 322 Nodos Ópticos, 13,500 Km de Fibra Óptica (soportada en Postes propios e infraestructura de empresas eléctricas), dos Centros de Datos, un Centro de Operaciones de Red (NOC), entre otros.

55. La ingeniería de detalle de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica elaborada por el Concesionario y aprobada por el Concedente, contienen información referida al diseño, despliegue, operación y mantenimiento de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, para lograr la cobertura, alcance y niveles de servicio.
56. En base a ello, los Nodos Ópticos están implementados con lo siguiente:
  - Equipamiento de comunicaciones (routers, switches, etc.)
  - Equipamiento Óptico (Equipos DWDM, amplificadores ópticos, etc)
  - Equipamiento de energía (Grupos Electrónicos, Baterías, etc.)
  - Equipamiento de seguridad y videovigilancia (Cámaras PTZ, Sensores, etc)
  - Equipamiento de Climatización (Humificadores, Aires Acondicionados, etc.)
  - Aspectos civiles (Pisos, estructuras metálicas, etc)
  - Sistema de puesta a tierra (Pozos a tierra, barras de aterramiento, etc.)
57. Asimismo, el tendido de Fibra Óptica o Planta Externa de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, está distribuida en todo el país y tiene elementos, además de la Fibra Óptica y Postes, como Rollos de Reserva, Cajas de Empalme, Ferretería, entre otros.
58. Como se puede observar, la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica se caracteriza por sus grandes dimensiones y, por ende, por presentar gran complejidad en lo referente al diseño y al despliegue de fibra óptica,



haciendo uso de recursos humanos y logísticos necesarios para ejecutar labores de mantenimiento y operación en diferentes terrenos y zonas del país (cada una de las cuales refleja características propias en cuanto a factores climáticos, altitudinales, geográficos, entre otros).

59. A pesar de la complejidad de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, las Pruebas de Operatividad efectuadas durante la etapa de despliegue permitieron evidenciar el funcionamiento, operatividad e integración de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica. Asimismo, se plantearon observaciones mayores y menores de acuerdo a las definiciones del Contrato de Concesión, cuyas constataciones eran efectuadas por el Concedente sobre aquellas situaciones imputables al Concesionario, y no fue necesario un listado de observaciones para verificar el funcionamiento, operatividad e integración de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica.
60. Sobre este punto, el régimen de observaciones mayores y menores aplicables a la fase de despliegue de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica establece que la suscripción del acta de conformidad para el inicio de operaciones se realizó sin la existencia de observaciones mayores, o cuando estas habían sido subsanadas. La consecuencia que el Contrato de Concesión establece para la no subsanación en los plazos previstos es la aplicación de penalidades por día de retraso, como incentivo al pronto cumplimiento de la obligación.
61. En el caso de las observaciones menores, el Contrato de Concesión vigente establece que, si bien éstas no impiden la suscripción del acta del inicio de operaciones, la subsanación de las mismas estaba sujeta también a un plazo que, de no cumplirse, era castigado con la aplicación



de penalidades por día de retraso.

62. Con relación a las controversias que surgían sobre las observaciones mayores y menores advertidas por el Concedente durante la fase de despliegue, las partes, como en cualquier otra controversia, estaban habilitados a iniciar los procesos arbitrales que consideraban convenientes, de acuerdo a lo establecido en la Sección XV del Contrato de Concesión.
63. Como se advierte, el propio Contrato de Concesión ya contempla un régimen de observaciones mayores y menores que, si bien es aplicable a la etapa de despliegue del proyecto, se asemeja y podría replicarse a la reversión de los bienes, en tanto tiene por objeto determinar la operatividad de los bienes de la concesión en tanto contempla también un protocolo de pruebas.
64. Este régimen de observaciones mayores y menores, a diferencia del régimen propuesto por el Concesionario para la reversión de los bienes, si contempla incentivos suficientes a la oportuna subsanación de las observaciones (no suscripción del acta de inicio, aplicación de penalidades por día de retraso y posibilidad de iniciar procesos arbitrales), otorgando al Concedente las herramientas necesarias para procurar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el Contrato de Concesión.
65. Al respecto, el Ministerio de Economía y Finanzas ha señalado el siguiente comentario:

*“Al respecto, se advierte a MTC la existencia del riesgo de*



“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para las mujeres y hombres”

“Año de la Universalización de la Salud”

*disponibilidad de la infraestructura de la RDNFO revertida al Estado en los términos contractualmente previstos, en el sentido que el Concedente estaría aceptando bienes que aún contienen observaciones y bienes que aún no han pasado por el procedimiento respectivo para su reversión al Estado.”*

*“... respecto a las observaciones menores el proyecto de adenda indica que éstas no son limitantes para realizar la reversión de los bienes de la concesión al Estado. Sobre el particular, se advierte riesgo de no disponibilidad de la infraestructura revertida al Estado en los términos establecidos en el Contrato de Concesión.”*

*“No se mitiga el riesgo de entregar en estado defectuoso equipos en los cuales se hayan hecho observaciones de cualquier tipo.”<sup>4</sup>*

66. En esa misma línea, el OSIPTEL ha señalado los siguientes comentarios:

*“Se considera que no se debería dar la entrega final si no se subsanan todas las observaciones menores.”*

*“... no se deberían recibir nodos que contengan observaciones pendientes de subsanar sean menores o mayores, y sobre todo aquellas referidas al funcionamiento de los equipos de la RDNFO, que tengan impacto directo en la prestación del servicio público y/o facilidades complementarias.”<sup>5</sup>*

67. Al respecto; el numeral 2.89 de la Adenda propuesta por el

---

<sup>4</sup> Comentario realizado mediante correo electrónico del 22.05.20.

<sup>5</sup> Comentario realizado mediante correo electrónico del 22.01.20.



Concesionario, establece lo siguiente:

*“2.89 Las Partes acuerdan que el Concedente, durante la entrega de los Bienes de la Concesión y hasta la caducidad de la Concesión, únicamente podrá plantear Observaciones Menores del Cronograma de Entrega de los Bienes de la Concesión y Observaciones Mayores del Cronograma de Entrega de los Bienes de la Concesión; cuya definición y listado taxativo se describe en las Cláusulas 2.90 y 2.91 siguientes.”*  
*(Subrayado nuestro)*

68. Se observa que las observaciones menores que podría plantear el Concedente de acuerdo a la propuesta de Adenda del Concesionario es taxativo y se restringirá a sólo un listado de 10 observaciones menores, tal como lo detalla el numeral 2.90.1, citado a continuación:

*“2.90.1 Las Observaciones Menores del Cronograma de Entrega de los Bienes de la Concesión que pueden ser planteadas por el Concedente durante la entrega de Nodos son: (i) El nodo no cuenta con piso antiestático, salvo para aquellos nodos que, de acuerdo a su diseño original, no cuentan con sala técnica .; (ii) Los cables de fibra óptica, UTP y/o de energía de los equipos que alberga el nodo no cuentan con un etiquetado que permita la identificación respectiva; (iii) Las luminarias del nodo (fluorescentes, luces de emergencia, alumbrado pastoral, etc.) no encienden; (iv) Al menos un extintor del nodo está vencido; (v) Falta de canaleta tipo U a la subida del cable de fibra óptica al poste.; (vi) Goteo de agua cae por el techo del Nodo; (vii) Durante la realización del Inventario de los Bienes de la Concesión, al menos un bien no se encuentra en el Nodo respecto a lo declarado; (viii) Los resultados de las pruebas del sistema DWDM no cumplen con al menos un criterio de*



*aceptación; (ix) Los resultados de las pruebas de verificación de la red IP/MPLS no cumplen con al menos un criterio de aceptación; y (x) El cable de fibra óptica no se encuentra sujetado a la infraestructura de soporte con el herraje adecuado.”*

69. En esa misma línea, respecto a las observaciones mayores, el Concedente sólo podría plantear 5 observaciones mayores en cuanto a los nodos y 9 observaciones mayores adicionales cuando se trate de los nodos Huachipa y Trujillo, tal como se detalla en los siguientes numerales:

*“2.91.1 Las Observaciones Mayores del Cronograma de Entrega de los Bienes de la Concesión que pueden ser planteadas por el Concedente durante la entrega de Nodos son: (i) Los resultados de las pruebas de potencia de los módulos de los equipos IP/DWDM no cumplen con al menos un criterio de aceptación; (ii) No es posible ingresar al nodo por cualquier circunstancia; (iii) Los resultados de las pruebas de SPAT no cumplen con al menos un criterio de aceptación; (iv) El sistema de rectificadores no funciona; y (v) Ante corte de energía eléctrica comercial, no hay pase a banco de baterías. “*

*“2.91.2 Las Observaciones Mayores del Cronograma de Entrega de los Bienes de la Concesión que pueden ser planteadas por el Concedente durante la entrega del Nodo NOC Huachipa y el NOC Trujillo, adicionales a las referidas en la cláusula 2.91.1 del Contrato de Concesión, son: (i) Falta de funcionamiento total del videowall; (ii) Sistema Netboss inoperativo (alarmas de red); (iii) Supercluster inoperativo (soporte de sistemas) en el NOC Huachipa; (iv) Sistema SAM inoperativo (gestión de equipos de red); (v) Sistema ZTE inoperativo (gestión de sistema de*





*seguridad física); (vi) Sistema UIM inoperativo (inventario); (vii) Sistema Remedy (gestión de cambios e incidentes) inoperativo; (viii) Credenciales de usuarios que no permitan acceso a aplicaciones SAM, Remedy y/o UIM; (ix) Imposibilidad de conmutación de los sistemas Netboss y/o SAM y/o ZTE, en los tiempos definidos en el numeral 11.4.1 del Anexo 12.”*

70. De lo mencionado en los párrafos precedentes, se puede advertir que a excepción de los nodos Huachipa y Trujillo, los demás nodos sólo podrían comprender un listado de 15 observaciones, de las cuales 10 son menores y 5 mayores.
71. Para el caso de los nodos Huachipa y Trujillo, el Concedente sólo podría plantear un listado de 24 observaciones, de las cuales 10 corresponden a observaciones menores y 14 corresponderían a observaciones mayores.
72. Por lo tanto, teniendo en cuenta la complejidad de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica resulta restrictivo, establecer un listado de observaciones mayores y menores, con un nivel bajo de predictibilidad, representa un alto riesgo para el Estado, ya que no comprende todos los aspectos que forman parte de la implementación de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, razón por la cual no es posible aceptar la propuesta planteada por el Concesionario. Ello en el entendido que existan situaciones no favorables a las pruebas de operatividad, estas no podrán ser reflejadas en las actas correspondientes, puesto que las observaciones mayores y menores ya están definidas y no admitiría situaciones u observaciones ajenas al listado.
73. Con la finalidad de mitigar los riesgos advertidos, la contrapropuesta de Adenda N° 3 que ha elaborado este Ministerio establece que las



Observaciones Menores y Observaciones Mayores que el Concesionario podría plantear durante la verificación de los Bienes de la Concesión; tendrán en cuenta las definiciones establecidas en las Cláusulas 2.51 y 2.52 del Contrato de Concesión, considerando el estado de conservación y operatividad de los Bienes de la Concesión y el desgaste normal generado por el uso de dichos bienes.

**Subsistencia de Observaciones mayores y menores luego de la caducidad**

74. Dada la complejidad de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica y los diferentes sistemas que comprende la implementación de la misma, la Adenda N° 3 propuesta por el Concesionario abre la posibilidad que luego de la suscripción del Acta de Entrega Final existirían aun observaciones mayores y/o menores sin subsanar y estas podrían ser materia de un proceso arbitral posterior, tal y como lo detalla el numeral 65.3 propuesto por el Concesionario:

*“65.3 Si en el marco de la ejecución del Cronograma de Entrega de los Bienes de la Concesión y una vez culminado el plazo señalado en el segundo párrafo de la Cláusula 74.2.5 del Contrato de Concesión subsisten (i) Observaciones Menores del Cronograma de Entrega de los Bienes de la Concesión; (ii) Observaciones Mayores del Cronograma de Entrega de los Bienes de la Concesión (...); las Partes convienen en acordar que cada Parte (a) deberá dejar constancia de ello en el Acta de Entrega Final, y (b) tendrá la facultad de entablar, de manera posterior a la suscripción de la referida Acta de Entrega Final, un (1) único proceso arbitral para solucionar las controversias que sean identificadas y señaladas, con carácter taxativo en el Acta de Entrega Final (...).” (Subrayado nuestro)*

75. Al respecto, la propuesta de Adenda permite que las observaciones



mayores y menores planteadas por el Concedente puedan subsistir luego del plazo señalado en la Cláusula 74.2.5, es decir; luego del 31 de diciembre de 2020, las mismas que serían materia de un único proceso arbitral.

76. El numeral 65.3 también hace mención de aspectos del proceso arbitral que eventualmente podría entablarse, tal como se detalla a continuación:

*“65.3 (...) De conformidad con lo antes señalado, las Partes acuerdan que las pretensiones a plantear al momento de (i) iniciar un eventual proceso arbitral, cumplido el procedimiento contemplado en el párrafo precedente, y/o (ii) reconvenir en caso se trate de un proceso arbitral iniciado por su contraparte; deberán ser formuladas de forma tal que busquen de manera exclusiva y excluyente un resarcimiento de carácter dinerario (obligación de dar suma de dinero) y que dichas pretensiones estarán limitadas al resarcimiento de los costos directamente imputables a (i) la subsanación de Observaciones Menores del Cronograma de Entrega de los Bienes de la Concesión; (ii) la subsanación de Observaciones Mayores del Cronograma de Entrega de los Bienes de la Concesión; y/o (iii) las afectaciones directamente sufridas a partir del incumplimiento imputado a la contraparte.” (Subrayado nuestro)*

77. De ahí que, las observaciones mayores y menores pendientes ya no serán objeto de una subsanación por parte del Concesionario, sino que, el resarcimiento por las observaciones mayores y/o menores pendientes sólo será de carácter dinerario, es decir; el Concesionario sólo podría asumir costos directamente imputables a la subsanación de observaciones mayores y menores, y no se ejecutaría la subsanación como tal. Debido a que el riesgo de operación de los Bienes de la concesión se estaría trasladando en su totalidad al Concedente y con ello



las acciones pertinentes para resarcir algún tipo de daño ocasionado por no levantar las observaciones mayores y/o menores.

