

RESOLUCIÓN DEL CUERPO COLEGIADO N° 001-2009-CCO/OSIPTEL

Lima, 03 de abril de 2009

EXPEDIENTE	001-2009-CCO-ST/CI
MATERIA	ACCESO Y USO COMPARTIDO DE INFRAESTRUTURA.
ADMINISTRADOS	CABLE FUTURO S.R.L. EMPRESA REGIONAL DE SERVICIO PÚBLICO DE ELECTRICIDAD ELECTRONORTE MEDIO S.A. – HIDRANDINA S.A.

SUMILLA: Se declara IMPROCEDENTE la denuncia presentada por Cable Futuro S.R.L. contra Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad Electronorte Medio S.A. – HIDRANDINA S.A. por presuntas prácticas que limitarían la prestación del servicio de distribución de radiodifusión por cable y por restricción al acceso y uso compartido de infraestructura.

El Cuerpo Colegiado a cargo de la controversia entre Cable Futuro S.R.L. (en adelante, CABLE FUTURO) y Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad Electronorte Medio S.A. – HIDRANDINA S.A. (en adelante, HIDRANDINA) por presuntas prácticas que limitarían la prestación del servicio de distribución de radiodifusión por cable y por restricción al acceso y uso compartido de infraestructura.

VISTO:

El escrito de denuncia presentado por CABLE FUTURO con fecha 20 de marzo de 2009.

CONSIDERANDO:**I. ANTECEDENTES**

1. Mediante Resolución N° 052-2008-MTC/03 de fecha 16 de enero de 2008 publicada en el diario oficial El Peruano el 20 de enero de 2008, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC) declaró la resolución del contrato de concesión suscrito por la empresa Tele Cable Futuro S.A.C. (en adelante, TELECABLE FUTURO), para prestar el servicio público de distribución de radiodifusión por cable en la modalidad de cable alámbrico u óptico.
2. Con fecha 31 de enero de 2008, se constituyó la empresa CABLE FUTURO con el objeto de prestar el servicio de distribución de radiodifusión por cable.
3. Con fecha 24 de marzo de 2008, TELECABLE FUTURO e HIDRANDINA habrían suscrito un contrato de compartición con la finalidad de autorizar a la primera al uso no exclusivo de 4283 postes (449 en el distrito de Santa, 539 en el distrito de Coishco y 3295 en el distrito de Nuevo Chimbote) de propiedad de HIDRANDINA, que forman parte de la red urbana de distribución eléctrica, para el tendido de sus cables e instalación de sus equipos de circuito cerrado de televisión en el ámbito territorial de la Provincia del Santa, Departamento de Ancash.

4. Mediante Resolución Ministerial N° 462-2008-MTC/03 de fecha 12 de junio de 2008, CABLE FUTURO obtuvo la concesión única para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones en todo el territorio peruano, estableciéndose como primer servicio a prestar el servicio público de distribución de radiodifusión por cable en la modalidad de cable alámbrico u óptico.
5. Mediante comunicación CH-1933-2008 de fecha 24 de setiembre de 2008, dirigida a TELECABLE FUTURO – y recibida por CABLE FUTURO con fecha 26 de setiembre de 2008 –, HIDRANDINA solicitó la presentación de una carta fianza por el monto ascendente al treinta por ciento (30%) del monto total del contrato, siendo esta cantidad: S/. 49258,8. Asimismo, dicha carta fianza debería ser emitida por una institución bancaria de primer orden a favor de HIDRANDINA y constituía requisito indispensable para la suscripción del contrato de compartición.
6. Mediante documento sin número y fecha que obra a fojas 12 del expediente, la Gerencia de Infraestructura y Desarrollo Urbano de la Municipalidad de Nuevo Chimbote dejó constancia que CABLE FUTURO se encuentra *“imposibilitada de obtener el permiso de poder construir y/o instalar postes, tendido de cable aéreos, subterráneos y/o otros; ya que se vería afectado el ornato de nuestro Distrito, debido a la excesiva colocación de postes por parte de las empresas”*.
7. Mediante documento sin número y fecha que obra a fojas 13 del expediente, la Gerencia de Servicios Municipales y el Área de Infraestructura y Desarrollo Integral de la Municipalidad Distrital de Coishco dejó constancia que *“la empresa Cable Futuro SRL. se encuentra imposibilitada de construir y/o instalar infraestructura de postes en nuestro distrito, ya que dañaría el ornato de la ciudad debido a la excesiva colocación de postes por parte de otras empresas”*.
8. Mediante documento sin número y de fecha 06 de marzo de 2009, la Subgerencia de Desarrollo Urbano, Proyectos y Obras de la Municipalidad Distrital de Santa otorgó *“la constancia de Inhabilitación de Infraestructura de Postes solicitada por CABLE FUTURO SRL., con la finalidad de no saturar las calles con postes nuevos”*.

