



JORGE SÁNCHEZ VICENTE, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA

Que en la Sesión numero 27/12 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 13 de julio de 2012, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba el:

Informe por el que se solicita al Gobierno que se adopten medidas legislativas y reglamentarias para la mejora del marco normativo del sector de las comunicaciones electrónicas (MTZ 2012/1169).

I.- OBJETO DEL INFORME

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en su calidad de Autoridad Nacional de Reglamentación de los mercados de comunicaciones electrónicas en España, tiene el deber y la capacidad de detectar la existencia de ineficiencias o lagunas en la normativa sectorial que pueden obstaculizar la correcta y eficaz regulación de estos mercados, y la obligación de adoptar las medidas necesarias para evitar sus efectos negativos, directamente si goza de la potestad necesaria para ello, o bien indirectamente a través de los cauces que legalmente tiene para poner en conocimiento de otras autoridades competentes la necesidad de corrección de los mismos.

En este sentido, la vigente Ley General de Telecomunicaciones prevé la posibilidad de que esta Comisión informe al Gobierno y al Ministerio de Industria, Energía y Turismo, en asuntos concernientes al mercado y a la regulación.

Esta Comisión viene detectando una serie de desajustes normativos en relación con la realidad de los mercados que suponen verdaderas barreras para la consecución de una eficaz y eficiente regulación en las materias afectadas, y en el año 2011 se propuso como objetivo para el año 2012 impulsar las medidas necesarias para solventar los mismos. En este sentido, el Plan de Actuaciones que esta Comisión debe elaborar anualmente de conformidad con la Ley 2/2011 de Economía Sostenible, a los efectos de garantizar una actuación de acuerdo con los principios de transparencia y eficiencia, establece para el año 2012 como uno de los objetivos y prioridades del Regulador, impulsar aquellas iniciativas legislativas o reglamentarias que contribuyan a mejorar el



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

marco normativo del sector¹. Cabe señalar que, si bien el Plan de Actuaciones contiene un listado concreto de materias a revisar, éste puede ser ampliado en función de las necesidades regulatorias acaecidas en cada momento.

En concreto, el Plan de Actuaciones señala la necesidad de impulsar reformas normativas que, si bien todas ellas inciden de manera directa en la regulación de las comunicaciones electrónicas, no necesariamente afectan únicamente a la normativa sectorial.

Como veremos a continuación, además de las propuestas de modificación de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de las Telecomunicaciones, y su normativa de desarrollo, se propone la revisión de la normativa de contratación pública, para asegurar el desarrollo de cauces de cooperación entre esta Comisión y las administraciones públicas, que redunden en una mejora de los procesos y servicios de comunicaciones electrónicas que se demandan a través de los procedimientos de licitación. Por otra parte, se propone al Gobierno la derogación del Real Decreto 1232/2001, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento de Autorización previsto en el Artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, en relación con la determinación de los operadores principales.

En lo que se refiere a la normativa sectorial, se propone al Gobierno una modificación de la normativa vigente a los efectos de deslindar con claridad las competencias entre las diferentes Autoridades Nacionales de Reglamentación en materia de fraudes y usos indebidos en los servicios de comunicaciones electrónicas. En particular, se analiza la reciente transposición al derecho español del reformado artículo 28 de la Directiva del Servicio Universal, que como veremos no ha resultado del todo idóneo a los efectos de aclarar el concreto ámbito competencial en esta materia.

Asimismo, se propone una modificación de la Ley General de Telecomunicaciones para clarificar el ámbito competencial en la imposición del uso compartido de recursos en determinadas circunstancias excepcionales, en supuestos en que sea necesario para garantizar una inversión eficiente en redes o evitar la duplicación de una infraestructura económicamente ineficiente o físicamente inviable.

También en lo que se refiere a la normativa específica de telecomunicaciones, esta Comisión ha venido observando que las herramientas normativas previstas en la Ley General de Telecomunicaciones para el desarrollo de las redes de comunicaciones electrónicas, en consonancia con la experiencia acumulada al respecto por el conjunto del sector, no han resultado del todo efectivas para eliminar o sortear las barreras que conllevan dichos desarrollos.

En este momento en el que nos encontramos inmersos en pleno despliegue de las Redes de Nueva Generación, fundamentales para la evolución del sector, resulta muy relevante poner de manifiesto todas aquellas medidas que puedan resultar idóneas para eliminar o reducir barreras facilitando, por ejemplo, la ocupación del dominio público y privado o favoreciendo despliegues coordinados que redunden en un menor coste para todos los agentes intervinientes y contribuyan al fomento de una verdadera competencia en infraestructuras de última generación.

En el ámbito normativo no sectorial, pero con clara afectación al mismo, el presente informe aboga a favor de una modificación de la normativa de contratación pública que permita a esta Comisión ejercer un control directo que evite comportamientos contrarios a la legislación sectorial de las comunicaciones electrónicas en los procedimientos de contratación pública, y que fomente la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones.

¹ Ver página 21 del Plan de Actuaciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para el año 2012, aprobado mediante Resolución de 15 de diciembre de 2011 (MTZ 2011/2172).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En opinión de este Organismo, una mayor participación de forma apriorística del mismo en los procedimientos de contratación administrativa que afectan al sector de las comunicaciones electrónicas redundaría no sólo a favor del propio mercado, sino en última instancia también a favor de las propias entidades contratantes.

Por último, se propone al Gobierno la derogación del Real Decreto 1232/2001, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento de Autorización previsto en el Artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, en relación con la determinación de los operadores principales, por cuanto en el contexto actual han desaparecido las razones que justificaron las limitaciones impuestas en la citada normativa.