78. Ello conllevaría a que el Concedente deba realizar las acciones necesarias a fin de mantener la operatividad de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica para el cumplimiento de los objetivos de los niveles de servicio SLA, calidad de servicio y buen estado de conservación de los bienes que la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica a través del Contrato de Concesión exige.
79. Al respecto, este Ministerio considera que el régimen de observaciones mayores y menores establecido en la propuesta de Adenda presentada por el Concesionario no contiene incentivos suficientes para que este subsane oportunamente las observaciones que pudiera detectar el Concedente como resultado de las pruebas de operatividad, trasladando riesgos de disponibilidad al Estado.
80. En línea con el diseño del Contrato de Concesión, y la naturaleza misma de una red de transporte como la Red Dorsal, tanto el protocolo de pruebas de operatividad, como el régimen de observaciones mayores y menores aplicables al proceso de reversión de los bienes de la concesión, deberían contener disposiciones que permitan mitigar cualquier riesgo de disponibilidad de los mismos para el Estado y no las tiene.
81. Dicho de otra manera, existe el riesgo de disponibilidad de la infraestructura de la RDNFO, toda vez que el Concesionario podría no llegar a subsanar todas las observaciones mayores y menores, conllevando a que el Ministerio asuma los costos y riesgos inherentes a la subsanación de las observaciones mayores y menores no subsanadas.



82. Del mismo modo, la propuesta del Concesionario es contraria a lo establecido en el numeral 14.5.1 del Contrato de Concesión y al numeral 6.2 del Acta de Reversión de la Posesión de los Bienes de la Concesión, toda vez que existe Bienes que podrían encontrarse afectados a algún tipo de restricción debido a las observaciones mayores y/o menores.
83. Al respecto, el Ministerio de Economía y Finanzas, como parte de los comentarios remitidos a la propuesta de Adenda N° 3, advirtió la existencia del riesgo de disponibilidad de la infraestructura de la Red Dorsal revertida al Estado, en el sentido que el Concedente estaría aceptando bienes que aún contienen observaciones y bienes que aún no han pasado por el procedimiento respectivo para su reversión al Estado.
84. Por su parte, el OSIPTEL manifestó que, en aras de garantizar la continuidad del servicio que brinda la Red Dorsal a los usuarios, no se deberían recibir nodos que contengan observaciones pendientes de subsanar sean menores o mayores, y sobre todo aquellas referidas al funcionamiento de los equipos de la Red Dorsal, que tengan impacto directo en la prestación del servicio público y/o facilidades complementarias.
85. Del mismo modo, OSIPTEL manifestó que la opción de ejecutar mecanismos de solución de conflictos puede implicar que se retrase el levantamiento de las observaciones y se afecte las condiciones de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica para la prestación del servicio. Además, OSIPTEL consideró contradictorio que el propio Concesionario proponga que, en caso no hubiese logrado subsanar una o más de las Observaciones Mayores, cualquiera de las Partes se encuentre facultado



a activar el mecanismo de solución de controversias al que hace referencia el numeral 65.3 de la Cláusula 65 del Contrato de Concesión.

86. En ese sentido, considerando la opinión de las entidades de la administración pública, este Ministerio concluye que no es posible aceptar el régimen de observaciones mayores y menores propuesto por el Concesionario, aplicable al protocolo de pruebas de operatividad en la etapa de reversión de los bienes de la concesión, razón por la cual la contrapropuesta planteada opta por remitirse a las definiciones de Observaciones Mayores y Observaciones Menores establecidas en el Contrato de Concesión para fase de despliegue de la Red Dorsal.

**Bienes de la Concesión con observaciones menores**

87. El numeral 14.5.1 del Contrato de Concesión establece que, una vez producida la caducidad por cualquier causa, el Concesionario tiene la obligación de devolver al Concedente todos los Bienes de la Concesión, los mismos que deberán estar en buen estado de conservación salvo por el desgaste normal por el uso de dichos bienes.
88. Por otra parte, según el Contrato de Concesión vigente, una vez producida la caducidad se deberá suscribir el Acta de Reversión de la Posesión de los Bienes de la Concesión, cuyo numeral 6.2 establece que los Bienes de la Concesión no se deben encontrar afectos a ningún tipo de restricción.
89. Como se puede observar, el Contrato de Concesión establece que los Bienes de la Concesión no deben quedar afectos a ninguna restricción y



deberán estar en buen estado de conservación, a excepción del desgaste normal por el uso de dichos bienes.

90. Sin embargo, los numerales 2.85 y 74.2.5 de la Adenda propuesta, establecen que, sin importar en qué estado de avance se encuentren las Actas de Entrega de los Bienes de la Concesión, la suscripción del Acta de Entrega Final es posible, es decir; prevalece la suscripción del Acta de Entrega Final sobre las Actas de Entrega de los Bienes de la Concesión.
91. De igual modo, los numerales 2.90 y 74.2.6.1 de la propuesta de Adenda, establecen que la suscripción del Acta de Entrega de Bienes de la Concesión no se ve impedida por la existencia de observaciones menores, tal y como se detalla a continuación:

*“2.90 Las Observaciones Menores del Cronograma de Entrega de los Bienes de la Concesión son aquellas observaciones que no impiden la suscripción de las Actas de Entrega de Bienes de la Concesión (...)”  
(Subrayado nuestro)*

*“74.2.6.1 El Concedente podrá plantear Observaciones Menores del Cronograma de Entrega de los Bienes de la Concesión, bajo los términos definidos en la Cláusula 2.90 del Contrato de Concesión y en la medida que se trate de aspectos materia de evaluación según lo señalado en el Protocolo de Pruebas de Operatividad de los Bienes de la Concesión y que se encuentren listados en la mencionada definición contractual. La existencia de tales observaciones no impedirá que se suscriban las respectivas Actas de Entrega de Bienes de la Concesión (...)” (Subrayado nuestro)*

92. Considerando que, la existencia de observaciones menores no impide la suscripción del Acta de Entrega de Bienes de la Concesión, es posible



que el Concedente tome posesión contractual<sup>6</sup> de Bienes de la Concesión con observaciones menores que podrían poner en riesgo la operatividad de la RDNFO, operatividad que no será asumida por el Concesionario una vez suscrita el Acta de Entrega Final, siendo el Concedente o el tercero que este designe quien deberá asumir la responsabilidad sobre la operación y mantenimiento de Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, así como la prestación del Servicio Portador y/o de las Facilidades Complementarias.

93. Por consiguiente, la propuesta del Concesionario es contraria a lo establecido en el numeral 14.5.1 del Contrato de Concesión y al numeral 6.2 del Acta de Reversión de la Posesión de los Bienes de la Concesión, toda vez que existe la posibilidad que el Concedente pueda tomar posesión de Bienes de la Concesión no sólo con un desgaste normal por el uso, sino también con observaciones menores, hecho que generaría un mayor riesgo de operatividad, disponibilidad y funcionalidad de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, ya que dichos Bienes de la Concesión podrían encontrarse afectados a algún tipo de restricción que, sin importar su naturaleza, pueda limitar el dominio del Ministerio de Transportes y Comunicaciones sobre los mismos.

### **Suscripción indefectible del Acta de Entrega Final**

94. El numeral 14.5.1 del Contrato de Concesión establecen que, los Bienes de la Concesión devueltos al Concedente deberán estar en buen estado de conservación salvo por el desgaste normal por el uso de dichos bienes. Asimismo, el numeral 6.2 del Acta de Reversión de la Posesión de los Bienes de la Concesión establece que dichos bienes no se deben

---

<sup>6</sup> De acuerdo al numeral 74.1.5.1 desde el momento de la suscripción del Acta de Entrega de Bienes de la Concesión, el Concedente toma posesión contractual de los Bienes de la Concesión.





encontrar afectos a ningún tipo de restricción.

95. Sin embargo, los numerales 2.85 y 74.2.5 de la Adenda propuesta por parte del Concesionario, establecen lo siguiente:

*“2.85 (...) De lo contrario, el Acta de Entrega Final se suscribe indefectiblemente, entre el Concedente y el Concesionario, en la fecha señalada en el primer párrafo de la Cláusula 74.2.5; esto es, el 31 de diciembre de 2020, sin importar en qué estado de avance se encuentren las Actas de Entrega de Bienes de la Concesión y/o el estado de subsanación de Observaciones Menores del Cronograma de Entrega de los Bienes de la Concesión.” (Subrayado nuestro)*

*“74.2.5 (...) De lo contrario, el Acta de Entrega Final se suscribe indefectiblemente, entre el Concedente y el Concesionario, a más tardar el 31 de diciembre de 2020; esto, incluyendo el plazo adicional señalado en el segundo párrafo de la presente Cláusula 74.2.5, sin importar en qué estado de avance se encuentren las Actas de Entrega de Bienes de la Concesión y/o el estado de subsanación de Observaciones Menores del Cronograma de Entrega de los Bienes de la Concesión.” (Subrayado nuestro)*

96. Asimismo, el Ministerio de Economía y Finanzas ha señalado el siguiente comentario:

*“Al respecto, se advierte a MTC la existencia del riesgo de disponibilidad de la infraestructura de la RDNFO revertida al Estado en los términos contractualmente previstos, en el sentido que el Concedente estaría aceptando bienes que aún contienen observaciones y bienes que aún no han pasado por el*



*procedimiento respectivo para su reversión al Estado.”<sup>7</sup>*

97. En esa misma línea, el OSIPTEL ha señalado los siguientes comentarios:

*“Se considera que no se debería dar la entrega final si no se subsanan todas las observaciones menores.”*

*“... no se deberían recibir nodos que contengan observaciones pendientes de subsanar sean menores o mayores, y sobre todo aquellas referidas al funcionamiento de los equipos de la RDNFO, que tengan impacto directo en la prestación del servicio público y/o facilidades complementarias.”<sup>8</sup>*

98. De lo anterior, se observa que la propuesta del Concesionario es la suscripción indefectible del Acta de Entrega Final, sin importar el estado de avance de la subsanación de observaciones menores o del estado de avance de Actas de Entrega de Bienes de la Concesión, lo cual podría ocasionar un perjuicio a los Bienes de la Concesión y afectar seriamente la continuidad de la Prestación del Servicio Portador y/o Facilidades Complementarias.

99. Cabe señalar que, la suscripción del Acta de Entrega Final, librará al Concesionario de responsabilidad sobre la operación y mantenimiento de la RDNFO, transfiriendo dicha responsabilidad al Concedente quien deberá asumir costos directamente imputables a la subsanación de observaciones mayores y menores.

---

<sup>7</sup> Comentario realizado mediante correo electrónico del 22.05.20.

<sup>8</sup> Comentario realizado mediante correo electrónico del 22.01.20.



100. Es por ello que, respecto a la propuesta de la suscripción indefectible del Acta de Entrega Final, aun existiendo observaciones por subsanar, dicha propuesta genera un riesgo alto de recibir los bienes de la concesión con observaciones, razón por la cual no es posible aceptarla.
101. Por consiguiente, la contrapropuesta remitida por este Ministerio establece que, con el fin de reducir el riesgo advertido y luego de analizar y evaluar los comentarios del MEF y el OSIPTEL, el Acta de Entrega Final solamente se debe suscribir cuando se haya verificado que no existe ningún tipo de observaciones en: i) las trescientas veinte (320) Actas de Verificación de Nodos, ii) el Acta de verificación del Nodo NOC Trujillo, iii) el Acta de Verificación del Nodo NOC Huachipa y iv) las Actas de Verificación de Planta Externa correspondientes.

**Quantificación del número de observaciones considerando los nodos de la RDNFO.**

102. La propuesta del Concesionario de suscribir indefectiblemente el Acta de Entrega Final, sin importar el estado de avance de la subsanación de observaciones mayores y menores, ocasionaría que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y/o la entidad encargada de operar la RDNFO, tenga que subsanar un volumen considerable de observaciones para lograr la continuidad y operatividad de los servicios.
103. Al respecto, para poder determinar el mencionado volumen de observaciones a subsanar, se ha tomado como referencia las entregas de los nodos que realizó el Concesionario para lograr el Inicio de Operaciones de la RDNFO, debido a que se considera como supuesto que es un proceso similar al proceso de reversión (entrega de bienes al Concedente). Cabe señalar, que el Concesionario realizó 06 entregas

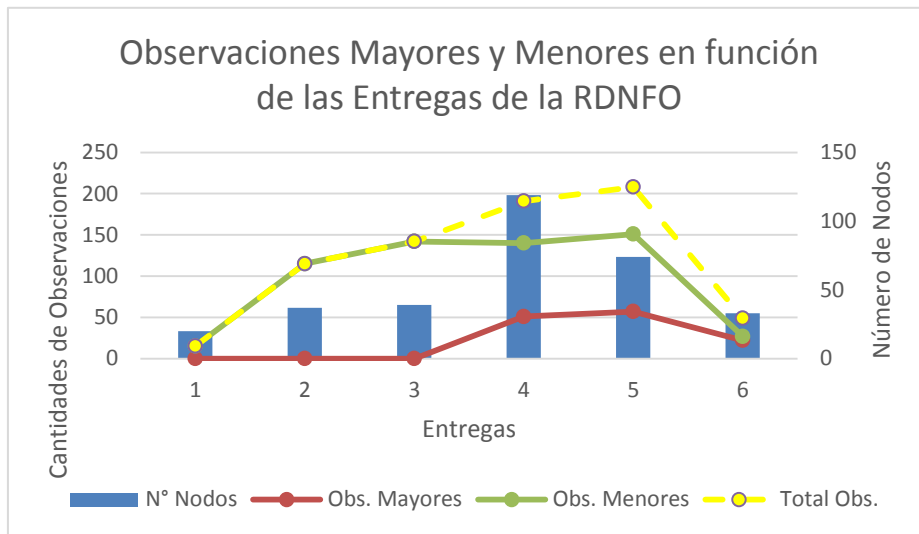
"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para las mujeres y hombres"

"Año de la Universalización de la Salud"

durante un plazo aproximado de 02 años para lograr la operatividad de toda la infraestructura de la RDNFO (322 nodos y 13500 km asociados a los nodos).