II. LA DENUNCIA PRESENTADA POR CABLE FUTURO

Con ocasión de los hechos descritos en la sección antecedentes, mediante escrito del 20 de marzo de 2009, CABLE FUTURO denuncia a HIDRANDINA señalando lo siguiente:

- (i) CABLE FUTURO es una empresa concesionaria que presta el servicio de distribución de radiodifusión por cable que fue creada en la medida que TELECABLE FUTURO perdió la concesión del mismo servicio.
- (ii) Las Municipalidades de Santa, Coishco y Nuevo Chimbote han denegado las solicitudes de CABLE FUTURO para instalar infraestructura para el tendido de la red, conforme se aprecia de los antecedentes.
- (iii) TELECABLE FUTURO suscribió el contrato de uso compartido de infraestructura, al amparo 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 (en adelante, Ley de Acceso y Uso Compartido de Infraestructura).
- (iv) CABLE FUTURO puso en conocimiento de HIDRANDINA que, a partir del año 2009, el contrato suscrito por TELECABLE FUTURO, correspondería a la denunciante.
 - (v) Con fecha 20 de setiembre de 2008, HIDRANDINA comunicó a CABLE FUTURO, que “(...) para la firma del nuevo contrato se tendría que entregar una carta fianza por el 30% del monto total de facturación del año (...)”⁽¹⁾.

En ese sentido, CABLE FUTURO denuncia que la exigencia de la carta fianza es un requisito abusivo de HIDRANDINA y es una cláusula que no correspondería dentro de un contrato de acceso y uso compartido; refiriendo además que en anteriores contratos de acceso y uso compartido suscritos entre las partes no se han entregado dichas cartas fianzas. Para acreditar su denuncia CABLE FUTURO presenta los medios probatorios correspondientes.

Por lo antes expuesto, solicita al OSIPTEL la resolución de esta controversia con HIDRANDINA.

III. COMPETENCIA DEL CUERPO COLEGIADO

3.1. Competencia del Cuerpo Colegiado para conocer los casos derivados de la aplicación de la Ley de Acceso y Uso Compartido de Infraestructura.

El artículo 53° del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, establece que este organismo es competente para conocer en la vía administrativa las controversias entre empresas relacionadas con el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones⁽²⁾⁽³⁾.

Por su parte, el artículo 41° del Reglamento de la Ley de Acceso y Uso Compartido de Infraestructura, aprobado por Decreto Supremo N° 009-2005-MTC⁽⁴⁾, dispone que las

¹ En el escrito de denuncia se señala como fecha de esta comunicación el día 20 de setiembre de 2008. Sin embargo, se trataría de la comunicación CH-1933-2008 de fecha 24 de setiembre de 2008, dirigida a TELECABLE FUTURO – y recibida por CABLE FUTURO con fecha 26 de setiembre de 2008 – y que es adjuntada como medio probatorio y obra a fojas 63 del expediente.

