

14377-2016/SSB01

TP-AR-GER-2157-16

Lima, 02 de Setiembre de 2016

Señora
ANA MARÍA GRANDA BECERRA
GERENTE GENERAL
OSIPTEL
Presente.-



4:13 PM

Asunto: Presentamos comentarios a la Propuesta del OSIPTEL de Oferta Básica de Acceso para la Prestación de Facilidades Complementarias para el Acceso al Servicio Portador provisto a través de la red Dorsal Nacional de Fibra Óptica.

Ref.: Resolución N° 00441-2016-GG/OSIPTEL.

De nuestra mayor consideración:

Nos dirigimos a Usted a fin de saludarla cordialmente y; a la vez, manifestarnos sobre la propuesta de "Oferta Básica de Acceso para la Prestación de Facilidades Complementarias para el Acceso al Servicio Portador provisto a través de la red Dorsal Nacional de Fibra Óptica" (en adelante, la "OBA"), aprobada por vuestro Despacho mediante la resolución de la referencia.

Al respecto, saludamos la disposición del Regulador de acoger varios de los comentarios sustentados por las operadoras interesadas, en relación a la propuesta de OBA presentada por la empresa Azteca Comunicaciones Perú S.A.C.

En esta oportunidad, cumpliendo el plazo señalado en el Artículo Cuarto de la resolución de la referencia, y bajo el formato indicado en la misma, remitimos nuestros comentarios a la propuesta de OBA del OSIPTEL dentro del Anexo adjunto a la presente.

Sin otro particular, nos despedimos de usted y aprovechamos la oportunidad para expresarle nuestros sentimientos de mayor consideración.

Atentamente,

A handwritten signature in black ink, appearing to be "A. Quintanilla Paucarcaja".

ANA CLAUDIA QUINTANILLA PAUCARCAJA
Gerente De Estrategia Regulatoria

COMENTARIOS A LA PROPUESTA DEL OSIPTEL DE OFERTA BÁSICA DE ACCESO A FACILIDADES DE LA RED DORSAL NACIONAL DE FIBRA ÓPTICA

RESOLUCIÓN N° 0441-2016-GG/OSIPTEL

Numeral de la Oferta Básica de Acceso	Comentario
I.	CONDICIONES GENERALES DEL ACCESO Y LAS FACILIDADES COMPLEMENTARIAS DE LA RED DORSAL NACIONAL DE FIBRA ÓPTICA
<p>5. Régimen para la cesión de posición contractual</p> <p>5.2</p>	<p>En este punto, coincidimos con lo comentado por la empresa Americatel Perú S.A. respecto a la reciprocidad que debería existir en el régimen de cesión de posición contractual, teniendo en cuenta que no hay una razón justificante que impida ello. Asimismo, reiteramos nuestra postura acerca de la posibilidad de cesión de posición contractual a favor de empresas vinculadas o empresas pertenecientes al mismo grupo económico de EL USUARIO.</p> <p>Sobre este último aspecto, el OSIPTEL señala no poder acoger las sugerencias de Telefónica del Perú S.A.C. respecto al régimen de cesión de posición contractual, en el sentido que <i>"el tercero que pertenezca al Grupo Económico del Usuario, <u>no necesariamente cumplirá con la condición de ser Usuario de la RDNFO y, por tanto, podrá acreditar que necesita la infraestructura de dicha red para facilitar y/o complementar el acceso al Servicio Portador. (...)</u>"</i> (el subrayado es nuestro) (Informe OSIPTEL N° 00321-GPRC/2016, Anexo N°1, página 24).</p> <p>Asimismo, el Regulador menciona no acoger el comentario de la empresa Americatel Perú S.A. debido a que <i>"la cesión de posición contractual del Usuario solo podría ser viable conforme al Contrato de Concesión"</i></p>

de la RDNFO, si el potencial cesionario (...) califica también como Usuario (...)"(el subrayado es nuestro) (Informe OSIPTEL N° 00321-GPRC/2016, Anexo N°1, páginas 27 -28)

Al respecto, en la cláusula 2.78 del Contrato de Concesión de la RDNFO se define al Usuario de la RDNFO, como "el prestador de servicios públicos de telecomunicaciones que contrata el Servicio Portador y, de ser el caso, las Facilidades Complementarias brindadas por el Concesionario".