104. De acuerdo al gráfico N° 01, se puede observar el número de nodos que tuvo cada entrega para lograr la operatividad de la RDNFO, asimismo, se observa la cantidad de observaciones mayores, observaciones menores y observaciones totales que tuvo cada entrega<sup>9</sup>. Con la información antes señalada, se infiere que existe una proporción directa entre los nodos y el número de observaciones, es decir a mayor número de nodos entregados habrá un mayor número de observaciones por subsanar.

**Gráfico N° 01: Observaciones, Nodos y Entregas de la RDNFO**



Fuente: Elaboración propia.

105. Asimismo, en el cuadro ° 01 se puede observar que la RDNFO tuvo un

<sup>9</sup> Cabe señalar que las observaciones fueron subsanadas por el Concesionario debido a que este último tenía los incentivos necesarios para subsanar las observaciones, dichos incentivos eran las penalidades y la negativa de suscribir actas con observaciones. Asimismo, en la propuesta del Concesionario en la Adenda N° 03 no se han planteado los incentivos necesarios por lo que existe una gran probabilidad que las observaciones no sean subsanadas.



“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para las mujeres y hombres”

“Año de la Universalización de la Salud”

total de 720 observaciones (130 observaciones mayores y 590 observaciones menores) en 322 nodos desplegados, esto nos demuestra que en promedio un nodo tuvo alrededor de 2.24 observaciones (de los cuales 0.4 eran observaciones mayores y 1.83 eran observaciones menores).

**Cuadro N° 01: Observaciones, Nodos y Entregas de la RDNFO**

	Entrega Uno	Entrega Dos	Entrega Tres	Entrega Cuatro	Entrega Cinco	Entrega Seis	TOTAL	Obs x C/U Nodo
<b>N° Nodos</b>	20	37	39	119	74	33	322	
<b>Obs. Mayores (1)</b>	0	0	0	51	57	22	130	0.40
<b>Obs. Menores (2)</b>	15	115	142	140	151	27	590	1.83
<b>Total Obs. (1 + 2)</b>	15	115	142	191	208	49	720	2.24

Fuente: Elaboración propia.

106. Finalmente, considerando la información histórica y que el proceso de entrega de la RDNFO es similar al proceso de reversión de los bienes, podemos señalar que si el Estado acepta la propuesta del Concesionario de suscribir el acta de entrega final sin tener en cuenta la subsanación de las observaciones y sin los incentivos necesarios para subsanar las mismas (ítem desarrollado en el siguiente acápite), existe una alta probabilidad que al final del proceso de reversión de bienes, se cuenten con observaciones mayores y menores no subsanadas, por lo que la exposición máxima que tendría el Ministerio de Transportes y Comunicaciones será subsanar alrededor de 720 observaciones que ocasionarían un alto riesgo para continuar la operatividad del proyecto.

**Mecanismos e incentivos para subsanar las observaciones.**

107. Teniendo en consideración, que la propuesta del Concesionario de



suscribir la reversión de los bienes de la Concesión, sin importar el estado de avance de la subsanación de observaciones mayores y menores ocasionaría un alto riesgo para la continuidad del proyecto, las entidades participantes del proceso de evaluación conjunta plantearon algunos mecanismos que ayuden a mitigar este riesgo y generar los incentivos necesarios al Concesionario para el levantamiento de observaciones.

108. Al respecto, el Ministerio de Economía y Finanzas ha señalado los siguientes comentarios:

*“El RPMO también debe ser un mecanismo para ajustar los incumplimientos de levantar observaciones del concesionario, respecto a los bienes.”*

*“Es un nuevo riesgo no contemplado en el contrato actual, y si lo asume [El Concedente] se debe compensar (mayor monto y/o vigencia de la garantía por ejemplo).”*

*“No guarda relación en la reducción porque se permite que se reciban bienes con observaciones, mayores y menores, aquí debe aplicar la ejecución de la garantía y el concesionario reponerla.”<sup>10</sup>*

109. Asimismo, OSIPTEL ha señalado los siguientes comentarios:

*“Al respecto, en aras de garantizar la continuidad del servicio que brinda la RDNFO a los usuarios, no se deberían recibir nodos que contengan observaciones pendientes de subsanar sean menores o mayores, y sobre todo aquellas referidas al funcionamiento de los*

---

<sup>10</sup> Comentarios realizados mediante correo electrónico del 22.05.20.



“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para las mujeres y hombres”

“Año de la Universalización de la Salud”

*equipos de la RDNFO, que tengan impacto directo en la prestación del servicio público y/o facilidades complementarias. No obstante, de mantenerse las observaciones menores correspondería aplicar un descuento en el pago del RPMO o un mecanismo de compensación, por ejemplo, a través de la monetización de las observaciones pendientes. Sería recomendable que se definiese previamente este mecanismo directo, de manera que se evite que la subsanación de observaciones forme parte de un proceso arbitral.”*

*“... el pago del RPMO y el monto de reembolso tendrían que condicionarse a la subsanación de todas las observaciones identificadas en el proceso de entrega de los bienes de la concesión, o alternativamente se tendría que establecer un mecanismo de compensación monetaria por tales disconformidades.”*

*“Como se ha indicado, se tendría que definir un mecanismo directo, a fin de evitar que todas las observaciones e incumplimiento se deriven a un proceso de arbitraje, cuya duración y forma de resolución es costosa e incierta.”<sup>11</sup>*

110. Por lo antes expuesto, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones considera que no se cuentan con los incentivos necesarios para que el Concesionario pueda subsanar las observaciones mayores y menores antes de suscribir el Acta de Entrega Final, y se tendrían que implementar algunos mecanismos de incentivo o mitigación de riesgos como lo ha señalado el Ministerio de Economía y Finanzas y OSIPTEL, los cuales plantean los siguientes mecanismos: i) reducción del RPMO y monto de reembolso por nodos entregados con observaciones, ii) mecanismo de

---

<sup>11</sup> Comentarios realizados mediante correo electrónico del 22.01.20.



compensación monetaria por tales disconformidades, y iii) La garantía del servicio portador pueda coberturar este riesgo (mayor monto y vigencia).

111. Al respecto, este Ministerio ha incorporado en su contrapropuesta de Adenda N° 03, los incentivos necesarios para subsanar las observaciones, como: i) la no suscripción del Acta de Entrega Final si el Concesionario no subsana las observaciones mayores y menores, y ii) un plazo perentorio de 90 días calendarios adicionales para suscribir el Acta de Entrega Final dado que de no lograrse este hito, el acuerdo de Caducidad, y la consecuente reversión de los Bienes de la Concesión establecida en la Adenda N° 03, quedarán automáticamente sin efecto.

112. Asimismo, se han incorporado algunos incentivos económicos necesarios para lograr la suscripción del Acta de Entrega Final sin observaciones en el plazo programado en la Adenda N° 03, entre dichos mecanismos tenemos: i) deducciones monetarias al RPMO cuantificadas en 10 UITs por cada día por retrasos en la suscripción del Acta de Entrega Final, y ii) la Garantía del Servicio Portador se mantendrá vigente durante todo el proceso de reversión de los bienes de la Concesión (lo cual incluye el Protocolo de Verificación de Operatividad de los Bienes de la Concesión y la suscripción del Acta de Entrega Final), es decir, la Garantía de la Fase de Prestación del Servicio Portador continuará vigente hasta la suscripción del Acta de Entrega Final sin que sea reducida (tal como lo plantea el Concesionario) y pueda coberturar cualquier obligación del Concesionario.

113. Finalmente, incorporar los mecanismos y/o incentivos adecuados para mitigar el riesgo de reversión de los bienes de la concesión con observaciones mayores y menores, ocasionará que el Ministerio de





Transportes y Comunicaciones este coberturado ante eventuales pasivos contingentes para el Estado, de acuerdo a lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la promoción de la inversión privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos.

### C) PRUEBAS DE OPERATIVIDAD

#### Verificación del estado de conservación y/o funcionamiento de los Bienes de la Concesión desde el NOC Huachipa

114. La Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, cuenta con un NOC de la RDNFO ubicado en Huachipa y un segundo NOC de respaldo ubicado en Trujillo, siendo ambos puntos de control que forman parte de la estrategia del Concesionario, para el cumplimiento de los objetivos de los niveles de disponibilidad y calidad de servicio que la RDNFO exige.
115. El NOC Huachipa a través del monitoreo y administración de equipos permite identificar fallas y detectar cuando un elemento de la red empieza a operar en condición de anormalidad, lo cual conllevará a realizar las actividades de mantenimiento respectivo, es decir desde el NOC Huachipa se pueden monitorear parámetros de operación y funcionalidad de determinados componentes de la red.
116. Asimismo, el Ministerio de Economía y Finanzas ha señalado el siguiente comentario:



“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para las mujeres y hombres”

“Año de la Universalización de la Salud”

*“Al respecto, se advierte a MTC la existencia del riesgo de disponibilidad de la infraestructura de la RDNFO revertida al Estado en los términos contractualmente previstos, en el sentido que el Concedente estaría aceptando bienes que aún contienen observaciones y bienes que aún no han pasado por el procedimiento respectivo para su reversión al Estado.”<sup>12</sup>*

117. Teniendo en cuenta los párrafos precedentes, la propuesta de Adenda plantea que ante supuestos de inasistencia el Concedente únicamente podrá plantear observaciones mayores, tal como se detalla en el numeral 74.2.7 de la propuesta de Adenda:

*“74.2.7 (...) Bajo dichos escenarios de inasistencia presencial al Nodo materia de entrega, las Partes declaran su consentimiento en relación a que el Concedente única y exclusivamente podrá plantear Observaciones Mayores del Cronograma de Entrega de los Bienes de la Concesión, conforme se define en la Cláusula 2.91 del Contrato de Concesión y no Observaciones Menores del Cronograma de Entrega de los Bienes de la Concesión. En caso se planteen tales Observaciones Mayores del Cronograma de Entrega de los Bienes de la Concesión, las Partes seguirán lo establecido en la Cláusula 74.2.6.2 del Contrato de Concesión.” (Subrayado nuestro)*

118. En efecto, el Concedente no podrá plantear ninguna observación menor que figure en el listado de observaciones menores, tales como: los cables de fibra óptica, UTP y/o de energía de los equipos que alberga el nodo no cuenten con un etiquetado que permita la identificación respectiva o, las luminarias del nodo (fluorescentes, luces de emergencia, alumbrado pastoral, etc.) no encienden, ya que lo establecido en el numeral 74.2.7

---

<sup>12</sup> Comentario realizado mediante correo electrónico del 22.05.20.



limita al Concedente a plantear sólo observaciones mayores.

119. De otro lado, existen componentes como i) el estado de conservación de los muros, ii) el estado de limpieza de los equipos de telecomunicaciones, iii) el etiquetado de los cables de fibra óptica al interior del nodo, iv) el estado de las escalerillas de comunicación que porta los cables de energía y comunicaciones, entre otros; que no son cubiertos por el NOC, por lo que requieren de una verificación sobre su estado de conservación y/o funcionamiento in situ.
120. Cabe señalar que, el Concesionario realiza actividades de mantenimiento preventivo de acuerdo a su Plan Definitivo de Mantenimiento, tales como: recorridos de la Planta Externa una vez al año, visitas a los nodos con una periodicidad mensual, bimensual o trimestral; ello debido a que podría existir eventos que potencialmente pueden afectar el servicio, de ahí que no todas las actividades de supervisión o pruebas puedan ser realizadas desde el NOC Huachipa o el NOC Trujillo.
121. Por lo tanto, se debe realizar un desplazamiento al lugar para verificar el estado de conservación de los Bienes de la Concesión y llevar a cabo las pruebas correspondientes, cuyos resultados ameritarán que el Concedente pueda plantear observaciones mayores y menores, tal y como se efectuó en la etapa de despliegue de la RDNFO.

**Sobre el número máximo de inasistencias del Concedente**

122. El numeral 74.2.7 del texto de la Adenda N° 3 propone establecer, únicamente para el Concedente, un número máximo de veinte inasistencias a las visitas programadas a los nodos que se encuentran



establecidas en el cronograma de entrega de los bienes de la concesión, sin importar la causa que la justifique o la genere, incluyendo aquellas visitas que se programen a solicitud del Concesionario por la subsanación de una observación mayor.

123. En ese sentido, según la propuesta, a partir de la inasistencia número veintiuno y en adelante, el Concesionario procederá de manera inmediata a ejecutar unilateralmente las pruebas comprendidas en el protocolo de pruebas de operatividad de los bienes de la concesión y con la suscripción unilateral de la respectiva acta de entrega de bienes de la concesión, generando dicha suscripción unilateral todos los efectos señalados.

124. Sobre este punto, el Ministerio de Economía y Finanzas ha manifestado lo siguiente en sus comentarios:

*«Siendo 320 nodos, las inasistencias en número de 20 generan una alta probabilidad de recepción de bienes forzosas en contra del Estado. Esto es una aceptación forzosa de los bienes por no asistencia, pero es desproporcional porque si el Concesionario no subsana el Estado sí está obligado a recibir los bienes y esperarse al arbitraje.»*

*“El Concesionario no puede tener el derecho a programar a la hora y fecha que él considere. Esto incentiva a que las programe en horas sin coordinar, según su conveniencia, y el Estado no llegue<sup>13</sup>.»*

---

<sup>13</sup> Comentarios realizados mediante correo electrónico del 22.05.20.



