

**PERÚ**Presidencia
del Consejo de MinistrosOrganismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL**RESOLUCIÓN DEL CUERPO COLEGIADO Nº 001-2016-CCO/OSIPTEL**

Lima, 02 de setiembre de 2016

EXPEDIENTE	003-2016-CCO-ST/CI
MATERIA	ACCESO Y USO COMPARTIDO DE INFRAESTRUTURA
ADMINISTRADOS	Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A. Multimedia Digital S.R.L.

El Cuerpo Colegiado designado mediante Resolución N° 111-2016-CD/OSIPTEL para resolver la controversia entre Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A. (en adelante, SEAL), y Multimedia Digital S.R.L. (en adelante, MULTIMEDIA DIGITAL) en materia de acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.

VISTO:

El escrito presentado por SEAL con fecha 11 de agosto de 2016 mediante el cual interpone denuncia contra MULTIMEDIA DIGITAL.

CONSIDERANDO:**I. Antecedentes**

Con fecha 11 de agosto de 2016, SEAL interpone denuncia contra MULTIMEDIA DIGITAL, por el acceso no autorizado a la infraestructura de SEAL al no existir a la fecha contrato de acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, con la finalidad de que se proceda al retiro de los elementos no autorizados y se sancione a dicha empresa.

SEAL sustenta su denuncia, principalmente, señalando lo siguiente:

- Que desde el mes de enero y marzo de 2014, en la provincia de Ilay y Camaná, respectivamente, MULTIMEDIA DIGITAL ha instalado indebidamente y sin autorización sus cables de telecomunicación en sus postes de baja y media tensión, ocasionando pérdidas económicas, ya que por el uso de dicha infraestructura, MULTIMEDIA DIGITAL tiene la obligación de pagar retribución económica, lo que no ha sucedido, sometiendo a los postes de SEAL a esfuerzos mecánicos no previstos e incrementando sus costos de operación y mantenimiento.
- Que a la fecha de presentación de su escrito, MULTIMEDIA DIGITAL ha usufructuado indebidamente la suma de S/ 843,900.60, suma que comprende S/ 462,448.20 que corresponden al uso indebido de infraestructura de propiedad de SEAL en la provincia de Ilay y la suma de S/ 381,452.40 que corresponden al uso de infraestructura de propiedad de SEAL en la provincia de Camaná.

- Que, no obstante el tiempo transcurrido y las comunicaciones escritas conminando a la empresa denunciada, a la fecha no se tiene celebrado contrato alguno, por lo tanto MULTIMEDIA DIGITAL viene haciendo uso de la infraestructura en forma clandestina, sin ningún tipo de autorización por parte de SEAL.
- Que, según el numeral 2 del inciso a) del artículo 17° de la Ley N° 28295, “Ley que regula el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones”, se establece como infracción muy grave el acceso no autorizado a la infraestructura de uso público, configurándose dicho supuesto en el presente caso.
- Que el artículo 13° del Reglamento de la Ley N° 28295, aprobado por Decreto Supremo N° 009-2005-MTC (en adelante, Reglamento), expresa los derechos del titular de la infraestructura de uso público, siendo que SEAL tiene derecho a recibir el pago oportuno de la contraprestación por el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público y, además, retirar cualquier elemento no autorizado que se encuentre instalado en dicha infraestructura, sin dar aviso previo al beneficiario de la infraestructura de uso público, cuando se ponga en peligro la seguridad de las personas o de la propiedad, sin causar daño a la misma, informando inmediatamente la justificación de la medida al beneficiario de la infraestructura y al OSIPTEL.
- Que, de acuerdo al artículo 24° del Reglamento, MULTIMEDIA DIGITAL debe cumplir con el otorgamiento de seguros, por el riesgo que constituye la instalación de cable de telecomunicaciones, así como el otorgamiento de garantías por el pago por el uso de la infraestructura de SEAL.
- Que MULTIMEDIA DIGITAL viene infringiendo las disposiciones sectoriales de seguridad eléctrica, perjudicando a SEAL ante los incumplimientos de distancias mínimas de seguridad.
- Que la Ley N° 28295 establece que OSIPTEL es el organismo encargado de velar por el cumplimiento de la Ley, para lo cual se encuentra facultado para dictar disposiciones específicas que sean necesarias.
- Que al amparo del artículo 38° del Reglamento, SEAL se encuentra facultada para denunciar el incumplimiento de las disposiciones técnicas y legales que pueden ocasionar riesgos eléctricos graves como consecuencia del uso indebido de sus redes.