En ese sentido, consideramos que es posible establecer la reciprocidad de la cláusula de cesión de posición contractual de la OBA, y la posibilidad de cesión a empresas vinculadas o del mismo grupo económico, con la salvedad de que las mismas tengan la condición de Usuario de la RDNFO, de acuerdo a lo señalado con anterioridad.

Bajo este contexto, proponemos la siguiente redacción del numeral 5.2 de la OBA:

"5.2 Las Partes no podrán ceder o transferir a terceros su posición contractual, los derechos u obligaciones que se deriven de la presente OBA, sin el previo consentimiento por escrito de la otra parte, salvo que el tercero sea una empresa vinculada o perteneciente al mismo grupo económico y que tenga la calificación de Usuario de la RDNFO que establece el Contrato de Concesión de la RDNFO, de manera previa a la cesión de posición contractual. Todo intento de cesión de posición contractual, ya sea en su totalidad o en parte, violando esta disposición será nulo, no tendrá efecto y no podrá hacerse valer judicialmente contra la otra parte."

En línea con lo anterior, sugerimos que el literal l) del numeral 4.3 sea reformulado en los siguientes términos:

	<p><i>"4.3 EL USUARIO tiene las siguientes obligaciones: (...) l) No subarrendar, traspasar o ceder los derechos o su posición contractual a favor de terceros respecto de la Facilidad Complementaria contratada, bajo ningún título, salvo autorización expresa y por escrito de AZTECA PERÚ. Asimismo, no celebrar con terceros contrato alguno de subarrendamiento, comodato y/o cualquier otro acto de disposición en virtud del cual se permita a dichos terceros hacer uso de la infraestructura de la RDNFO al que ha accedido mediante la suscripción de la presente OBA. Lo anterior no resulta aplicable cuando el tercero es una empresa vinculada o perteneciente al mismo grupo económico que cuenta con la calificación de Usuario de la RDNFO que establece el Contrato de Concesión de la RDNFO."</i></p> <p>Teniendo en cuenta lo expuesto, consideramos que podría evaluarse la posibilidad de incluir este escenario de reciprocidad, incluyendo la precisión de que la cesión de posición contractual a terceros vinculados o empresas del mismo grupo requiere que dicha empresa –perteneciente al mismo Grupo económico-, cuente con la calidad de usuario de la RDNFO.</p>
<p>6. Régimen de Responsabilidad</p> <p>6.9</p>	<p>Al respecto, insistimos en nuestra propuesta de reformular el presente numeral y acotar el mismo a acciones derivadas de este contrato, ya que la versión actual -propuesta por el OSIPTEL- sigue siendo una declaración muy amplia que atenta contra el derecho de acción de EL USUARIO y lo deja desprotegido frente a la Administración Pública.</p> <p>Sumado a ello, consideramos que esta declaración debe tener carácter bilateral, ya que en la cláusula 51.1 del Contrato de Concesión de la RDNFO sólo se señala la obligación de incluir en todos los contratos una cláusula referente a la renuncia de interponer acciones de responsabilidad civil contra el Concedente</p>