125. Así, a decir del Ministerio de Economía y Finanzas, este extremo de la propuesta es una aceptación forzosa de los bienes de la concesión, derivada de la inasistencia del Concedente, la misma que considera desproporcional. El MEF tampoco se encuentra de acuerdo con que sea el propio Concesionario el encargado de programar la fecha y hora de las visitas.
126. Al respecto, este Ministerio considera que las disposiciones antes señaladas comprenden un riesgo importante para el Concedente quien, sin una justificación aparente, es sometido a un estricto control de asistencia que, además, no se aplica a su contraparte, el Concesionario.
127. Así, resulta evidente que, en caso llegase a firmarse la adenda bajo los términos propuestos, el Concedente asumiría el compromiso de asistir a las visitas programadas en los plazos establecidos en el cronograma; sin embargo, incluso en este supuesto, subsiste la posibilidad de ocurrencia de un evento extraordinario que se lo impida.
128. Las consecuencias que el Concesionario impone a dichas inasistencias, esto es, que las pruebas se lleven a cabo sin su presencia con la consecuente suscripción del acta de reversión, atentan contra la finalidad misma de las pruebas de operatividad, imposibilitando que el Concedente verifique el estado de los bienes de la concesión, obligándolo a aceptar la reversión de su posesión en el estado en que se encuentren.
129. Así, como bien lo advierte el Ministerio de Economía y Finanzas en sus comentarios preliminares, de los 320 nodos a nivel nacional, el número de 20 inasistencias como tope máximo aplicable al Concedente resulta ser reducido frente al número total de visitas a programarse, más aún



considerando que es el Concesionario quien se encargaría de realizar una nueva visita a los nodos donde se generaron tales inasistencias.

130. En ese sentido, no es posible aceptar este extremo de la propuesta del Concesionario, en tanto atenta contra la finalidad misma de las pruebas de operatividad e implica un riesgo para el Concedente sin ninguna consecuencia similar para el Concesionario, razón por la cual la contrapropuesta remitida por este Ministerio no contempla este régimen de inasistencias.

**Sobre la renuncia a aplicar penalidades y sanciones por hechos anteriores**

131. El numeral 74.5.1 de la Cláusula 74 del texto de la propuesta de Adenda N° 3 establece una declaración de este Ministerio según la cual se han realizado, directa o indirectamente, todas las acciones de supervisión que le correspondían en su condición de Concedente, en relación al cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Concesionario en el Contrato de Concesión y hasta la fecha de suscripción de la mencionada Adenda N° 3.

132. Además, el numeral antes citado establece que las partes únicamente podrán imputar responsabilidad y, consecuentemente, imponer penalidades y/o iniciar controversias sobre hechos y presuntos incumplimientos, cuya imputación haya sido debidamente notificada a la contraparte antes de la fecha de suscripción de la Adenda N° 3, con lo cual el Concedente renuncia de manera implícita a penalizar, sancionar o iniciar controversias sobre algún incumplimiento producido antes de la suscripción de la referida adenda.

133. Al respecto, el Ministerio de Economía y Finanzas ha indicado lo siguiente



sobre este extremo de la propuesta:

*“Si hay incumplimientos o hechos previos que generen un derecho de reclamo del Estado no se puede renunciar a la firma de la adenda.”*

*“Si son incumplimientos previos [a la suscripción de la Adenda 3] no se puede limitar su reclamo por parte del Estado. Si hay incumplimientos o hechos previos que generen un derecho de reclamo del Estado no se puede renunciar a la firma de la adenda.”<sup>14</sup>*

134. Así, a decir del Ministerio de Economía y Finanzas no es posible renunciar, con la suscripción de la Adenda, a la persecución de incumplimientos por hechos ocurridos de forma previa a la suscripción de la Adenda 3.
135. Sobre este punto, este Ministerio considera que este extremo de la propuesta no se corresponde con el objeto de la Adenda 3, en tanto no se encuentra relacionado ni con el acuerdo de caducidad, ni con el proceso de reversión de los bienes de la concesión. En ese sentido, su incorporación en el texto de la Adenda N° 3 no tiene justificación.
136. Del mismo modo, y tal como lo señala el Ministerio de Economía y Finanzas en sus comentarios, este Ministerio considera que la propuesta de Adenda limita el reclamo del Estado por incumplimientos previos a la suscripción de la Adenda N° 3, no siendo posible dicha renuncia a través de un acuerdo de partes.

---

<sup>14</sup> Comentario realizado mediante correo electrónico del 22.05.20.



137. En ese sentido, la propuesta del Concesionario no solo no posee marco contractual y legal que la respalde, sino que además implica por parte del Concedente una renuncia implícita a ejercer actos destinados a proteger los intereses del Estado en el marco del Contrato de Concesión, propuesta que atenta contra el diseño del Contrato de Concesión y las funciones inherentes a la administración pública.
138. Respecto a las obligaciones del Concesionario establecidas en el Contrato de Concesión que estarían vulnerándose, tenemos el numeral 14.1 de la Cláusula 14 del Contrato de Concesión según el cual, aunque el Concedente es el titular del dominio de los bienes de la concesión, la responsabilidad de mantener la funcionalidad de los mismos, durante la vigencia de la concesión, corresponde al Concesionario.
139. En esa misma línea, el numeral 14.3 de la Cláusula 14 del Contrato de Concesión establece que el Concesionario siempre responderá frente al Concedente por los bienes de la concesión, del mismo modo, establece que el Concesionario está obligado a realizar las actividades necesarias para preservar el estado de conservación y utilidad de los mismos, lo cual incluye realizar actividades de mantenimiento correctivo, predictivo y preventivo en los términos señalados en las especificaciones técnicas del contrato, así como, en general, todos aquellos trabajos necesarios para mantener la operatividad de dichos bienes y evitar un impacto ambiental negativo.
140. En base a las obligaciones asumidas por el Concesionario en el Contrato de Concesión, durante todo el periodo de la fase de ejecución contractual, este Ministerio ha venido realizando acciones de supervisión con el objeto de verificar las obligaciones antes citadas, dichas supervisiones vienen





realizándose de forma presencial, visitando periódicamente los nodos y tramos de fibra óptica que forman parte de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica.

141. Las supervisiones antes indicadas se planifican anualmente y la selección de los nodos a supervisar se realiza en base a un muestreo, considerando diversos criterios como el número de incidencias reportadas, el tipo de nodo, el número de clientes, ente otros, aplicados a fin de constatar el cumplimiento de las obligaciones del Contrato de Concesión optimizando el uso de los recursos públicos asignados para tal fin.
142. La información recaudada en las acciones de supervisión es analizada por los supervisores especialistas, posteriormente es remitida al Concesionario para ponerlo en conocimiento y conocer sus apreciaciones, y finalmente procesada de forma conjunta con la respuesta del Concesionario, las especificaciones técnicas del Contrato de Concesión y el Plan Definitivo de Mantenimiento aprobado por el OSIPTEL.
143. En algunos supuestos, el análisis de la información antes referida ha requerido de información adicional que debió ser solicitada en más de una oportunidad al Concesionario, generándose una importante cantidad de data que debe ser procesada y analizada de forma conjunta por los especialistas.
144. En ese sentido, este Ministerio viene procesando información relacionada a las acciones de supervisión que se encuentran a su cargo de forma permanente durante toda la etapa de ejecución contractual, con el objeto



de verificar adecuadamente el cumplimiento de las obligaciones contractuales, siendo que la labor de los especialistas es constante y cíclica, por esta razón no es posible establecer un corte o fecha límite para la notificación de imputaciones de cargos, sin que ello implique un riesgo de exención o liberación de responsabilidad al Concesionario respecto a presuntos incumplimientos, lo cual imposibilita la aceptación de la propuesta del Concesionario.

145. En conclusión, no es posible que este Ministerio otorgue su conformidad a este punto, en tanto ello implicaría la renuncia del Concedente al ejercicio de atribuciones contractuales que le han sido concedidas con el objeto de velar por los intereses del Estado, liberando al Concesionario sin justificación alguna de responsabilidades que se derivan de incumplimientos ocurridos antes del acuerdo de caducidad.

**Sobre las competencias de Osiptel y la propuesta de Adenda**

146. El numeral 74.2.1 de la Cláusula 74 del texto de la Adenda N° 3 propone que, de presentarse alguna falla y/o inconveniente que afecte la operatividad de la Red Dorsal y/o la prestación del servicio portador y/o facilidades complementarias durante la ejecución de las pruebas de operatividad de los bienes de la concesión, las mismas no podrán ser consideradas como incumplimientos atribuibles al Concesionario ni como sustentos para configurar otros incumplimientos que generen algún tipo de sanción y/o penalidad alguna para el Concesionario.

147. Al respecto, el OSIPTEL ha indicado en sus comentarios lo siguiente:

*“Durante la ejecución del protocolo de pruebas propuesto, se mantiene la prestación un servicio público a cargo del concesionario,*



“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para las mujeres y hombres”

“Año de la Universalización de la Salud”

*por tanto, dicha prestación está sujeta al cumplimiento de la normativa vigente del OSIPTEL, en el marco de lo establecido en el Contrato de Concesión.*

*De ahí que la ejecución de dichas pruebas debe realizarse adoptando las medidas que permitan garantizar la prestación continua del servicio público, así como los niveles de servicio (SLA) según lo previsto en el Contrato de Concesión.  
(...)*

*Por ello, resulta contrario a lo establecido en el Contrato de Concesión, así como a la normativa vigente del OSIPTEL, la propuesta de la operadora contenida en la cláusula 74.2.1 cuando señala que de presentarse alguna falla durante la ejecución de dichas pruebas que afecten la prestación del servicio portador y/o facilidades complementarias, las partes acuerdan que las mismas no podrán ser consideradas como incumplimientos atribuibles al Concesionario ni que generen sanción alguna.*

*Según lo establecido en la Ley N° 27332 - Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos y la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, el OSIPTEL cuenta con la función supervisora que comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el Organismo Regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre*



*a cargo de la entidad o actividad supervisada.<sup>15</sup>”*

148. Por su parte, el numeral 74.6.5 de la Cláusula 74 del texto de la Adenda N° 3 propone que, durante la ejecución del cronograma de entrega de los bienes de la concesión y hasta la suscripción del Acta de Entrega Final, cualquier acción de supervisión que pudiera efectuar el Concedente y/o OSIPTEL respecto de la Red Dorsal sea efectuada exclusivamente bajo una modalidad de supervisión remota.

149. Al respecto, el OSIPTEL ha indicado en sus comentarios lo siguiente:

*“de acuerdo a lo indicado en la Ley N° 27336, la función supervisora del OSIPTEL se rige entre otros por el principio de discrecionalidad, en virtud del cual el detalle de los planes y métodos de trabajo serán establecidos por el órgano supervisor y podrán tener el carácter de reservados frente a la empresa supervisada.*

*Por tanto, respecto, a la propuesta de la operadora de limitar las modalidades de ejercer la función supervisora del OSIPTEL a una específica, durante la ejecución del cronograma de entrega de los bienes de la concesión, y en tanto se brinde un servicio público resulta contraria a la facultad de supervisión establecida por ley.<sup>16</sup>”*

150. Finalmente, el numeral 74.6.6 de la Cláusula 74 indica que, desde el inicio del cronograma de entrega de los bienes de la concesión y hasta la firma del Acta de Entrega Final, inclusive, el Concesionario únicamente se encontrará obligado a cumplir con los requisitos de calidad de servicio, vinculados a los Niveles de Servicio (Service Level Agreement – SLA),

---

<sup>15</sup> Comentario realizado mediante correo electrónico del 22.01.20.

<sup>16</sup> Comentario realizado mediante correo electrónico del 22.01.20.



consignados en los numerales 5.1.1, 5.1.2, 5.1.3, 5.1.4, 5.1.5, así como en el numeral 5.2 del Anexo 12, respecto de aquellos bienes de la concesión que no hayan sido materia de entrega al Concedente y siempre que ello resulte aplicable.

151. Al respecto, el OSIPTEL ha indicado en sus comentarios lo siguiente:

*“De la lectura de la propuesta realizada por la operadora en la cláusula 74.6.6, se advierte que resulta contraria a la normativa vigente del OSIPTEL, aplicable al servicio portador y facilidades complementarias de la RDNFO. En este sentido se reitera que, dado que durante la ejecución de dichas pruebas y hasta la firma del Acta de Entrega Final, según la propuesta realizada por la operadora, se mantendrá la prestación de un servicio público su cargo, esta no se encuentra exenta de dar cumplimiento a la normativa vigente del OSIPTEL que resulte aplicable, como por ejemplo la normativa relativa a los derechos de usuarios del servicio portador.<sup>17</sup>”*

152. Como se advierte de las citas antes realizadas, a decir del propio regulador, las propuestas del Concesionario relacionadas a: i) impedir la calificación de los incumplimientos producidos durante la ejecución de las pruebas de operatividad, ii) determinar la modalidad de supervisión que se usará durante la ejecución de las mismas, o iii) inaplicar determinados niveles de servicio (SLA), atentan contra las competencias legales asignadas al OSIPTEL.

153. Así, si bien la suscripción de la Adenda tiene por objeto modificar el Contrato de Concesión, no es posible pactar en contra de las

---

<sup>17</sup> Comentario realizado mediante correo electrónico del 22.01.20.



competencias y funciones que se le ha otorgado al regulador de las telecomunicaciones a través de marco normativo vigente, así como tampoco afectar a los usuarios de un servicio público de telecomunicaciones.

154. Al respecto, el artículo 2 de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, establece que los organismos reguladores son organismos públicos descentralizados adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros, con personería de derecho público interno y con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera, ejerciendo entre sus funciones la función supervisora, reguladora, normativa, fiscalizadora, de solución de controversias y de solución de reclamos.
155. En la Ley N° 27336, Ley de desarrollo de las funciones y facultades del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL, se definen y delimitan las facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL), para supervisar y sancionar a las personas naturales o jurídicas que prestan servicios públicos de telecomunicaciones.
156. De forma específica, el artículo 39 del Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones, establece que corresponde a OSIPTEL supervisar, entre otros, los niveles de calidad y eficiencia en la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones, así como la aplicación de las disposiciones normativas y/o regulatorias, dictadas en ejercicio de sus atribuciones.



157. En línea con las disposiciones normativas antes citadas, la Cláusula 18 de la versión actual del Contrato de Concesión establece que el Concesionario debe cumplir con la prestación del Servicio Portador y Facilidades Complementarias de manera continua e ininterrumpida, de conformidad con la normativa que sobre el tema emite el OSIPTEL. Esta Cláusula además establece que es obligación del Concesionario cumplir con los Niveles de Servicio (SLA) establecidos en las Especificaciones Técnicas, los cuales serán supervisados por el OSIPTEL.