II. La procedencia de la denuncia presentada por SEAL

2.1. Del régimen de compartición contenido en la Ley N° 28295 y su Reglamento

Uno de los regímenes obligatorios de compartición de infraestructura de uso público, se encuentra regulado en la Ley N° 28295 y su Reglamento¹. El primer supuesto para determinar la aplicación de dicho régimen se encuentra referido a la verificación de los sujetos involucrados, denominemos a este supuesto ‘ámbito de aplicación subjetiva’. Así, tenemos que el ámbito de aplicación subjetiva estará compuesto, de un lado, por el solicitante o beneficiario de la infraestructura (la empresa de telecomunicaciones) y, de otro, por el titular de dicha infraestructura (la empresa eléctrica o la empresa de telecomunicaciones). Ello, en concordancia con lo previsto por el artículo 4° de la Ley N° 28295.

¹ Un segundo régimen de compartición se encuentra contenido en el Decreto Legislativo N° 1019 y sus normas complementarias, aplicable a los casos de acceso y compartición de infraestructura de concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones que hayan sido previamente declarados como “Proveedor Importante” por el OSIPTEL. Asimismo, un tercer régimen de compartición corresponde a aquel contenido en la Ley N° 29904 y su Reglamento, que resulta aplicable a acceso y uso de infraestructura para el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión del servicio de Banda Ancha.

De otro lado, en lo referido a los casos en los que dicho régimen resulta aplicable, es decir, el ‘ámbito de aplicación objetiva’, el artículo 5⁰² de la Ley N° 28295 establece que procederá el uso compartido obligatorio de la infraestructura (postes, ductos, torres, etc.) necesaria para brindar servicios públicos de telecomunicaciones, en aquellos casos en que dicha infraestructura se encuentre ubicada en zonas donde existan restricciones administrativas que impidan a los operadores de dichos servicios instalar su propia infraestructura (restricciones en materia de medio ambiente, salud pública, seguridad y ordenamiento territorial).

Sobre este último punto, tanto la Ley N° 28295 como el Reglamento señalan como una de las exigencias y/o condiciones esenciales para el acceso y uso compartido de la infraestructura, la acreditación de la existencia de una restricción a la construcción y/o instalación de infraestructura de uso público, en los términos previstos por el referido artículo 5° de la Ley.

En efecto, del artículo 11⁰³ de la Ley N° 28295 y de los artículos 7⁰⁴ y 8⁰⁵ del Reglamento, se desprende claramente que el solicitante de la infraestructura deberá acreditar la existencia de las citadas restricciones, para lo cual tendrá las siguientes formas de acreditación:

- a. la declaración expresa de la imposibilidad de instalar o construir infraestructura de uso público emitida por la autoridad administrativa competente en el área geográfica en la que se pretende la compartición (contenida en una norma o en un acto jurídico firme emitido por la entidad competente para autorizar o restringir la instalación de la misma); o,

² **Ley N° 28295**

“Artículo 5.- Procedencia del acceso y uso

Se podrá disponer el uso compartido obligatorio de infraestructura de uso público en caso de presentarse restricción a la construcción y/o instalación de dicha infraestructura de uso público declarada por la autoridad administrativa competente, por cualquiera de las siguientes razones:

- a) Medio ambiente.
 - b) Salud pública.
 - c) Seguridad.
 - d) Ordenamiento territorial.
- (...)”.

³ **Ley N° 28295**

“Artículo 11.- Acreditación de la restricción para instalar o construir infraestructura de uso público

Para cada uno de los supuestos señalados en el artículo 5° de la presente Ley, será necesaria la declaración expresa de la imposibilidad de instalar y/o construir infraestructura de uso público por parte de la autoridad administrativa competente con facultades para autorizar y/o restringir la construcción y/o instalación de la infraestructura de uso público definida en la presente Ley.”

