

Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A.

Consuelo 310 - Arequipa - Tel. (54) 381377 - Fax. (54) 381379
seal@seal.com.pe



Expediente : 00016-2018-CD-GPRC/MC
Sumilla : Interponemos recurso de reconsideración
Escrito : 09

P.AL 000188-2019/SEAL

A LOS SEÑORES MIEMBROS DEL CONSEJO DIRECTIVO DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES - OSIPTEL:

SOCIEDAD ELÉCTRICA DEL SUR OESTE S.A. – SEAL, con RUC N° 20100188628; señalando domicilio para estos efectos en calle Consuelo N° 310 distrito, provincia y departamento Arequipa; debidamente representada por su apoderado Giancarlo Herrera Lavalle identificado con DNI N° 40950981, según poderes obrantes en el expediente, en el procedimiento administrativo de solicitud de emisión de mandato de compartición iniciado por Gilat Networks Perú S.A. (GILAT NETWORKS), atentamente decimos:

Que, el 15 de febrero de 2019, SEAL fue notificado con la Carta C.00068-GCC/2019, por la cual se nos corrió traslado de la Resolución de Consejo Directivo N° 014-2019-CD/OSIPTEL, la cual resolvió “Aprobar el Mandato de Compartición de Infraestructura entre las empresas concesionarias Gilat Networks Perú S.A. y la Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A.”. El sustento de la decisión adoptada fue complementado por el Informe N° 00011-GPRC/2019.

Sobre el particular, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 118, 215 y 217 del TUO de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, TUO de la LPAG); dentro del plazo de quince (15) días hábiles correspondientes, interponemos **RECURSO DE RECONSIDERACIÓN** contra la Resolución de Consejo Directivo N° 014-2019-CD/OSIPTEL (en adelante, Resolución Impugnada o Resolución), en los siguientes términos:

5177-2019/AAP01

EL PERÚ PRIMERO

07 MAR 2019

16/3/19

11 Setien



I. PRETENSIÓN.-

SEAL solicita que el Consejo Directivo de OSINERGMIN reconsidere la Resolución Impugnada y, declarando fundado el presente recurso, y se proceda a dejar sin efecto las condiciones cuestionadas.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.-

Las razones en las cuales se sustenta nuestra pretensión son las siguientes:

- a) **Sobre la determinación de las contraprestaciones por el acceso y uso de la infraestructura de soporte eléctrico de SEAL.-**

Como viene resolviendo en otros mandatos de compartición emitidos, OSIPTEL, a través del Informe N° 00011-GPRC/2019, ha señalado que:

"(...) respecto de la variable "Na", en pronunciamientos anteriores el OSIPTEL ha señalado que la contraprestación mensual directamente atribuible a un cable de comunicación está orientada al costo incremental en el que incurre el operador eléctrico a causa de la instalación de dicho cable de comunicación, en el cual fue dimensionado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC) en un 6,1% del valor del costo de operación y mantenimiento habitual de dicho operador eléctrico en un escenario sin compartición.

En tal sentido, el valor del parámetro "f" (18.3%) es el resultado de multiplicar por 3 el ratio entre el peso promedio de un cable de fibra óptica y el valor promedio de la línea de transmisión, lo que permite concluir que el costo incremental total estimado por el MTC ha sido dimensionado sobre la base de 3 cables de comunicación. En razón de ello, en ejercicio de su facultad discrecional, el Osiptel establece que el "Na" aplicable debe ser igual a tres (3).

En tal sentido, se debe señalar que la solicitud de SEAL para considerar que la variable "Na" esta definida como el "número efectivo de arrendatarios" ni es consistente con lo establecido en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N°29904

ni con las consideraciones adoptadas por el MTC señaladas en el presente informe."

Al respecto, reiteramos nuestra posición expresada en el escrito de emisión de comentarios al proyecto de mandato de compartición de infraestructura, presentado a OSIPTEL con fecha 19 de diciembre de 2018.

Asimismo, repetimos que la metodología para la determinación de las contraprestaciones a razón del acceso y uso de la infraestructura está establecida en el Anexo 1 del reglamento de la Ley N° 29904, por tanto no le corresponde a OSIPTEL fijar valores ni pronunciarse sobre las variables aplicables al cálculo de las contraprestaciones, toda vez que el Anexo 1 ya determina como se calcula la retribución señalando además en que únicas variables se puede realizar modificaciones (variables "m", "l", "h" y "f") y quien es el competente para aprobar dichas modificaciones (el Viceministro de Comunicaciones), en consecuencia, OSIPTEL estaría transgrediendo el principio de legalidad, pues la Ley N° 29904 no le ha conferido la potestad de realizar modificaciones.