² El artículo 53° del Reglamento General del OSIPTEL señala lo siguiente:

“Artículo 53°.- Controversias entre empresas.

OSIPTEL es competente para conocer en la vía administrativa las siguientes controversias entre empresas:

(...)

f) Las relacionadas con el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.”

³ Debe precisarse que en los supuestos en que corresponde aplicar la Ley de Acceso y Uso Compartido de Infraestructura no procede la aplicación de las normas de libre competencia (Decreto Legislativo N° 1034), ello, en virtud de lo dispuesto por el principio de supletoriedad recogido en el Reglamento General del OSIPTEL y en los Lineamientos para la aplicación de las normas de libre competencia en el ámbito de las telecomunicaciones (Resolución de Consejo Directivo N° 003-2000-CD/OSIPTEL). En ese sentido, si se presentan los supuestos de aplicación de la citada ley, debe entenderse que la supuesta negativa o restricción de parte del titular de la infraestructura (en este caso, HIDRANDINA) estaría cubierta por la normativa específica del sector telecomunicaciones y no por la de libre competencia.

⁴ El artículo 41° del Reglamento de la Ley de Acceso y Uso Compartido de Infraestructura señala 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”.

controversias que surjan de la aplicación de la citada ley o su reglamento o de las normas que dicte el OSIPTEL, entre *empresas titulares de la infraestructura de uso público* y *los beneficiarios de la misma* serán resuelta conforme al Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 010-2002-CD/OSIPTEL (en adelante, Reglamento de Controversias).

Conforme al artículo 6° de la citada Ley, se considera como *empresas titulares de la infraestructura de uso público* a toda persona natural o jurídica que cuente con infraestructura de uso público al amparo de derechos reconocidos por el Estado, entendiéndose que la misma comprende a “*todo poste, ducto, conducto, cámara, torre, derechos de vía asociado a la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones y/o energía*”.

En ese sentido, una empresa como HIDRANDINA sí califica para efectos de la Ley de Acceso y Uso Compartido de Infraestructura, como empresa titular de infraestructura de uso público.

De acuerdo con el artículo 3° del Reglamento de la Ley de Acceso y Uso Compartido de Infraestructura, se entiende como *beneficiario de la infraestructura de uso público*, al “*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*”.

Conforme a la definición de *beneficiario de la infraestructura de uso público* es requisito tener la calidad de concesionario de servicios públicos de telecomunicaciones y además haber celebrado un contrato de compartición o contar con un mandato de compartición emitido por el OSIPTEL que le otorgue el derecho al acceso y uso compartido de la infraestructura de uso público de una determinada *empresa titular de la infraestructura de uso público*.

En ese orden de ideas, corresponde analizar si la denunciante CABLE FUTURO tiene la condición de *beneficiario de la infraestructura de uso público*, en la medida que ello determina si corresponde resolver la controversia entre CABLE FUTURO e HIDRANDINA, de conformidad con el Reglamento de Controversias y por parte de su órgano competente en primera instancia: el presente Cuerpo Colegiado.

3.2. Análisis de si CABLE FUTURO tiene la condición de beneficiario de la infraestructura de uso público.

Como se ha señalado en el numeral precedente, el Cuerpo Colegiado sólo podrá intervenir cuando se ha establecido previamente una relación de compartición entre el titular de la infraestructura y el beneficiario de la misma, ya sea vía contrato o mandato de compartición.

Del escrito de denuncia presentado por CABLE FUTURO se advierte que no existe una relación de compartición de infraestructura entre HIDRANDINA (titular de la infraestructura de uso público - postes) y CABLE FUTURO bajo el procedimiento y supuestos previstos por Ley de Acceso y Uso Compartido de Infraestructura; ello, en la medida que no se ha suscrito el contrato o se ha emitido el mandato de compartición correspondiente.