	<p>– entendemos el Estado a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones-, el OSIPTEL y sus funcionarios; pero lo que el Contrato de Concesión de la RDNFO no establece es el sujeto sobre el cual recae esta obligación. Por ello, entendemos que debería ser una declaración de ambas partes, pues no hay razón para que la redacción de esta cláusula este dirigida únicamente al tercero, o en este caso, a EL USUARIO.</p> <p>En ese sentido, proponemos la siguiente redacción para el numeral 6.9:</p> <p style="text-align: center;"><i>“Las Partes renuncian a interponer acciones de responsabilidad civil, respecto a la relación contractual derivada de la presente OBA, contra el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, OSIPTEL y/o los funcionarios de ambos, de conformidad con lo establecido en el b) de la Cláusula 51.1 del Contrato de Concesión de la RDNFO”</i></p> <p>Finalmente, consideramos que esta declaración carecería de sentido en caso alguna de las partes decidiera hacer ejercicio de su legítimo derecho de defensa, solicitando la nulidad de esta cláusula ante un tribunal, ya que <i>“es en la sentencia donde el juez declara el derecho y no liminarmente; por ello, puede haber proceso con demanda desestimada en el fondo. Y es que (...) cualquiera puede demandar a cualquiera por cualquier cosa y con cualquier dosis de razón”</i> (Casación N° 4008-2010 Cusco)</p>
<p>16. Resolución del contrato.</p> <p>16.1</p>	<p>Sobre este punto, si bien las Disposiciones Generales no han previsto el escenario de suspensión del servicio tal como lo señala la Posición de OSIPTEL, tampoco impiden su inclusión.</p> <p>En esa línea, consideramos conveniente y necesario que, a fin de garantizar la continuidad del servicio y la no afectación a los usuarios finales, en la versión final de la OBA se incluya un procedimiento para la</p>

	suspensión del servicio de forma previa a la resolución del contrato para la prestación de la Facilidad Complementaria.
II. CONDICIONES ECONÓMICAS PARA LA PRESTACIÓN DE FACILIDADES COMPLEMENTARIAS A TRAVÉS DE LA RDNFO	
21. Retribución por la prestación de la facilidad complementaria contratada 21.3	<p>En este punto sugerimos que se especifique que el plazo de quince (15) días hábiles aplica también para el pago mensual. Porque tal y como se encuentra redactado el presente numeral, podría interpretarse que el mencionado plazo aplica únicamente para los pagos del servicio que se prestaron antes de establecer las retribuciones.</p> <p>En ese sentido, consideramos necesario, además, que el citado plazo debería estar indicado también en la cláusula 22 de la OBA correspondiente al Procedimiento de pago.</p>
21. Retribución por la prestación de la facilidad complementaria contratada 21.4	<p>Sobre este punto, en línea con la Posición del OSIPTEL con relación a que en la OBA bajo comentarios EL USUARIO es el responsable de la instalación del cable de fibra óptica en los postes, ducterías y cámaras, y de los equipos en la Sala Técnica, de acuerdo a la Facilidad Técnica contratada, vemos por conveniente que en la versión final de la OBA se incluya de manera expresa esta precisión, a fin de reducir los riesgos de alguna posible interpretación diferente y/o más amplia sobre el alcance para la "instalación de elementos, equipos y/o infraestructura" por parte de EL USUARIO.</p> <p>En línea con ello, sugerimos el siguiente texto a fin de incluir la precisión antes señalada:</p>

	<p>"21.4 EL USUARIO será el único responsable de la instalación del cable de fibra óptica en los postes, ducterías y cámaras y de los equipos en la Sala Técnica, de acuerdo a la Facilidad Complementaria contratada, debiendo advertir a su exclusiva cuenta y riesgo todos los costos relacionadas a la misma".</p>
<p>III. ASPECTOS TÉCNICOS DE LAS FACILIDADES COMPLEMENTARIAS PROVISTAS A TRAVÉS DE LA RDNFO</p>	
<p>1. Descripción de la Facilidad Complementaria 1.5 e)</p>	<p>Con relación a este punto, reiteramos nuestra posición de que se precise que en caso EL USUARIO requiera instalar infraestructura adicional para la prestación de sus propios servicios, este deberá informar a AZTECA PERÚ sólo en caso dicha infraestructura pueda generar un impacto a la RDNFO y/o a las redes de terceros.</p> <p>Lo antes mencionado se encuentra en línea con lo establecido en el mismo apartado, el cual impide a EL USUARIO instalar infraestructura que interfiera con la planta externa de AZTECA PERÚ: <u>"Si por razones de la prestación de sus propios servicios EL USUARIO requiera instalar infraestructura adicional, tal como postes y canalización, por ningún motivo deberá interferir con la planta externa de AZTECA PERÚ"</u> (el subrayado es nuestro)</p> <p>En ese sentido, si EL USUARIO se encuentra impedido de instalar infraestructura que interfiera con la planta externa de AZTECA PERÚ, no resulta necesario que de forma adicional se solicite que EL USUARIO informe a AZTECA PERÚ la realización de obras civiles cercanas a la RDNFO. Dado que en caso EL USUARIO realice algún trabajo cercano, este de ninguna forma podría interferir con la planta externa de AZTECA PERÚ.</p>