158. Como se advierte, la versión actual del Contrato de Concesión se encuentra alineada con las competencias normativas otorgadas a OSIPTEL respecto a la supervisión de la prestación del servicio portador como servicio público, advirtiéndose además que dicho Contrato no flexibilizó las condiciones de supervisión aplicables durante las pruebas de operatividad que se llevaron a cabo en la fase de despliegue de la Red Dorsal, las mismas que se desarrollaron en algunos casos con clientes ya conectados.

159. Sin embargo, los extremos de la propuesta de modificación presentada por el Concesionario que han sido comentados, no solamente contravienen las disposiciones normativas del regulador de telecomunicaciones, sino que además no se encuentran alineados con el diseño del Contrato de Concesión, por lo que no pueden ser aceptadas por este Ministerio y no ha sido incluida en su contrapropuesta.

#### *Protocolos de Pruebas de Operatividad*

160. El Anexo 22 de la propuesta Adenda N° 3 presentada por el Concesionario establece el protocolo de pruebas de operatividad para la



entrega de la RDNFO.

161. El Numeral 1 del Anexo 21 Protocolo de Entrega de los Bienes de la Concesión establece las consideraciones previas, el procedimiento de entrega de los Bienes de la Concesión y, finalmente, algunos lineamientos a tomar en cuenta luego de la entrega de cada Nodo, incluyendo sus bienes y planta externa asociada; esto es luego de suscrita cada Acta de Entrega de Bienes de la Concesión, los mismos que debe cumplir el Concedente durante la operación de los Bienes de la Concesión que le fuesen transferidos y hasta que opere la caducidad del Contrato de Concesión, con la suscripción del Acta Final.

162. Así mismo el numeral 1 del Anexo 22 de la propuesta de Adenda del proyecto de Adenda N° 3 indica que:

*“El Protocolo de Pruebas para la Entrega de la RDNFO tiene como finalidad establecer los lineamientos y pasos a seguir para realizar la transferencia de la operación del concesionario a la entidad que defina el concedente. Este protocolo se ha elaborado teniendo en consideración aspectos técnicos acordes, con las especificaciones técnicas y estándares fijados en el Anexo N° 12, así como las normas y recomendaciones del sector Telecomunicaciones tanto Nacional como Internacional. El presente documento permitirá verificar y probar la operatividad de los componentes que forman la RDNFO, así como el estado en que se encuentran.*

*Los nodos, rutas y/o tramos en donde se llevarán a cabo las pruebas definidas en el presente Protocolo de Pruebas, serán precisados en el documento “Protocolo de Entrega”.*

163. El Concesionario plantea realizar los siguiente:





- Pruebas Generales de los Nodos
  - a. Inspección de tendido de fibra óptica
  - b. Verificación de Inventario
  - c. Inspección general de la instalación
  - d. Pruebas de Climatización
  - e. Pruebas de caída de energía comercial
  - f. Pruebas de potencia de los módulos del equipo DWDM/IP
  - g. Pruebas locales de equipos IP/MPLS
  - h. Pruebas de sistema de equipos de red
  - i. Pruebas de equipos auxiliares
  - j. Plan de sistemas de puesta a tierra
  
- Pruebas de funcionamiento de los sistemas de gestión del NOC de Trujillo y Huachipa (Lima).
  - k. Gestor UNMS ZTE (Sistemas de Seguridad, Video Vigilancia)
  - l. Control de acceso
  - m. Detección de ingresos no autorizados o intrusos
  - n. Detectores de movimiento
  - o. Sistema de video vigilancia
  - p. Alarmas auxiliares
  - q. Sistemas de gestión de red (Gestor 5620 SAM)
  - r. Prueba funcional del sistema de gestión 5620 SAM
  - s. Pruebas de sistemas OSS/BSS (Gestión: Análisis de Fallas, Disponibilidad, configuración y capacidad, continuidad, rendimiento y cambios)
  - t. Pruebas de sistemas de Gestión de relaciones con el cliente y aprovisionamiento. (Pruebas de sistemas de: Facturación, Gestión de inventario de repuestos, mano de obra, contabilidad, Despliegue de aplicaciones)
  
- Pruebas de infraestructura de IT
- Protocolo de Pruebas COOP/DRP



164. Al respecto, el Ministerio de Economía y Finanzas ha indicado en sus comentarios, lo siguiente:

*“No se observa mitigación del riesgo de funcionamiento defectuoso de los equipos, una vez entregados ya sea con observaciones o no. Ello por la extinción de la garantía inmediata en función a la entrega del mismo vía el Acta.”*

*“La respuesta del concesionario señala como se realizará el procedimiento de reversión gradual. Sin embargo, no se ha atendido la consulta de la identificación, asignación, cuantificación y mitigación del riesgo de disponibilidad y operación y/o mayor exposición del Estado, que este Ministerio advierte, originado con la propuesta de Adenda 3, que busca que se prioriza la entrega de los bienes si o si antes del 31.dic.2020, incluso si los bienes tienen observaciones menores y mayores. Se debe de tener en cuenta que en la cláusula 14.5 del contrato se señala que al momento de la reversión de los bienes de la concesión estos deberán de estar en buen estado de conservación salvo por el desgaste normal por el uso de dichos bienes. En ese sentido, el contrato no establece que el Concedente deba de recibir con observaciones los bienes de la concesión, en consecuencia, se advierte mayor exposición del Estado.”*

*“... el concedente no debe asumir el riesgo de recibir bienes con observaciones.”*

*“...considerando que se exige ejecutar un Protocolo de Pruebas de Operatividad de Bienes establecido en el Anexo 22, cuando lo lógico de hacer este protocolo, es sujetar a la conformidad de este, el activo o bien a evaluar.”<sup>18</sup>*

---

18 Comentarios realizados mediante correo electrónico del 22.05.20.



165. Asimismo, OSIPTEL ha señalado el siguiente comentario:

*“Al respecto, en aras de garantizar la continuidad del servicio que brinda la RDNFO a los usuarios, no se deberían recibir nodos que contengan observaciones pendientes de subsanar sean menores o mayores, y sobre todo aquellas referidas al funcionamiento de los equipos de la RDNFO, que tengan impacto directo en la prestación del servicio público y/o facilidades complementarias.”<sup>19</sup>*

(subrayado nuestro)

166. Este Ministerio considera que la realización de las Pruebas de Operatividad es sumamente importante para determinar el estado actual de la RDNFO, tanto a nivel de la operatividad, funcionalidad y disponibilidad de los componentes de la misma, así como el estado de conservación de todos los bienes de la Concesión. Porque todo ello, de forma integral, garantizará el cumplimiento de los niveles de servicio SLA de la red y los niveles de servicio SLA comprometidos con los clientes, así como de la continuidad del servicio.

167. De los comentarios del Ministerio de Economía y Finanzas y del análisis y evaluación efectuado al Anexo 22, se advierte que el Protocolo no contiene pruebas correspondientes a la Planta Externa, que es un componente esencial y estratégico de la RDNFO, tales como Mediciones de Atenuación (Atenuación de la fibra óptica, atenuación de conectores, atenuación de empalmes, reflectancia y atenuación Bidireccional de acuerdo a las recomendaciones ITU L12), Dispersión Cromática CD y Dispersión Modo Polarizado PMD, estado de la fibra óptica en campo. De

<sup>19</sup> Comentarios realizados mediante correo electrónico del 22.01.20.



igual forma no incluye las Pruebas de Operatividad de los equipos de transporte DWDM (niveles de Potencia de transmisión y recepción de los amplificadores de línea y los canales de servicio OSC, Pruebas de calidad Tasa de Errores de Bit BER) y de los equipos de networking IP-PMLS (Niveles de potencia de Transmisión y recepción de los módulos de línea, Pruebas de Calidad ITU T Y. 1564 de acuerdo a las Especificaciones Técnicas del Anexo 12, No se incluye tampoco Pruebas de Redundancia de los enlaces CORE – CORE, Agregación – Core, Distribución – Core y Conexión – Distribución, Sistemas de Energía ( Rectificadores, autonomía de banco de baterías, y UPS), Climatización (Rangos de Operación de temperatura y Humedad de acuerdo a las Especificaciones Técnicas del Anexo 12), y sistemas de seguridad y Control de Acceso.

168. Por lo tanto, las pruebas propuestas por el Concesionario no son suficientes, ni garantizan poder verificar todos los componentes de la red en cuanto a su estado de conservación, operatividad, funcionalidad y disponibilidad. Asimismo, la planta externa y planta interna son igual de importantes para la red tanto funcionalmente como en relación a la inversión realizada, donde incluso la Planta Externa (tendido de fibra óptica) tuvo una mayor inversión. Existe un riesgo alto de no llevar a cabo las pruebas indicadas por este Ministerio y recibir bienes con observaciones no pudieron advertirse.

169. En tal sentido el Anexo 22 de la Propuesta de Adenda N° 3 presentada por el Concesionario debería contener todos los aspectos detallados en los párrafos precedentes correspondiente al Protocolo de Pruebas de Operatividad para que este Ministerio pueda aceptarlas, con lo cual se estaría mitigando el riesgo de recibir bienes con observaciones. Por ello, la contrapropuesta remitida por este despacho, modifica el Anexo 22



presentado por el Concesionario, incorporando todas las pruebas que resultan necesarias para garantizar una adecuada verificación de los Bienes de la Concesión cuya posesión va a ser devuelta al Estado.

#### **D) SOBRE LA REDUCCIÓN DEL RPMO**

170. La propuesta de Adenda N° 03 planteada por el Concesionario establece la entrega gradual de los nodos de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica al Concedente (o tercero que designe), por lo que también se debería reducir el RPMO en función de los nodos entregados.
171. Al respecto, este Ministerio considera que la reversión gradual de los bienes de la Concesión ocasionaría que el Concedente asuma mayores riesgos operativos y de disponibilidad, asimismo, se debe señalar que si bien la propuesta del Concesionario es que se reduzca el RPMO trimestral de manera proporcional al número de nodos entregados, la reducción pierde eficacia debido a que los costos de operación y mantenimiento de la RDNFO no necesariamente son divisibles y asignados a un nodo específico entregado, es decir, que los costos de operación y mantenimiento corresponde en muchos casos a una gran cantidad de nodos, es por ello que el Concesionario ha planteado en la fórmula de reducción que se le reconozca y transfiera trimestralmente los Costos de Contratos no cedidos al Concedente al momento de entrega de Nodos (estos costos están conformados por Contratos Globales, Contratos de Compartición de Infraestructura, Contratos Individuales con pagos adelantados, y Contratos de Servicios Públicos pagados por periodo vencido). Todo ello, ocasiona que la reducción del RPMO pierda la proporcionalidad económica inicialmente establecida por nodo entregado.



172. Por lo antes señalado, el diseño original del Contrato luego de la caducidad de la Concesión, estableció que el proceso de reversión de los bienes se realice en un solo acto, y no de forma gradual como la propuesta del Concesionario. Por ello, la contrapropuesta planteada por este Ministerio, ha optado por mantener el diseño original del contrato para la reversión de los Bienes de la Concesión, es decir, que la misma se produzca en un solo acto con la suscripción del Acta de Entrega Final.
173. Asimismo, el numeral 61.4 de la Cláusula 61 del Contrato de Concesión señala que el valor del último RPMO se determina de manera proporcional, en función al número de días de operación, contados desde el último pago trimestral hasta la fecha en que se produzca la caducidad. A este valor calculado, se le deducirán los montos pendientes de pago por concepto de penalidades y aquellos montos reconocidos por las empresas aseguradoras por siniestros ocurridos, cuando dichos montos no hayan sido aplicados a la Concesión. El monto neto resultante, luego de la aplicación de las deducciones, será el Valor de Liquidación por RPMO.
174. Es decir, que el RPMO no es divisible por nodo entregado, sino que la proporcionalidad de su pago está en función de los días que opere el Concesionario en el transcurso de un trimestre, además, que al RPMO se le pueden deducir incluso penalidades y montos por siniestros ocurridos.
175. Finalmente, por lo antes expuesto, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones contrapropone un esquema de liquidación similar al diseño original del Contrato a fin de salvaguardar la asignación de riesgos y la proporcionalidad económica contractual inicial, por lo que la



propuesta del Concedente incluye el reconocimiento del RPMO trimestral durante el proceso de verificación de los nodos antes de ser entregados, en el entendido que el Concesionario continuará encargándose de operar y mantener todos los nodos de la RDNFO durante este proceso. Asimismo, se plantea que la valorización del último RPMO será calculado por el Concedente de manera proporcional al número de días de operación efectiva, contados desde el día siguiente al último pago trimestral del RPMO hasta la fecha de suscripción del Acta de Entrega Final.

#### **E) SOBRE LOS PAGOS ADELANTADOS DE LOS CONTRATOS CON TERCEROS**

176. La propuesta de Adenda, en la cláusula 74.3.3 y Anexo 25 del mismo documento, señala que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones deberá reconocer los montos de pagos por anticipado realizados por el Concesionario, respecto de Contratos Globales, Contratos Individuales y/o Contratos de Compartición de Infraestructura que serán cedidos mediante posición contractual al Ministerio y que corresponden a los días o periodos que resulten posteriores a la fecha de caducidad de la Concesión. Cabe señalar que dichos montos son denominados por el Concesionario como “Monto de reembolso”. Asimismo, se señala que este monto debe ser pagado por el tercero responsable (designado por el MTC) en un plazo no mayor de 30 días contados a partir de la remisión por parte del Concesionario de la factura correspondiente.