⁴ **Reglamento de la Ley N° 28295**

“Artículo 7.- Condiciones para el acceso y uso compartido de la infraestructura de uso público

El solicitante de acceso y uso compartido de infraestructura de uso público debe:

1. *Acreditar la existencia de una restricción a la construcción y/o instalación de infraestructura de uso público, por las cuales señaladas en el artículo 5 de la Ley, en el área geográfica en la que pretende la compartición de infraestructura de uso público; o, la falta de pronunciamiento de la autoridad administrativa competente, dentro del plazo previsto en el artículo 10, a la solicitud que el interesado hubiere realizado al amparo del tercer párrafo del artículo 11 de la Ley.”*

⁵ **Reglamento de la Ley N° 28295**

“Artículo 8.- Acreditación de la existencia de la restricción para instalar o construir infraestructura de uso público

Para efectos del primer párrafo del artículo 11 de la Ley, el interesado deberá acreditar que existe una declaración expresa de la imposibilidad de instalar y/o construir infraestructura de uso público. Esta declaración puede estar contenida en una norma jurídica o en un acto administrativo firme emitido por una autoridad competente para autorizar y/o restringir la construcción y/o instalación de infraestructura de uso público.”

- b. de no existir pronunciamiento de la autoridad competente en un plazo de 30 días hábiles ante la solicitud de la declaración contenida en el punto anterior, el operador beneficiario de la infraestructura se encontrará legitimado para el acceso compartido requerido.

Es importante indicar que tanto la Ley N° 28295 (artículo 13°) como el Reglamento (artículos 16° y 17°) detallan las modalidades de acceso a la infraestructura de uso público, es decir, se han previsto los mecanismos por los cuales los solicitantes y los titulares de la infraestructura establecen una “relación de compartición”. Estas dos modalidades son: el Contrato de Compartición producto de la negociación entre las partes y el Mandato de Compartición (este último será dictado por el OSIPTEL una vez vencido el período de negociación entre las partes). Asimismo, el Reglamento contiene los procedimientos para cada una de estas dos modalidades.

En virtud a lo anterior, en el supuesto que se celebre un contrato entre un titular de infraestructura de uso público y una empresa de telecomunicaciones, sin cumplir con las exigencias requeridas para este régimen de compartición obligatorio, aun cuando las partes denominen a la relación que nace de su contrato como una de “compartición de infraestructura”, dicha relación no constituirá una “relación de compartición” en los términos de la Ley N° 28295 y el Reglamento.

2.2. Competencias del Cuerpo Colegiado para la aplicación de las normas sobre compartición de infraestructura

En concordancia con lo dispuesto en el literal b) del artículo 2° de la Ley N° 27336⁶ y los artículos 51° y 53° (inciso f) del Reglamento General del OSIPTEL⁷, el artículo 41° del Reglamento de la Ley N° 28295⁸, establece lo siguiente:

“Artículo 41.- Controversias

*Las controversias que surjan de la aplicación de la Ley, el presente Reglamento y las normas que dicte OSIPTEL **entre empresas titulares de la infraestructura de uso público y los beneficiarios de la misma** será resuelta conforme al Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas.”, (resaltado nuestro).*

Como puede advertirse del texto antes transcrito, los sujetos que pueden ser parte de una controversia que surja respecto a la aplicación de las normas de acceso y uso compartido de infraestructura contenidos en la Ley N° 28295 y el Reglamento, son, de un lado, el titular de dicha infraestructura (la empresa eléctrica o la empresa de telecomunicaciones) y, de otro, el solicitante o beneficiario de la infraestructura.

Cabe indicar que el propio Reglamento de la Ley N° 28295, en su artículo 3°, define al beneficiario de la infraestructura de uso público como el “Concesionario de servicios públicos de telecomunicaciones que **al amparo de un contrato de compartición o de un mandato de compartición, celebrado o emitido, respectivamente, en el marco de la Ley y el Reglamento, tiene el derecho de acceso y uso compartido de la infraestructura de uso público**” (subrayado nuestro).

En ese sentido, para la aplicación de lo dispuesto en el Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas⁹, se requiere

⁶ Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL.

⁷ Aprobado por Decreto Supremo N°008-2001-PCM.

⁸ Aprobado por Decreto Supremo N° 009-2005-MTC.

necesariamente el establecimiento de una “relación de compartición” entre el titular de la infraestructura y el beneficiario de la misma y que, el contrato o mandato respectivo, haya sido celebrado o emitido de conformidad con lo establecido en la Ley N° 28295 y su Reglamento.

En consecuencia, los Cuerpos Colegiados del OSIPTEL sólo serán competentes para dar solución a las controversias en materia de acceso y uso compartido cuando se haya conformado previamente una “relación de compartición”, observando los requisitos establecidos en las normas de compartición, entre ellos, la acreditación de la existencia de una restricción a la instalación de infraestructura de uso público antes mencionada.