<p>7. Procedimiento para la operación, mantenimiento y gestión de averías</p>	<p>En este punto, solicitamos un plazo mayor al de 30 minutos desde el conocimiento de la falla, porque en la práctica este plazo resultaría insuficiente para notificar por escrito y correo electrónico a Azteca .</p>
<p>8. Protocolo para el acceso a Facilidades Complementarias 8.3</p>	<p>Sobre este punto, coincidimos con la Posición de OSIPTEL con relación a que el personal que deberá tener acceso a los ductos y/o cámaras debería ser el indispensable; sin embargo, consideramos que dicha posición no se contrapone a lo planteado por nuestra empresa, en tanto estamos de acuerdo que el personal deberá ser el necesario pero que ello no debe limitar el ingreso a dos (2) personas en estricto, pudiéndose dejar abierta la posibilidad que ingrese el personal necesario para la realización de las instalaciones necesarias.</p> <p>Reiteramos nuestra posición teniendo en cuenta que en la OBA bajo comentarios se está considerando además como obligación que el personal designado por EL USUARIO está obligado a “estar debidamente capacitado” o “contar con la calificación necesaria” para los trabajos de instalación y mantenimiento de los cables de postes de la RDNFO o para la ejecución de labores que demande la facilidad complementaria contratada; en ese entendido, consideramos que no existe necesidad de restringir a un número específico el número de personal para la realización de los trabajos que resulten necesarios.</p>
<p>III.3 Coubicación de equipos 2. Ubicación de los nodos de la RDNFO donde se brindará</p>	<p>Con relación a la propuesta de AZTECA PERÚ de brindar la facilidad complementaria sólo en tres (3) nodos de la RDNFO (en los distritos de Lurigancho, Cajamarca y Puno), el OSIPTEL menciona, en su interpretación, que AZTECA PERÚ ha considerado inicialmente la inclusión de sólo tres (3) de sus nodos, dejando abierta la posibilidad de brindar la provisión de la facilidad complementaria de coubicación de equipos en nodos adicionales, en cuyo caso actualizaría su OBA.</p>

<p>esta Facilidad Complementaria</p>	<p>Al respecto, proponemos que sería más eficiente que en la presente OBA se mencione expresamente que las Facilidades Complementarias se brindarán en los nodos habilitados por AZTECA PERÚ para tal fin. Ello, teniendo en cuenta que la OBA es una oferta básica, la cual debe situarse en escenarios generales, los que en una etapa posterior se efectivizan de forma detallada en los acuerdos que se establezcan con cada operador. Esto permitiría, además, que AZTECA PERÚ incluya nodos adicionales sin la necesidad de modificar la presente OBA con cada nodo que decida habilitar.</p> <p>Sin perjuicio de lo anterior, en el supuesto que OSIPTEL considere no modificar el presente apartado, sugerimos se incluya la precisión que AZTECA PERÚ informe a OSIPTEL cada vez que habilite un nodo para la prestación de las Facilidades Complementarias y que tal hecho, se ponga en conocimiento de los interesados.</p>
--------------------------------------	--