177. Al respecto, el Ministerio de Economía y finanzas, ha señalado lo siguiente:



*“Se pide sustentar cómo se mitiga el riesgo en el escenario que el Estado no encuentre al tercero que el Concedente designe para hacerse cargo del pago del “Monto Reembolsable” pues el plazo de 30 días puede resultar ajustado”<sup>20</sup>.*

178. Por lo antes señalado, se infiere que la preocupación del Ministerio de Economía y Finanzas es que el plazo (30 días) para que asuma este pago es ajustado. Respecto a esta preocupación, se debe señalar que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones también considera que: i) el plazo del pago es ajustado, más aun teniendo en consideración que todos los pagos se realizan de manera trimestral; y ii) el MTC (y/o terceros responsables que este designe) podría realizar los pagos adelantados por servicios que aún no se han prestado, siempre que se haya suscrito el Acta de Entrega Final y por ende se haya alcanzado satisfactoriamente la reversión de los bienes de la Concesión. Para un mayor detalle, se ha desarrollado el siguiente análisis:

179. Teniendo en consideración que la propuesta de este Ministerio para la reversión de los bienes de la concesión durará al menos 8 meses, se prevé que la suscripción del Acta de Entrega Final se realizará el año 2021, por lo se ha identificado 16 Contratos Globales<sup>21</sup> (proveedores de soporte técnico, mantenimiento, etc.) que tendrán validez el año 2021 y probablemente tengan una mayor vigencia a la posible fecha de suscripción del Acta de Entrega Final.

---

<sup>20</sup> Comentario realizado mediante correo electrónico del 22.05.20.

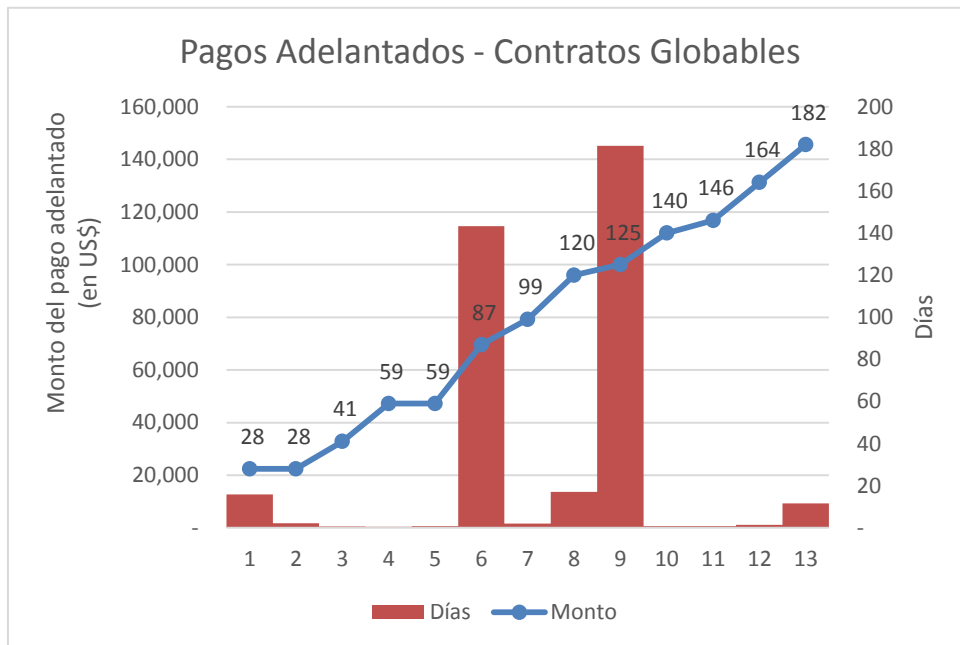
<sup>21</sup> Luego de revisar la información suministrada por el Concesionario mediante el archivo excel “RPMO\_RefMTC”



"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para las mujeres y hombres"

"Año de la Universalización de la Salud"

180. Al respecto, solo a modo de ejemplo se puede mencionar que, si la eventual suscripción del Acta de Entrega se realiza el 31/01/2021<sup>22</sup> al menos 13 contratos globales que tienen las características señaladas en el anterior párrafo y que cuentan con una facturación anual, deberán ser reconocidos dentro de la figura de "Monto de Reembolso" por ser contratos pagados de forma adelantada por el Concesionario. Asimismo, estos 13 contratos globales sumarían un monto referencial de USD 302,920<sup>23</sup>. Para mayor detalle ver el siguiente gráfico:

**Gráfico N° 02: Pagos adelantados – Contratos Globales**

Nota: Los montos señalados en la presente gráfica son referenciales y usados a modo de ejemplo para evaluar los posibles pagos que se den por la figura del "Monto de Reembolso", dado que este último monto se calculará en función de la fecha de suscripción del Acta de Entrega Final y del tipo de facturación que tengan los contratos.

Fuente: Elaboración propia.

<sup>22</sup> Esta fecha es solo una fecha referencial y usada a modo de ejemplo para evaluar los posibles pagos que se den por la figura del "Monto de Reembolso", el Concedente no acepta y ni ha establecido en su propuesta una fecha exacta para la suscripción del Acta de Entrega Final, dado que la suscripción del Acta de Entrega Final estará sujeto a que el Concesionario subsane todas las observaciones mayores y/o menores.

<sup>23</sup> Este monto es referencial y solo usado a modo de ejemplo para evaluar el impacto económico que tendrá la figura "Monto de Reembolso", dado que para el cálculo de este último monto dependerá de la fecha de suscripción del Acta de Entrega Final, y del tipo de facturación de los contratos.



181. Por lo antes expuesto, y tal como lo establece nuestra contrapropuesta a la Adenda N° 3, se concluye que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones podría reconocer los pagos adelantados por el Concesionario a los proveedores de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, de la siguiente forma:

- i. El “Monto de Reembolso” sea calculado con los montos de los contratos que tienen una vigencia mayor a la fecha de suscripción del Acta de Entrega Final.
- ii. El “Monto de Reembolso” sea pagado por el tercero designado por el Concedente con la garantía de este último, en la medida que el tercero se encargará de operar temporalmente la RDNFO luego de la suscripción del Acta de Entrega Final, viéndose beneficiado con los pagos adelantados efectuados por el Concesionario.
- iii. Que el periodo establecido para pagar el “Monto de Reembolso”, sean similar al periodo de los pagos trimestrales del RPMO, es decir, que se pueda pagar dichas obligaciones en un plazo de 90 días calendario.

## **F) SOBRE LA GARANTÍA DE LA FASE DE PRESTACIÓN DE SERVICIO PORTADOR**

### **Sobre la vigencia de la garantía**

182. La propuesta del Concesionario en la Adenda N° 3 establece la reducción progresiva y remplazo final de la Garantía de la Fase de Prestación de Servicio Portador. Así, según la propuesta, la garantía se iría reduciendo trimestralmente en la medida que los bienes de la concesión se vayan entregando al Concedente, siendo que en ningún momento la garantía

podía ser menor al monto de US\$ 5'384,601.49 (Cinco millones trescientos ochenta y cuatro mil seiscientos un con 49/100 dólares).

183. Sobre este extremo de la propuesta, el Ministerio de Economía y Finanzas ha indicado en sus comentarios lo siguiente:

*"Por último, se debe señalar que la garantía cumple con coberturar, entre otros, los riesgos y/o mayor exposición que emergen en el proceso de reversión de bienes; en ese sentido se debe de cuidar que la garantía cubra al Estado de la máxima exposición de pérdida ante un incumplimiento del Concesionario, y q el Estado utilice esos recursos para revertir dicho incumplimiento y dar continuidad al servicio público.<sup>24</sup>"*

184. Así, a decir del Ministerio de Economía y Finanzas, se debe cuidar que la garantía cubra al Estado de la máxima exposición de pérdida ante un incumplimiento del Concesionario.

185. Al respecto, el literal b) del numeral 32.2 de la Cláusula 32 del Contrato de Concesión establece que la Garantía de la Fase de Prestación de Servicio Portador respalda el cumplimiento de las obligaciones del Concesionario, desde la fecha de suscripción del acta de conformidad de inicio de operaciones, correspondiente a la primera entrega, hasta que se verifique la caducidad de la concesión.

186. Además, el Contrato de Concesión establece que, producida la caducidad y a fin de garantizar la continuidad del servicio, el Concedente puede requerir al Concesionario que continúe prestando el servicio portador y

---

24 Comentario realizado mediante correo electrónico del 22.01.20.



facilidades complementarias en los términos establecidos en el contrato de concesión, por un plazo que no podrá ser menor a 6 meses contados desde la suscripción de un nuevo contrato de concesión (numeral 61.2 de la Cláusula 61). En este caso, la garantía de la fase de prestación del servicio portador deberá ser renovada por el plazo adicional (literal b. del numeral 32.2 de la Cláusula 32).

187. Por su parte, el numeral 14.5.1 de la Cláusula 14 del Contrato de Concesión, establece que, una vez producida la caducidad del contrato o culminado el plazo adicional al que se refiere el numeral 61.2 de la Cláusula 61, se produce la reversión de los bienes de la concesión dentro de los cuarenta (40) Días siguientes, en un único acto. En este caso, es obligación del Concedente verificar que los bienes de la concesión objeto de la reversión se encuentren en buen estado de conservación, salvo el desgaste normal por el uso de los mismos.
188. Así, la versión actual del Contrato establece que, en caso se amplíe el plazo de permanencia del Concesionario más allá de la caducidad de la concesión o se prescinda de dicha medida, la garantía de la Fase de Prestación del Servicio Portador deberá ser devuelta al Concesionario antes que se produzca la reversión de los bienes de la concesión, quedando sin cobertura cualquier incumplimiento que pueda ser detectado por el Concedente durante esta etapa (observaciones que se produzcan como consecuencia de la ejecución de las pruebas de operatividad de la red y verificación de los bienes).
189. Respecto a la vigencia de la garantía, la Adenda propuesta por el Concesionario, a diferencia de la versión actual del Contrato de Concesión, establece que la garantía de la fase de prestación de servicio



portador no solamente se encontrará vigente durante la reversión de los bienes de la concesión, sino que la misma se irá reduciendo de forma gradual únicamente cuando los bienes de la concesión sean aceptados por el Concedente.

190. En ese sentido, la Adenda propuesta por el Concesionario, en cuanto la vigencia de la Garantía de la Fase de Prestación de Servicio Portador, en principio, establecería una mayor cobertura que la versión actual del Contrato de Concesión, en tanto incluye el periodo posterior al acuerdo de caducidad de la concesión correspondiente a la reversión de la posesión de los bienes de la concesión al Estado.
191. Sobre este punto, si bien la propuesta del Concesionario ofrece mejores condiciones que las contempladas en el Contrato de Concesión en lo referente a la vigencia de la garantía, dicha propuesta está pensada en un proceso gradual de reversión de los bienes de la concesión según el cual la garantía se reduce en la medida que se desarrolla dicho proceso, por lo que no contempla el escenario en el cual la devolución de dichos bienes se produce en un único acto, tal como lo establece la versión actual del contrato y la contrapropuesta planteada por este Ministerio.
192. Al respecto, este Ministerio considera menos riesgoso para el Estado establecer la reversión de los bienes en un único acto que hacerlo de forma gradual y escalonada como lo propone la Adenda 3, en tanto la primera opción permite delimitar claramente el momento en el cual el Concesionario deja de administrar los Bienes de la Concesión y los revierte al Estado, evitando así las contingencias que puedan generarse por una doble administración de la Red en un mismo periodo de tiempo. Por ello, la contrapropuesta presentada mantiene el esquema actual del



Contrato de Concesión, estableciendo que la reversión de los bienes se produce en un único acto, fijando como hito separador la suscripción del Acta de Entrega Final.

193. En línea con lo indicado, y considerando que los bienes de la concesión revertirían formalmente al Estado en un único acto con la suscripción del Acta de Entrega Final, la contrapropuesta de este Ministerio incluye además la modificación del literal b) del numeral 32.2 de la Cláusula 32 del Contrato de Concesión, de modo tal que la vigencia de la Garantía de la Fase de Prestación de Servicio no culmine con la celebración del acuerdo de caducidad, sino que se extienda hasta la suscripción del Acta de Entrega Final, coberturando así el esquema de verificación y reversión de los bienes que plantea dicha contrapropuesta.

#### *Sobre el remplazo de la garantía*

194. Por otro lado, como ya se mencionó previamente, la propuesta del Concesionario incluye el remplazo de dicha garantía por otra de menor cobertura, reduciéndola sustancialmente; así, según la propuesta, el objeto de la nueva garantía sería única y exclusivamente garantizar el monto máximo que el Concedente podrá exigir al Concesionario en el eventual escenario en que el Laudo Arbitral que sea emitido en el Caso Arbitral No. 1045-107-16, declare fundada la Pretensión Principal del Concedente, declarando la obligación del Concesionario de adquirir en propiedad los terrenos donde se encuentran ubicados los 322 Nodos de la Red Dorsal.
195. Al respecto, la Cláusula 66 del Contrato de Concesión establece en su literal d) que, si la materia del arbitraje fuera el cumplimiento de las



obligaciones garantizadas con las Garantías de Fiel Cumplimiento del Contrato, como ocurre en el Caso Arbitral antes citado, quedara en suspenso el plazo respectivo y tales garantías no podrán ser ejecutadas por el motivo que suscitó el arbitraje, siendo que deberán ser mantenidas vigentes durante el procedimiento arbitral.

196. En ese sentido, si bien el Concedente no puede ejecutar la Garantía de la Fase de Prestación del Servicio Portador hasta que se resuelva el litigio arbitral pendiente sobre la obligación de adquirir en propiedad los terrenos, el Concesionario tampoco podrá recibir la garantía otorgada, encontrándose obligado a mantenerla vigente durante todo el procedimiento arbitral, justamente con el objeto de que la misma garantice un eventual fallo a favor del Concedente en dicho proceso.
197. En ese sentido, resulta pertinente que, aun cuando se produzca la caducidad de la concesión por acuerdo de las partes, la garantía se mantenga vigente mientras se encuentre pendiente de resolver el Caso Arbitral No. 1045-107-16, siendo que dicha garantía deberá ser además suficiente para coberturar una obligación equivalente al precio total de los terrenos cuya propiedad deberá adquirir el Concesionario, en caso se declare fundada la pretensión principal del Concedente.
198. Sobre este punto, la propuesta del Concesionario ha considerado el remplazo de la Garantía de la Fase de Prestación de Servicio Portador por una equivalente a US\$ 5'384,601.49 (Cinco millones trescientos ochenta y cuatro mil seiscientos un con 49/100 dólares), especificando además que este monto sería destinado única y exclusivamente para garantizar el monto máximo que el Concedente podría exigir al Concesionario en el eventual escenario en que el Laudo Arbitral que sea



emitido en el Caso Arbitral No. 1045-107-16 declare fundada la pretensión principal del Concedente.