Sobre este último punto, existe amplia jurisprudencia de los Cuerpos Colegiados del OSIPTEL¹⁰, en la cual se señala que para que los órganos de solución de controversias puedan asumir el conocimiento de casos de compartición en el marco de la Ley N° 28295 y su Reglamento, debe existir una relación de compartición válida al amparo de dichas normas, siendo esencial la acreditación de la existencia de una restricción administrativa a la instalación de infraestructura de uso público.

2.3. Aplicación al caso concreto

En atención a lo indicado precedentemente, este Cuerpo Colegiado estima que para el análisis de la denuncia planteada por SEAL, se deberá revisar si se estableció una “relación de compartición”, por contrato o mandato de compartición, sobre la base de la existencia de restricciones administrativas que impidieran a MULTIMEDIA DIGITAL instalar su propia infraestructura; y, como consecuencia de ello, si corresponde admitir a trámite la denuncia presentada por SEAL.

Con relación a ello, es preciso indicar que la denuncia de SEAL precisamente se sustenta en el supuesto acceso ilícito de MULTIMEDIA DIGITAL a su infraestructura, dado que, como ha señalado SEAL, a la fecha no han celebrado contrato alguno para el acceso y uso compartido de dicha infraestructura. En ese sentido, no solo no existiría un contrato de compartición de infraestructura celebrado al amparo de la Ley N° 28295 y su Reglamento, sino que no existiría contrato alguno entre ambas partes que habilite a MULTIMEDIA DIGITAL a acceder a la infraestructura de SEAL.

Asimismo, a la fecha, no se ha emitido un mandato de compartición entre SEAL y MULTIMEDIA DIGITAL, siendo que durante el año 2014 ambas empresas fueron parte de un procedimiento de emisión de mandato de compartición que fue declarado improcedente mediante Resolución de Consejo Directivo N° 101-2014-CD/OSIPTEL, en la que se señaló, entre otros fundamentos, “(...) *que ni SEAL como solicitante de la emisión de mandato de compartición ni MULTIMEDIA han presentado la información que acredite la existencia de la restricción administrativa, exigible como requisito mínimo por el artículo 26° del Reglamento, para la emisión del respectivo mandato de compartición*”. Dicho pronunciamiento fue confirmado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 124-2014-CD/OSIPTEL.

En virtud a lo anterior, este Cuerpo Colegiado no puede asumir el conocimiento de los hechos materia de la presente denuncia en la medida que no se ha establecido una “relación de compartición” en los términos de la Ley N° 28295 y su Reglamento. En tal

⁹ Aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 136-2011-CD/OSIPTEL.

¹⁰ Así por ejemplo, podemos mencionar, la Resolución N° 001-2008-CCO/OSIPTEL recaída en el Expediente N° 002-2008-CCO-ST/CD, la Resolución N° 001-2009-CCO/OSIPTEL recaída en el Expediente N° 001-2009-CCO-ST/CI, la Resolución 002-2010-CCO/OSIPTEL recaída en el Expediente N° 002-2010-CCO-ST-CI y la Resolución N° 001-2015-CCO-ST/CI, recaída en el Expediente N° 003-2015-CCO-ST-CI.

sentido, corresponde declarar la improcedencia de la denuncia, conforme a lo expuesto precedentemente.

2.4. Determinación de la vía correspondiente

Conforme al artículo 82.1 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, el órgano administrativo que se estime incompetente para la tramitación o resolución de un asunto, remite directamente las actuaciones al órgano que considere competente, con conocimiento del administrado.

En ese sentido, teniendo en consideración que la denuncia de SEAL se sustenta en el acceso no autorizado a su infraestructura y busca que se proceda al retiro de los elementos no autorizados y se sancione a dicha empresa, corresponde analizar cuál sería el órgano competente para analizar dichas pretensiones.

Cabe precisar que el inciso 2 del artículo 13° del Reglamento de la Ley N° 28295 consagra el derecho del titular de la infraestructura de uso público de retirar cualquier elemento no autorizado que se encuentre instalado en dicha infraestructura. Asimismo, el inciso 2 del literal a) del artículo 17° de la Ley N° 28295 tipifica como infracción muy grave el acceso no autorizado a la infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.

Si bien como señalamos anteriormente, no corresponde a los órganos de solución de controversias analizar la denuncia de SEAL por las razones expuestas en los acápites precedentes, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 42°¹¹ del Reglamento, OSIPTEL es competente para imponer las sanciones a las personas naturales o jurídicas que tengan o no la condición de empresas operadoras de servicios públicos, por los actos u omisiones que impliquen un incumplimiento de la Ley, su Reglamento y normas reglamentarias.