En este sentido, es innegable que a OSIPTEL le asisten funciones para el cumplimiento de lo dispuesto en la Ley N° 29904. Sin embargo, en virtud al principio de legalidad¹, estas funciones sólo se extienden a aquellos ámbitos que el legislador ha previsto como tal. En el caso en particular, el artículo 13, en concreto, está referido a la contraprestación a ser cobrada por el concesionario eléctrico, pero lo que estipula este artículo en su numeral 13.4 literal b) es que "La metodología para la determinación de las referidas contraprestaciones será establecida en el reglamento de la presente ley". Es decir, OSIPTEL no cuenta con ninguna facultad discrecional, para determina que el "Na" aplicable debe ser igual a tres (03).

Siendo esto así, debe respetarse el valor otorgado a la variable "Na" cuyo valor es el siguiente:

¹ Numeral 1.1 del artículo IV del TUO LPAG.

$B = 1/N_a$

Donde N_a : número de arrendatarios.

Finalmente, sobre lo señalado por Osiptel cuando refiere que lo solicitado por SEAL no es consistente con lo establecido en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N°29904 ni con las consideraciones adoptadas por el MTC, debemos señalar que la Ley N° 29904 establece la obligación de permitir el uso de su infraestructura a los concesionarios de distribución eléctrica, conforme a lo establecido en el artículo 13 que citamos a continuación:

Artículo 13. Acceso y uso de la infraestructura de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos

13.1 Los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos proveerán el acceso y uso de su infraestructura a los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones para el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de Banda Ancha. Este acceso y uso podrá ser denegado cuando existan limitaciones técnicas que pongan en riesgo la continuidad en la prestación de los servicios u otras restricciones a ser definidas en el reglamento de la presente Ley.

(...)

13.4 El acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de los servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, según lo dispuesto en el presente artículo, se sujeta a las siguientes condiciones:

(...)

b. El acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos se realizará a cambio de una contraprestación inicial que considere la recuperación de las inversiones en las que incurra el concesionario para prestar el acceso y uso a su infraestructura, así como contraprestaciones

periódicas que remuneren la operación y mantenimiento, incluido un margen de utilidad razonable. La metodología para la determinación de las referidas contraprestaciones será establecida en el reglamento de la presente Ley.

(...)

Conforme a la citada norma, el MTC es la entidad competente para establecer el cálculo de la contraprestación en el reglamento correspondiente. Al amparo de lo antes dispuesto, el Reglamento señaló claramente en su artículo 30 que la metodología para la determinación de las contraprestaciones sería la establecida en su Anexo 1. La metodología descrita en dicho Anexo 1 involucra distintas variables denominadas "m", "l", "h", "f" y una variable "Na" cuya importancia es particular, pues su valor es otorgado de la siguiente manera:

$$B = 1/Na$$

Donde Na: número de arrendatarios

En ese mismo sentido, el Anexo 1 establece que los valores otorgados a las variables "m", "l", "h" y "f" pueden ser modificados mediante resolución viceministerial. Sin embargo, no se señala lo mismo respecto a la variable "Na", la cual, debe entenderse, sólo podría ser modificada por Decreto Supremo. Por este motivo, carece de fundamento jurídico la decisión de modificar la variable "Na" y es ilegal que la Resolución Impugnada haya propuesto la modificación de dicha variable cuando la norma especial sobre la materia (en este caso, la Ley N° 29904, y por remisión de ésta, el Reglamento) deja sentado bajo Decreto Supremo el valor de dicho componente y únicamente permite al Viceministerio de Comunicaciones modificar algunas variables, entre las cuales no se encuentra comprendida la variable "Na".

Esta interpretación es acorde con lo que hemos señalado a lo largo del procedimiento: si la metodología aprobada por Decreto Supremo es la que calcula la retribución, únicamente una norma reglamentaria será capaz de modificar la misma y no unilateralmente hacerlo OSIPTEL.

Por este motivo, al asignar el valor de tres (03) a la variable "Na", la Resolución Impugnada está excediendo sus competencias más allá de lo establecido en la Ley N° 29904, pues la forma de determinación de la contraprestación se establece de acuerdo al Anexo 1 del Reglamento, incurriendo la Resolución en clara y arbitraria ilegalidad, sancionada con la nulidad conforme a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 10 de la LPAG, al avocarse materias que exceden su competencia. A tal razón solicitamos se reconozca los valores presentados por SEAL, de acuerdo a la normativa vigente, para el cálculo de la contraprestación.

b) Sobre el valor de la carta fianza.-

La Ley N° 29904, ha establecido la obligación de las empresas operadoras que accedan al uso de la infraestructura compartida de asumir el pago de la contraprestación inicial única y las contraprestaciones periódicas por el uso compartido de la infraestructura, dicha obligación supone a la vez el derecho del concesionario de energía eléctrica de recibir el pago en la forma y plazos establecidos.