199. La contrapropuesta que planteamos respecto a este extremo, es aceptar el remplazo de la Garantía de la Fase de Prestación del Servicio Portador propuesto por el Concesionario, por una Nueva Garantía a favor del Concedente cuyo monto sea de US\$17,369,216.91 (Diecisiete millones trescientos sesenta y nueve mil doscientos dieciséis con 91/100 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica), siempre que a la fecha de suscripción del Acta de Entrega Final no se haya emitido el Laudo del Proceso Arbitral No. 1045107-16 o habiéndose emitido el Laudo no se encuentra firme. En caso el Laudo antes indicado haya sido emitido y se encuentre firme, tal como lo establece el literal b) de la Cláusula 32, no sería necesario realizar el referido remplazo ya que –de corresponder- la obligación del Concesionario se encontraría garantizada por la garantía actual.
200. La contrapropuesta también establece que la nueva garantía se mantendrá vigente: i) hasta la fecha en la cual el Concesionario realice el pago correspondiente a las obligaciones establecidas en el Laudo Arbitral No. 1045107-16, en caso el mismo declare fundada total o parcialmente la Pretensión Principal del Concedente; o, ii) hasta la fecha en la cual dicho Laudo quede firme, en caso el mismo declare infundada la Pretensión Principal del Concedente. Con este extremo de la contrapropuesta, este Ministerio busca garantizar, en concordancia con lo establecido en el literal d) de la Cláusula 66 del Contrato de Concesión, la ejecución de lo resuelto por el Laudo Arbitral, cubriendo así cualquier riesgo de incumplimiento por parte del Concesionario.





**Sobre el monto final de la nueva garantía:**

201. Como se indicó previamente, la propuesta de Adenda, en la cláusula 74.4 la Reducción y reemplazo final de la Garantía de la Fase de Prestación del Servicio Portador, infiere que el costo de los terrenos y/o inmuebles no adquiridos en propiedad (29,002.31m<sup>2</sup>) por el Concesionario equivalen a US\$5'384,601.49 (Cinco millones Trescientos ochenta y cuatro mil seiscientos un con 49/100 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica), de tal forma que dicho monto debe cubrir el caso arbitral N°1045-107-16 relacionado al costo de los terrenos y/o inmuebles antes mencionados.
202. Asimismo, la propuesta de Adenda, incluso señala el mecanismo de pago<sup>25</sup> en caso que el Laudo Arbitral que haya quedado firme establezca que el Concesionario tiene la obligación de adquirir la propiedad, en favor del Concedente, de un número de terrenos y/o inmuebles menor a la totalidad de aquellos donde han sido construidos los nodos de la RDNFO.
203. Al respecto, el Ministerio de Economía y Finanzas ha señalado los siguientes comentarios:

*“Sustentar el monto límite inferior. (US\$5,384,601.49)”<sup>26</sup>*

*“Se requiere que dicho cálculo [monto] sea validado por el MTC y desarrollado en el modelo e informe que sustenta la adenda.”*

*“[¿] Este monto sobre qué % de observaciones se ha*

---

<sup>25</sup> El concesionario plantea la siguiente fórmula: USD 5.38 millones / 29,002.31m<sup>2</sup> \* cantidad de metros cuadrados de los terrenos establecido en el laudo arbitral.

<sup>26</sup> Comentario realizado mediante correo electrónico el 27.01.20.



“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para las mujeres y hombres”

“Año de la Universalización de la Salud”

*considerado? puesto que la adenda no pone un tope a las observaciones”.*

*“Estos son reglas procedentes de pretensiones de ejecución contractual, no deben mezclarse con la adenda.”<sup>27</sup>*

204. Se debe señalar que, el último comentario del MEF es en referencia a que el Concesionario, en la propuesta de Adenda, incluso ha planteado un mecanismo de pago, en caso el laudo arbitral obligué a pagar a este último un número de terrenos y/o inmuebles menor a la totalidad de inmuebles por litigio. Al respecto, se debe señalar que este tipo de propuestas no corresponden ser establecidas y/o incorporadas en la Adendas al Contrato de Concesión, dado que las mismas son pretensiones que deben ser establecidas en el Laudo Arbitral.

205. Asimismo, el OSIPTEL ha mencionado los siguientes comentarios:

*“Criterios y sustento del monto a pagar en caso se declare fundada la pretensión principal del Caso Arbitral N°1045-107-16.”*

*“En relación al monto a pagar en caso se declare fundada la pretensión principal del concedente respecto al Caso Arbitral N° 1045-107-16, es preciso que en el informe sustentatorio se plantee una justificación detallada de los criterios y valores utilizados para su cálculo.”<sup>28</sup>*

206. Como se puede observar, el MEF y el OSIPTEL solicitan el sustento económico del monto final de la garantía, a pesar que, en fecha 13.03.20,

---

<sup>27</sup> Comentarios realizados mediante correo electrónico del 22.05.20.

<sup>28</sup> Comentarios realizados mediante correo electrónico del 22.01.20.



el Concesionario remitió información adicional a la propuesta de Adenda que contenía su sustento económico; esto se debe a que dicho monto propuesto por el Concesionario: i) no cubre el monto real (valor de mercado) de los terrenos en litigio y ii) el MEF recomendó que dicho monto incluso cubra las observaciones mayores y menores que no serán subsanadas por el Concesionario al suscribirse el acta de reversión de los bienes de la Concesión, esto último como un mecanismo de mitigación de riesgos.

207. Respecto al numeral ii) antes señalado, el MTC en acápite anteriores al presente informe ya ha señalado mecanismo de mitigación para subsanar observaciones, por otro lado respecto al numeral i), el Ministerio de Transportes y Comunicaciones señala que aceptar el valor propuesto en el proyecto de Adenda acerca de los terrenos generaría una descobertura sobre el costo real de los mismos, debido a que estos terrenos y/o inmuebles en litigio, acorde a la “Consultoría para determinar escenarios económicos a fin de evaluar alternativas respecto de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica”, realizada por la empresa Ascendant Group mediante información secundaria, ha evidenciado que los mencionados terrenos tendrían un valor comercial aproximado de US\$15,508,750.33 (Quince millones Quinientos ocho mil setecientos cincuenta con 33/100 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica), tal como se puede observar en el siguiente cuadro:

**Cuadro N° 02: Valor Comercial de los Terrenos de la RDNFO**

ITEM	Área (m2)	Valor Comercial
Terrenos Comprados	7903.59	1,443,822
Terrenos arrendados	29002.13	15,508,750
<b>TOTAL (m2)</b>	<b>36905.72</b>	<b>16,952,573</b>

Fuente: Consultoría para determinar escenarios económicos a fin de evaluar alternativas respecto de



“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para las mujeres y hombres”

“Año de la Universalización de la Salud”

la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica - Ascendant Group 2019.

208. Asimismo, para contrastar el valor de mercado antes señalado, se ha evaluado el valor económico que tendría dichos terrenos, para ello se ha utilizado los beneficios futuros que podrían generar dichos inmuebles, es decir el costo de arrendamiento futuro que podrían generar los terrenos. Para dicho análisis se ha utilizado VAN (valor actual neto) para traer a valor presente los mencionados beneficios.

209. Al respecto a la fecha, el Concesionario paga un costo de arrendamiento anual de USD 1.45 millones de dólares por los terrenos de los 287 nodos<sup>29</sup>, teniendo en consideración que dichos terrenos iban a ser arrendados hasta el 2034 (plazo de vigencia de la Concesión), los inmuebles tendrían beneficios anuales ajustados a inflación los próximos 15 años. Además, considerando que el proyecto de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, volverá a ser licitado una vez terminada la Concesión del Contrato vigente (2034), se requiere que dichos terrenos sean alquilados para una nueva concesión, y así consecutivamente para futuras licitaciones, es por ello que el año 15 se ha considerado el flujo futuro perpetuo del arrendamiento de los terrenos. Por lo que los beneficios antes señalados se pueden evidenciar en el siguiente cuadro:

Cuadro N° 03: Valor Económico de los Terrenos de la RDNFO

	2020	2021	2022	2023	2024	2025	2026	2027	2028	2029	2030	2031	2032	2033	2034
<b>Inflación WPSFD4131</b>		1.7%	3.5%	5.2%	7.0%	8.7%	10.5%	12.2%	14.0%	15.7%	17.4%	19.2%	20.9%	22.7%	24.4%
<b>Alquiler Anual (US\$ MM)</b>	1.44	1.47	1.49	1.52	1.54	1.57	1.59	1.62	1.64	1.67	1.69	1.72	1.74	1.77	1.79
<b>Perpetuidad (US\$ MM)</b>															16.99
<b>Total US\$ MM</b>	1.44	1.47	1.49	1.52	1.54	1.57	1.59	1.62	1.64	1.67	1.69	1.72	1.74	1.77	18.79
<b>Valor Actual Neto (US\$ MM)</b>	17.37														

29 Información remitida por el Concesionario mediante el archivo excel "RPMO\_RefMTC" – año 2019, con la lista de los contratos de arrendamiento y sus respectivos montos de renta.



\* Inflación anual proyectada WPSFD4131 (según contrato y Adenda N° 2)

\*\* Tasa de Descuento 10.23% (según contrato)

\*\*\* <sup>30</sup>Perpetuidad=  $VP = P_1 / (i - g)$

Fuente: Elaboración Propia

210. Por lo antes señalado, se considera que el valor económico de los terrenos sería aproximadamente US\$ 17.37 millones, cabe resaltar que este valor es perfectamente aplicable al escenario que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones gane el litigio por los terrenos y no pueda adquirir los inmuebles, debido a que los propietarios de dichos inmuebles no estén dispuestos a vender los terrenos, por lo que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones tendría que arrendarlos a un valor comercial similar al costo de arrendamiento actual que el Concesionario paga a los propietarios durante todo el tiempo restante de la Concesión. Asimismo, en caso este Ministerio, decida volver a licitar la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica una vez terminada la Concesión del Contrato vigente (2034), se requiere que dichos terrenos sean alquilados para una nueva concesión, y así consecutivamente para futuras licitaciones garantizando la continuidad del proyecto y sus servicios.

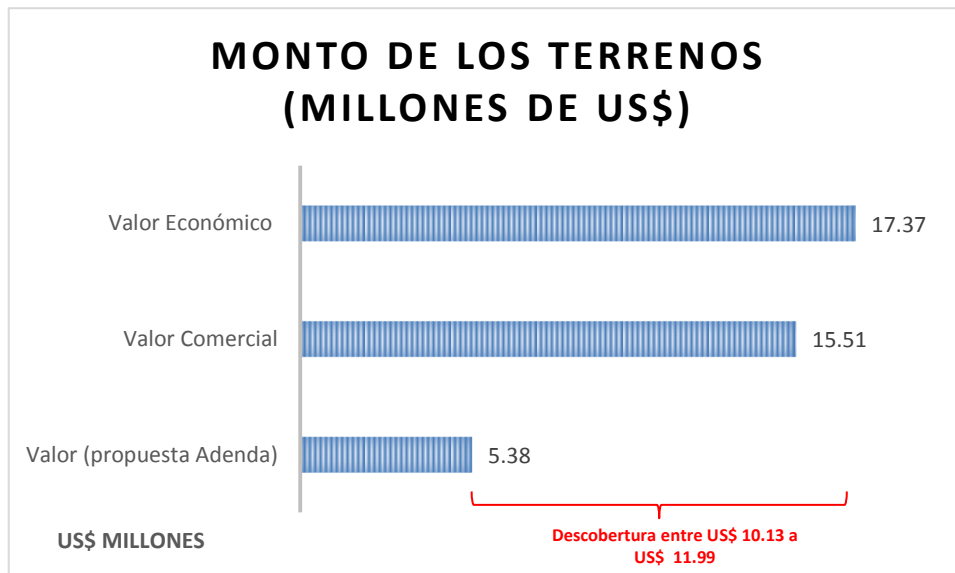
211. Finalmente, considerando que el valor de los terrenos asociados a los 287 nodos de la RDNFO tiene un costo entre US\$ 15.51 millones (valor comercial) y US\$ 17.37 millones (valor económico), se considera que aceptar la propuesta del Concesionario en el proyecto de Adenda, generaría que el MTC este descoberturado y tenga que asumir un costo por los terrenos entre US\$ 10,13 millones a US\$ 11.99 millones de dólares, ocasionando un pasivo contingente para el Estado en el marco de Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, y su reglamento. Para mayor detalle ver

---

30 Brealey Myres Allen - Principio de Finanzas Corporativas - Novena Edición Año 2010, Pág. 46.

siguiente gráfico:

**Gráfico N° 01: Valorización de los terrenos asociados a 287 nodos de la RDNFO**



Fuente: Elaboración propia.

212. Por lo antes expuesto, para evitar posibles pasivos contingentes para el Estado, este Ministerio propone en su contrapropuesta que el valor final de la nueva garantía, una vez que se haya logrado la reversión de los bienes de la Concesión<sup>31</sup> sin inconvenientes (sin observaciones), sea por un monto de US\$17,369,216.91 (Diecisiete millones trescientos sesenta y nueve mil doscientos dieciséis con 91/100 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica) con el objetivo de coberturar la obligación de pago en caso el Laudo Arbitral No. 1045107-16 declare fundada total o parcialmente la Pretensión Principal del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, y dicho laudo quede firme.

<sup>31</sup> Es decir, luego de la suscripción del Acta de Entrega Final acorde a lo desarrollado en el acápite "Vigencia de la Garantía"



## G) SOBRE LA OBLIGACIÓN DE EJERCER UNA DEFENSA CONJUNTA

213. El numeral 74.1.5.1 del texto de la Adenda N° 3 propone, respecto a la cesión de posición contractual en los contratos de compartición de infraestructura, de forma específica en los casos en que los mandatos de compartición vengán siendo cuestionados judicialmente hasta la fecha de suscripción del Acta de Entrega Final, que las partes se comprometen a ejercer la defensa judicial de forma conjunta tanto por el Concesionario, el Concedente y/o el tercero que asuma la operación y mantenimiento de la Red Doral Nacional de Fibra Óptica.