De la revisión de las pruebas adjuntas al escrito de denuncia sólo se evidencia la existencia de una negociación entre ambas partes, que no ha concluido en un acuerdo

definitivo respecto de la provisión de la infraestructura de postes en los términos establecidos en la Ley de Acceso y Uso Compartido de Infraestructura.

Asimismo, se aprecia que si bien obra en el expediente a fojas 32 un Contrato de Compartición, éste habría sido suscrito por TELECABLE FUTURO e HIDRANDINA, y no por la parte denunciante CABLE FUTURO. Debe tenerse en consideración, por un lado que CABLE FUTURO es una persona jurídica independiente y distinta de TELECABLE FUTURO y por ello no le pueden ser extensivos los efectos de dicho contrato, y por otro lado, TELECABLE FUTURO perdió la calidad de concesionaria por Resolución N° 052-2008-MTC/03 de fecha 16 de enero de 2008, por lo que no puede prestar servicios públicos de telecomunicaciones.

En consecuencia, este Cuerpo Colegiado no puede avocarse al conocimiento de los hechos materia de la presente denuncia en la medida que no existe una relación de compartición de infraestructura previa en los términos descritos. En tal sentido, corresponde declarar la improcedencia de la denuncia en este extremo, conforme a lo expuesto precedentemente.

3.3. Determinación de la vía correspondiente

Conforme al artículo 81.1. 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, dada la calidad de CABLE FUTURO de solicitante del acceso y uso compartido de infraestructura que tiene interés en la suscripción de un contrato de compartición o, de ser el caso, en la emisión de un mandato de compartición; corresponde que su denuncia sea remitida al órgano competente en esta materia.

Al respecto, la séptima disposición complementaria y final de la 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 (Decreto Legislativo N° 1019) precisa que los órganos competentes establecidos en su artículo 52° emitirán, de ser el caso, las resoluciones que resulten de la aplicación de la Ley de Acceso y Uso Compartido de Infraestructura.

Este artículo señala que el Consejo Directivo es competente para emitir los mandatos de compartición y la Gerencia General es responsable de las demás resoluciones relacionadas a la compartición⁽⁵⁾, distintas a las relativas a la ampliación de plazos. En ese sentido, es preciso que este Cuerpo Colegiado remita la presente denuncia a la Gerencia General del OSIPTEL, con la finalidad de que tome conocimiento de la misma y, de acuerdo a sus competencias, le otorgue el trámite que corresponda.

Por lo antes expuesto, este Cuerpo Colegiado no puede avocarse al conocimiento de la denuncia formulada por CABLE FUTURO, por lo que corresponde declararla improcedente.

⁵ "Artículo 52.- Órganos competentes para el procedimiento administrativo

Los Mandatos de Compartición serán emitidos por el Consejo Directivo del OSIPTEL.

La Presidencia del Consejo Directivo del OSIPTEL emitirá las resoluciones sobre ampliación de plazos a las que se refiere el artículo 51.

La Gerencia General del OSIPTEL emitirá las resoluciones respecto de la evaluación de los contratos de compartición, las Ofertas Básicas de Compartición y las demás resoluciones relacionadas con la compartición."

RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar **IMPROCEDENTE** la denuncia interpuesta por CABLE FUTURO S.R.L. contra Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad Electronorte Medio S.A. – HIDRANDINA S.A. (en adelante, HIDRANDINA) por presuntas prácticas que limitarían la prestación del servicio de distribución de radiodifusión por cable y por restricción al acceso y uso compartido de infraestructura, de acuerdo a los argumentos expuestos en la sección Considerando de la presente resolución.

Artículo Segundo.- Poner en conocimiento de la Gerencia General del OSIPTEL la denuncia presentada por CABLE FUTURO S.R.L con la finalidad de que, de acuerdo a sus competencias, le de el trámite que corresponda.

COMUNÍQUESE Y ARCHÍVESE.

Con la firma de los señores miembros del Cuerpo Colegiado: Richard Martin Tirado, José Rodríguez González y Víctor Revilla Calvo.