Ahora bien, en la práctica los concesionarios de energía eléctrica se ven obligados a asumir el riesgo por la falta de pago de dichas contraprestaciones, ello en atención a que ni la Ley N° 29904, ni su reglamento han establecido mecanismos que garanticen el cumplimiento del pago de las contraprestaciones.

Sin embargo, en el marco de relaciones de compartición de infraestructura de operadores de telecomunicaciones, tenemos como referente normativo a las garantías reguladas mediante Resolución de Consejo Directivo N° 020-2008-CD/OSIPTEL "Disposiciones Complementarias de la Ley de Acceso a la Infraestructura de los Proveedores Importantes de Servicios Públicos de Telecomunicaciones", la cual establece como requisito indispensable el otorgamiento de una carta fianza que asegure el pago oportuno al titular de la infraestructura para la compartición.

La norma en mención, establece además los términos generales para el otorgamiento de la carta fianza, estableciendo que:

"En caso las partes no lleguen a establecer un acuerdo sobre el monto y las características de la garantía, el concesionario al cual se le solicitó la garantía, otorgará una carta fianza irrevocable, incondicional, sin beneficio de excusión, solidaria y de realización automática, emitida por una empresa autorizada y sujeta al ámbito de la Superintendencia de Banca y Seguros, por el valor de tres (3) meses de la contraprestación mensual, renovable cada seis (6) meses y de monto ajustable de acuerdo a la modificación del requerimiento de infraestructura utilizada."

En este orden de ideas, SEAL considera que el criterio adoptado por la Resolución de Consejo Directivo N° 020-2008-CD/OSIPTEL, garantiza eficazmente el cumplimiento de las obligaciones económica, en el marco de la compartición de infraestructura sin generar costos innecesarios en el otorgamiento y renovación de las garantía, razón por la que se solicita se reconsidere y modifique el valor de la carta fianza que debe presentar GILAT NETWORKS en cumplimiento del presente mandato a un monto equivalente a tres (03) meses de contraprestación mensual, ello en atención a que el mecanismo establecido para la infraestructura de proveedores importante, resulta congruente con los principios y fines de la Ley de Promoción de la banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica.

Asimismo, hacemos presente que a razón de los pronunciamientos emitidos por el MTC y la emisión de mandatos modificando el valor de la contraprestación, en aplicación del valor de la variable "Na" igual a 3, ha generado el aumento del riesgo por el retraso injustificado del pago de las contraprestaciones mensuales a razón de la tramitación de mandatos complementarios, por lo que resulta imperioso se otorgue una garantía que garantice como mínimo el pago oportuno de tres contraprestaciones mensuales.

- c) OSIPTEL, impone a SEAL asumir gastos no contemplados por la Ley N° 29904 y su Reglamento.-

Que, OSIPTEL ha impuesto a SEAL la obligación de capacitar y celebrar con su personal y terceros acuerdos de confidencialidad según el modelo que previamente le proporcione GILAT NETWORKS, debiendo remitir semestralmente GILAT NETWORKS una declaración jurada que confirme que ha cumplido esta obligación.

Al respecto, en nuestro escrito de absolución de traslado presentado a OSIPTEL con fecha 28 de diciembre de 2018, solicitamos se suprima esta formalidad, librando a SEAL de la obligación de celebrar periódicamente con su personal y terceros acuerdos de confidencialidad, ello en atención que supondría una actividad onerosa para SEAL que no ha sido reconocido en la retribución, siendo suficiente para estos efectos el compromiso de SEAL de cumplir con las normas sobre la inviolabilidad y el secreto de telecomunicaciones, no estando obligado por ley a cumplir tal exigencia.

Además se solicitó que en caso se considere esta obligación, OSIPTEL prevea que la capacitación y los acuerdos de confidencialidad a celebrarse sean a cuenta de GILAT NETWORKS, a efecto de no trasladar innecesariamente el costo de esta exigencia a SEAL.