214. Siendo que la referida defensa conjunta incluye, según la propuesta, que los casos donde exista discrepancia sobre el sentido de la misma, prevalezca el criterio del Concesionario, y establece además que, en caso se produzca el incumplimiento del pacto de defensa conjunta, el Estado renuncia a trasladar al Concesionario el cumplimiento de la resolución judicial.

215. Sobre este punto, el Ministerio de Economía y Finanzas ha señalado en sus comentarios, lo siguiente:

*“En la adenda no se debe incorporar reglas sobre procesos judiciales.”*

*“No se deben incluir en la adenda referencias a procesos judiciales o arbitrales, esto va por cuerdas separadas.<sup>32</sup>”*

216. Así, a decir del Ministerio de Economía y Finanzas, no corresponde incorporar en el texto de la Adenda 3 reglas que sean aplicables a los

<sup>32</sup> Comentario realizado mediante correo electrónico del 22.05.20.



procesos judiciales o arbitrales relacionados al Contrato de Concesión, dado que se trata de fueros distintos.

217. Al respecto, si bien el resultado de los procesos judiciales a través de los cuales se cuestionen los mandatos de compartición de infraestructura son de interés de ambas partes, no existe sustento que respalde la propuesta del Concesionario, quien no solo establece un régimen mandatario de defensa conjunta, sino que además pretende el predominio de su criterio en la estrategia de defensa, así como la renuncia del Estado a trasladar la responsabilidad del resultado aun cuando así corresponda.
218. Al respecto, si en el marco de los procesos judiciales a los que se refiere su propuesta, el Concesionario considera que el resultado de los mismos puede afectar sus intereses, como cualquier otro afectado cuenta con los instrumentos procesales que le permita solicitar al juez su participación como tercero alegando legítimo interés, quien tendrá que decidir si acepta o no su intervención en el proceso.
219. Por otro lado, según el principio de autonomía funcional establecido en el artículo 5 del Decreto Legislativo 1068, Decreto Legislativo del Sistema de Defensa Jurídica del Estado, la defensa jurídica del Estado se ejerce por medio de los Procuradores Públicos únicamente, quienes actúan con autonomía en el ejercicio de sus funciones sin ningún tipo de intervención.
220. En ese mismo sentido, no existe marco jurídico que respalde un acuerdo por el cual una entidad de la administración pública renuncia al ejercicio de derechos como el de repetición o cualquier otro en salvaguarda de sus intereses, en tanto dicha renuncia afecta intereses públicos.





221. Por ello, no es posible acoger la propuesta de la Adenda N° 3 en este extremo, en tanto este Ministerio no puede pactar en contra de la autonomía de los procuradores a cargo de los procesos judiciales en referencia, ni acordar cualquier aspecto que afecte intereses públicos, es por esta razón que nuestra contrapropuesta no contempla este régimen de defensa conjunta.

#### H) SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA

222. Finalmente, se precisa que, de la revisión de la propuesta de adenda presentada por el Concesionario, aun cuando los términos de la misma han sido planteados por el Concesionario, no se advierte una declaración expresa de que el proyecto de Adenda N° 3 no modifica ni afecta el equilibrio económico financiero del Contrato de Concesión y las condiciones de competencia del proceso de promoción.

223. Sobre este punto, el Ministerio de Economía y Finanzas ha realizado el siguiente comentario:

*“Falta la declaración de que la [propuesta de] adenda mantiene el equilibrio económico financiero del contrato, cláusula anticorrupción, condiciones de competencia y condiciones técnica-económicas.”<sup>33</sup>*

224. Por su parte, el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones ha manifestado lo siguiente:

*“En el Informe de Azteca (Pág. 12) se afirma claramente que el*

<sup>33</sup> Comentario realizado mediante correo electrónico del 22.05.20.



“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para las mujeres y hombres”

“Año de la Universalización de la Salud”

*Proyecto de Adenda N° 3 no modificaría ni afectaría el equilibrio económico financiero del Contrato de Concesión. Sin embargo, la propuesta de Adenda presentada por AZTECA no recoge dicha afirmación de la empresa, siendo recomendable que en la Adenda N° 3 ha suscribirse se incluya expresamente una cláusula referida a este punto, en los mismos términos con que fue estipulada en la Adenda N° 1.<sup>34</sup>”*

225. Al respecto, el numeral 55.1 del artículo 55 del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, establece que el Estado, de común acuerdo con el inversionista, puede modificar el contrato de Asociación Público Privada, manteniendo su equilibrio económico financiero y las condiciones de competencia del proceso de promoción, conforme a las condiciones y requisitos que establece el Reglamento.
226. Por otro lado, como ya ha sido explicado por este Ministerio, la caducidad de la concesión es la mejor alternativa dada la situación actual de la concesión, tanto para el Concedente como para el Concesionario, motivo por el cual las partes vienen evaluando caducar la concesión por mutuo acuerdo.
227. Teniendo en cuenta lo indicado, consideramos además que la propuesta de adenda debería contener una declaración expresa del Concesionario que indique que la misma no genera responsabilidad civil por daños y perjuicios atribuible al Concedente derivadas del acuerdo de caducidad, siendo que dicha declaración resulta de suma importancia para reflejar el

<sup>34</sup> Comentario realizado mediante correo electrónico del 22.01.20.



estado de la negociación, ilustrando las circunstancias en las cuales se produciría el acuerdo de terminación del contrato.

228. Por esta razón, la contrapropuesta planteada por este Ministerio incluye en el numeral 74.4 de la Cláusula 74, referido a las declaraciones hechas por las partes con la suscripción de la Adenda, que la misma respeta la naturaleza de la Concesión, mantiene las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas, así como el equilibrio económico financiero de las prestaciones a cargo de las Partes, del mismo modo, se precisa que la suscripción de la presente Adenda no genera responsabilidad civil por daños y perjuicios atribuible al Concedente.

#### **IV. CONCLUSIONES**

En atención a las consideraciones señaladas en el presente informe, se concluye lo siguiente:

- a. Si bien la suscripción de una adenda al Contrato de Concesión constituye un instrumento a través del cual las partes pueden acordar la caducidad de la concesión y, al mismo tiempo, modificar el Contrato de Concesión tal como lo propuso el Concesionario, desde el punto de vista legal, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones no puede aceptar la propuesta presentada por el Concesionario por las siguientes razones:
  - La propuesta contiene disposiciones que atentan contra los intereses del Estado, los mismos que deben ser protegidos por este Ministerio en su condición de Concedente, dichas disposiciones son: i) el pacto de defensa conjunta en procesos judiciales, ii) la renuncia del Concedente a aplicar



“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para las mujeres y hombres”

“Año de la Universalización de la Salud”

- penalidades y sanciones, iii) el número máximo de inasistencias aplicables solo al Concedente, entre otros mencionados.
- La propuesta contiene disposiciones que afectan las competencias atribuidas al OSIPTEL mediante normas legales, tales como: i) impedir la calificación de incumplimientos durante la ejecución del protocolo de pruebas, ii) determinar la modalidad de supervisión que deberá emplear el regulador, y iii) determinar la inaplicación de algunos niveles de servicio (SLA).
- b. Con relación a la Garantía de la Fase de Prestación del Servicio Portador, del análisis realizado sobre su vigencia se advierte que la propuesta de Adenda mantiene dicha vigencia incluso durante el proceso de reversión de los bienes de la concesión, a diferencia de la versión actual del Contrato de Concesión que únicamente mantiene su vigencia hasta la caducidad de la concesión, razón por la cual es necesario modificar el literal b) de la Cláusula 32 del Contrato de Concesión.
- La propuesta del Concesionario está pensada en un escenario de devolución gradual de la posesión de los bienes y no en la reversión de los mismos en un único acto como lo establece el Contrato de Concesión vigente. Sobre este punto, la contrapropuesta de este Ministerio considera menos riesgoso que dicho proceso de reversión se de en un acto único con proceso de verificación previo, por lo que tampoco corresponde reducir la garantía de forma gradual, aceptando su remplazo por una nueva garantía una vez suscrita el Acta de Entrega Final.
- Respecto al análisis del monto de la garantía, la propuesta de



Adenda propone el remplazo final de la misma por un monto de 5'384,601.49 (Cinco millones trescientos ochenta y cuatro mil seiscientos un con 49/100 dólares), a fin de garantizar los resultados del Caso Arbitral N° 1045-107-16 relacionado al costo de los terrenos y/o inmuebles del proyecto; sin embargo, del análisis realizado se advierte que dicho monto es insuficiente para garantizar al Estado la cobertura de estos terrenos.

- c. El Ministerio de Transportes y Comunicaciones, desde el punto de vista económico, no puede aceptar una propuesta de Adenda que genera compromisos adicionales para el Estado, los cuales suman alrededor de US\$ 11.99 millones por la infravalorización de los terrenos en litigio con el Concesionario. Al respecto, estos recursos adicionales ocasionarían contingencias fiscales y por ende pasivos firmes y contingentes para el Estado en el marco de Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, y su reglamento. Por ello, este Ministerio ha propuesto en la contrapropuesta remitida que el monto de la nueva garantía que permita coberturar el costo de los terrenos en litigio con el Concesionario sea de US\$ 17.37 millones.
- d. El Ministerio de Transportes y Comunicaciones ha contrapropuesto un esquema del pago trimestral del RPMO y de la valorización del último RPMO durante el proceso de reversión de los bienes de la Concesión similar al esquema inicial de liquidación del RPMO diseñado en el Contrato de Concesión, mitigando la mayor exposición de riesgos al Estado por esquemas como la reducción de RPMO por nodo entregado.



- e. El Ministerio de Transportes y Comunicaciones no está de acuerdo con los numerales 2.89, 2.90.1, 2.91.1, 2.91.2, 65.3, 2.85, 74.2.5, 2.90 y 74.2.6.1 de la propuesta de Adenda, toda vez que permitiría que el Concedente pueda recibir Bienes de la Concesión con observaciones mayores o menores, según los listados taxativos de observaciones planteadas por el Concesionario. Asimismo, las observaciones mayores o menores no impedirían la suscripción del Acta de Entrega Final, debido a que dichas observaciones pueden subsistir luego de la suscripción de la citada Acta y ser materia de un proceso arbitral que generaría gastos al Estado, es decir; sin necesidad de ejecutar las Pruebas de Operatividad de los Bienes de la Concesión, el Acta de Entrega Final puede ser suscrita, con lo cual el Concesionario quedaría exento de responsabilidad sobre la operación y mantenimiento de la RDNFO.
- f. La propuesta de Adenda, no cuenta con mecanismos y/o incentivos adecuados para mitigar el riesgo de revertir los bienes de la concesión con observaciones mayores y menores una vez suscrita el Acta de Entrega Final, ocasionando que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones deba presupuestar montos adicionales al RPMO para poder subsanar dichas observaciones, es decir se generarían pasivos contingentes para el Estado.
- g. El Ministerio de Transportes y Comunicaciones ha contrapropuesto que, con el fin de reducir el riesgo advertido, considerando los comentarios del MEF y el OSIPTEL, el Acta de Entrega Final se debería suscribir luego de verificar que todos los Bienes de la Concesión se encuentren sin ningún tipo de observaciones, salvo



por el desgaste normal generado por el uso de dichos bienes, estableciendo además un mecanismo de reducción del RPMO DE 10 UITs por cada día por retrasos en la suscripción del Acta de Entrega Final, atribuible al Concesionario.

- h. El Ministerio de Transportes y Comunicaciones no está de acuerdo con los numerales 74.2.7, 74.6.5 y 74.2.1 de la propuesta de Adenda, toda vez que no permitiría el acceso a los nodos cuando el OSIPTEL o el Concedente lo considere necesario para la ejecución de las acciones de supervisión correspondientes, siendo una de éstas la verificación de los Niveles de Servicio (SLA), los cuales el Concesionario está obligado a cumplir, ya que viene prestando el Servicio Portador, sin embargo; la propuesta de Adenda plantea eximir de cualquier sanción o penalidad al Concesionario ante la ocurrencia de alguna falla y/o inconveniente que afecte la operatividad de la RDNFO. Asimismo, el Concesionario plantea que la ejecución de las Pruebas de Operatividad podría ser llevada a cabo desde el NOC Huachipa, con lo cual se advierte el riesgo de no se poder verificar el estado de conservación de los Bienes de la Concesión.
- i. El Ministerio de Transportes y Comunicaciones no está de acuerdo con el Protocolo de Pruebas para la Entrega de la RDNFO propuesto por el Concesionario en el Anexo 22, puesto que dicho protocolo no cubre todos los aspectos por los que la RDNFO se caracteriza, teniendo en cuenta sus grandes dimensiones y complejidad en lo referente al diseño y al despliegue de fibra óptica; por lo que la ejecución de dichas pruebas generaría un riesgo alto en la recepción de los Bienes de la Concesión con observaciones



“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para las mujeres y hombres”

“Año de la Universalización de la Salud”

de operatividad, funcionalidad, disponibilidad y/o de estado de conservación, conllevando a una inversión adicional por parte del Estado para la subsanación de las mismas. Por ello el Ministerio de Transportes y Comunicaciones ha establecido en su contrapropuesta que el Anexo 22 de la Adenda N° 3 contenga todas las pruebas que permitan verificar el estado de conservación de todos los Bienes de la Concesión, con lo cual se estaría mitigando el riesgo de recibir bienes con observaciones.

## V. RECOMENDACIÓN

Remitir al Viceministerio de Transportes el presente informe.

  
-----  
**PEDRO MEIGAREJO VARGAS**  
Ingeniero  
Dirección de Gestión de Inversiones en Comunicaciones

  
-----  
**ANANÍAS BRAVO BEJARANO**  
Ingeniero

  
-----  
**CEIDA ROSELL CAMACHO**  
Abogada

  
-----  
**CRISTIAN CHIPANA SUYO**  
Asesor

  
-----  
**JOSÉ VIDAL HUARCAYA**  
Coordinador

  
-----  
**YOHANA FABIÁN ALIAGA**  
Directora

La suscrita hace suyo el presente informe.



-----  
**NADIA VILLEGAS GÁLVEZ**  
Directora General de Programas y Proyectos de Comunicaciones