En tal sentido, resulta pertinente, mencionar que de conformidad con lo establecido en el artículo 43° del Reglamento, para efecto de supervisión, fiscalización y sanción de los incumplimientos de la Ley N° 28295, son de aplicación la Ley N° 27336¹², la Ley N° 27332¹³, la Ley N° 27444¹⁴, el Reglamento General del OSIPTEL¹⁵, así como las normas que los sustituyan, complementen o reglamenten.

Así, respecto a las funciones supervisora, fiscalizadora y sancionadora, el Reglamento General del OSIPTEL señala que estas son ejercidas en primera instancia por la Gerencia General del OSIPTEL, para lo cual cuenta con el apoyo de una o más gerencias, que estarán a cargo de las acciones de investigación y análisis que correspondan¹⁶.

¹¹ **Reglamento de la Ley N° 28295**

“Artículo 42.- Órgano Competente

OSIPTEL es competente para imponer las sanciones a las personas naturales o jurídicas que tengan o no la condición de empresas operadoras de servicios públicos, por los actos u omisiones que impliquen un incumplimiento de la Ley, su Reglamento y normas reglamentarias.”

¹² Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL.

¹³ Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión en los Servicios Públicos.

¹⁴ Ley del Procedimiento Administrativo General.

¹⁵ Aprobado mediante Decreto Supremo N° 008-2001-PCM.

¹⁶ **Reglamento General del OSIPTEL.**

“Artículo 37.- Órganos Competentes para el Ejercicio de la Función Supervisora

La función supervisora es ejercida en primera instancia por la Gerencia General del OSIPTEL. Para el desarrollo de sus funciones la Gerencia General contará con el apoyo de una o más Gerencias de línea, las que estarán a cargo de las acciones de investigación y análisis que correspondan.”

De conformidad con ello, el artículo 39^{o17} del Reglamento de Organización y Funciones del OSIPTEL, aprobado mediante Decreto Supremo N° 104-2010-PCM, establece que la Gerencia de Fiscalización y Supervisión es el órgano de línea que supervisa el cumplimiento de las obligaciones legales y contractuales por parte de las empresas operadoras, y asimismo realiza la labor de órgano instructor en los procedimientos sancionadores que sean de competencia de la Gerencia General en primera instancia administrativa.

En consecuencia, corresponde poner en conocimiento de la Gerencia de Fiscalización y Supervisión del OSIPTEL la denuncia de SEAL a efectos que dicha gerencia realice las evaluaciones que correspondan en el marco de sus competencias.

RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar **IMPROCEDENTE** la denuncia presentada por Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A. contra Multimedia Digital S.R.L. en materia de acceso y uso compartido de infraestructura, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo Segundo.- Poner en conocimiento de la Gerencia de Fiscalización y Supervisión del OSIPTEL la denuncia presentada por Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A. contra Multimedia Digital S.R.L., a fin de que proceda conforme a sus competencias.

COMUNÍQUESE Y ARCHÍVESE.

Con la intervención de los miembros del Cuerpo Colegiado Rafael Muent Schwarz, Jacqueline Jeanny Kam Paredes y Giovanna Aguilar Andía.

“Artículo 41.- Órganos Competentes para el Ejercicio de la Función Fiscalizadora y Sancionadora.

La función fiscalizadora y sancionadora puede ser ejercida de oficio o por denuncia de parte. Dicha función es ejercida en primera instancia por la Gerencia General del OSIPTEL y en segunda instancia, en vía de apelación, por el Consejo Directivo.

Para el desarrollo de sus funciones la Gerencia General contará con el apoyo de una o más gerencias, que estarán a cargo de las acciones de investigación y análisis del caso.”

17 Reglamento de Organización y Funciones del OSIPTEL

“Artículo 39º.- Finalidad

La Gerencia de Fiscalización y Supervisión es el órgano de línea que supervisa y promueve el cumplimiento de obligaciones técnicas, legales y contractuales, por parte de las empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, así como de quienes realizan actividades sujetas a la competencia del OSIPTEL, a nivel nacional.

Asimismo, se encarga de emitir medidas preventivas, recomienda la imposición de medidas correctivas y cautelares, así como, realiza la labor de órgano instructor en los procedimientos administrativos sancionadores que sean de competencia de la Gerencia General, en primera instancia administrativa.”