Sin embargo, revisada la Resolución, en el desarrollo del Informe N° 00011-GPRC/2019, se ha señalado sobre nuestro pedido que resulta conveniente que las partes acuerden las actividades y condiciones necesarias que permitan a SEAL dar cumplimiento a lo establecido en el numeral 17.9 del presente mandato, dichas actividades y condiciones podrán ser establecidas en el marco del Comité Técnico, que prevé que ambas partes pueden coordinar mutuamente los asuntos operaciones, técnicos y económico involucrados en la ejecución del mandato.

En este contexto, observando que según lo establecido en el numeral 4^º del artículo 3^º del TUO de la LPAG, concordado con el numeral 2^º del artículo 10^º del mismo cuerpo normativo, la motivación es un requisito de validez de los actos administrativos, cuya inobservancia acarrea su nulidad; y que el mandato de participación es un instrumento de naturaleza normativa, mediante el cual se busca que la instancia correspondiente (OSIPTEL) expida una decisión que ponga fin al procedimiento administrativo, pronunciándose a detalle a cada una de las controversias planteadas.

Situación que no ha ocurrido en el presente caso, ya que no ha existido un pronunciamiento concreto a nuestra solicitud, sino que por el contrario el informe se limita a realizar una declaración subjetiva que no puede ser considerada en ningún supuesto como motivación.

En este sentido, OSIPTEL no ha motivado cual es el sustento que justifique la imposición arbitraria a SEAL de una obligación onerosa no prevista por la normativa vigente y no contemplada en la metodología para el cálculo de la contraprestación, omitiendo pronunciarse a cabalidad sobre este extremo; persistiendo en la obligación.

La obligación impuesta a SEAL es evidentemente desproporcional, más aun si consideramos que según lo expuesto en el Informe lo que busca es reducir el riesgo la vulneración del secreto de telecomunicaciones que pudiera perjudicar a SEAL y GILAT NETWORKS a través de la realización de una actividad diligente, no se entiende por qué OSIPTEL traslada el cumplimiento de esta obligación a SEAL en beneficio de GILAT NETWORKS, más aun cuando resulta razonable que el encargado de impartir dichas capacitaciones y celebrar los acuerdos de confidencialidad sea, GILAT NETWORKS ,

² Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)

4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

(...)

³ Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.

2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14. (...).

puesto que es una normativa que necesariamente debe conocer como operador de telecomunicaciones.

Por tal motivo, solicitamos al Consejo Directivo del OSIPTEL que reconsidere este extremo del Informe del Mandato de Compartición y señale expresamente que la realización de la obligación de capacitar y celebrar al personal y terceros contratados por SEAL acuerdos de confidencialidad será a cargo y cuenta de GILAT NETWORKS, debiendo SEAL colaborar con el cumplimiento de la misma.

III. SOLICITUD DE CORRECCIÓN DE ERRORES MATERIALES

Sin perjuicio de lo expuesto en el presente recurso, solicitamos se corrija el error material advertido en el numeral 5.5.2 del Informe N°00011-GPRC/2019, en el que se señala el plazo para que GILAT NETWORKS realice el pago de la contraprestación mensual en días hábiles debiendo reemplazar el termino por días calendario, ello al amparo de lo dispuesto en el artículo 212 del TUO de la LPAG, que señala:

"Artículo 212.- Rectificación de errores

212.1. Los errores material o aritmético en los actos administrativos pueden ser rectificadas con efecto retroactivo, en cualquier momento, de oficio o a instancia de los administrados, siempre que no se altere lo sustancial de su contenido ni el sentido de la decisión. (...)"

En esta línea de ideas, resulta necesario que se indique correctamente la unidad de tiempo, pues este sería un error material en la redacción, corrección que de ningún modo altera el contenido de la decisión, puesto que de la tramitación del presente procedimiento y de lo expuesto en el literal (vii) del numeral 4.2 del Anexo I "Condiciones generales del mandato" del Informe, se desprende que el computo de dicho plazo se realizará en días calendarios.

Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A.

Consuelo 310 - Arequipa - Tel.: (54) 381377 - Fax: (54) 381378
seal@seal.com.pe



POR TANTO:

Estando a los argumentos expresados en el presente escrito, solicitamos al Consejo Directivo de OSIPTEL tenga por presentado nuestro **RECURSO DE RECONSIDERACIÓN** y, en consecuencia, **ANULE** la Resolución de Consejo Directivo N° 134-2018-CD/OSIPTEL, en los extremos señalados; y, en consecuencia, revocándola se reconozca en el mandato de compartición las condiciones cuestionadas.

Arequipa, 07 de marzo de 2019

 Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A.


.....
GIANCARLO HERRERA LAVALLE
ABOGADO - APODERADO
C.A.C. 6534

EL PERÚ PRIMERO

11