En cuanto al aspecto formal del informe, éste sigue una estructura lineal, en la que para cada una de las modificaciones propuestas se analiza primeramente la normativa vigente y los problemas que, en su caso, la misma ha ocasionado en la práctica regulatoria o bien el beneficio que la modificación puede acarrear en la propia regulación, y se propone la modificación pertinente, ya sea de manera genérica o bien mediante la propuesta de modificación de los artículos concretos.

En cualquier caso, el presente documento pretende erigirse en un instrumento útil que sirva para poner en conocimiento del Gobierno los criterios que, según esta Comisión, son necesarios para una mejora de la normativa que permita, en última instancia, una mayor eficacia en la regulación y la consecución de los objetivos previstos en el artículo 3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de las Telecomunicaciones.

II.- HABILITACIÓN DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES PARA LA EMISIÓN DEL PRESENTE INFORME

El presente informe se emite al amparo de lo previsto en el artículo 48.4.h) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), que faculta a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para asesorar al Gobierno y al Ministro de Industria, Energía y Turismo, a solicitud de éstos o por propia iniciativa, en los asuntos concernientes al mercado y a la regulación de las comunicaciones, particularmente en aquellas materias que puedan afectar al desarrollo libre y competitivo del mercado.

III.- PROPUESTA DE REVISIÓN NORMATIVA

1. Propuesta de modificaciones normativas para clarificar el reparto competencial entre la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y el Ministerio de Industria, Energía y Turismo, en materia de fraudes y usos indebidos en los servicios de comunicaciones electrónicas

A) Competencias ejercidas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y el Ministerio de Industria, Energía y Turismo en relación con el fraude o uso indebido en los servicios de comunicaciones electrónicas

Al examinar las actividades que implican la existencia de fraude o uso indebido en los servicios de comunicaciones electrónicas, nos enfrentamos a dos planos distintos desde el punto de vista de la regulación, en función de los sujetos afectados e intervinientes en la actividad fraudulenta o indebida. En los casos en los que el origen de la conducta reprochable reside en los operadores, pero se produce una clara afectación a los usuarios finales, es la Secretaria de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (en adelante, SETSI) la autoridad competente para actuar y frenar estos comportamientos irregulares, tal como veremos más



adelante. En este ámbito, se interviene en las relaciones entre operador-usuario final de comunicaciones electrónicas. En cambio, en los supuestos en los que se dilucida una situación entre operadores de comunicaciones electrónicas en sus relaciones con otros operadores, precisamente para evitar la producción de perjuicios entre ellos y, en última instancia, la afectación a los usuarios finales, es competente para actuar la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Como se señaló por esta Comisión en el Informe de 10 de marzo de 2011 sobre el Anteproyecto de Ley de modificación de la LGTel², ***“se hace necesario destacar que en materia de fraude y uso indebido aparecen dos facetas sobre una misma realidad que son, de un lado, la defensa de los consumidores y usuarios afectados por estos comportamientos, y de otro, la intervención en la relación de acceso entre los operadores de red y los asignatarios de la numeración y/o beneficiarios del acceso, para proteger a aquellas entidades que sufran perjuicios tanto económicos como de imagen frente a sus abonados”***.

La distinción entre ambos aspectos, defensa de los consumidores por un lado, y de protección frente a perjuicios económicos causados a los operadores por otro, ha sido ratificada por la Audiencia Nacional a través de su Sentencia de 28 de septiembre de 2009 (recurso 226/2003), en la que respalda la interrupción del servicio efectuada por el operador del servicio telefónico móvil y autorizada por esta Comisión con arreglo a principios diferentes de la afectación a los usuarios finales, en los siguientes términos:

“para prevenir un grave perjuicio económico para sus intereses [los del operador del servicio telefónico móvil], más que probable, siendo así que no se causaría menoscabo alguno a los potenciales usuarios de estos números, puesto que los servicios no existían, a menos que la utilización no tuviera como finalidad legítima el acceso a servicios de nula utilidad, sino otros más espurios e incalificables, como el de trasladar el crédito de la tarjeta al beneficio que se obtiene por la recepción de llamadas a estos números”.

1) Competencias ejercidas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

En el marco competencial descrito, esta Comisión ha examinado y autorizado la suspensión de la interconexión en múltiples ocasiones con el objeto de frenar los perjuicios que se producían en la gestión de las redes y el deterioro en la calidad de los servicios como consecuencia de actividades que encajaban en supuestos de fraude y uso indebido³. El éxito en la aplicación de estos procedimientos ha llevado a los sujetos que desarrollaban este tipo de actividades a cambiar de tácticas y el tipo de numeración empleada para que la comisión de estos fraudes fuera más difícil de detectar.

De forma esquemática, los procesos de suspensión de la interconexión se integran normalmente por las siguientes fases:

1. Un operador del servicio telefónico detecta actividades irregulares.
2. El operador solicita a esta Comisión la aprobación de un procedimiento para suspender la interconexión desde su red a la numeración en la que se han detectado esos comportamientos.

² Expediente MTZ 2011/3.

³ Ver, entre otros, los siguientes expedientes relativos a procedimientos de autorización de suspensión de la interconexión tramitados por esta Comisión: RO 2001/5736; RO 2002/6646; RO 2002/7453; RO 2003/1827; RO 2008/407; RO 2009/1588; RO 2010/1094; RO 2011/785; RO 2011/1981. Hay que tener en cuenta que junto con los procedimientos que se detallan, esta Comisión ha tramitado muchos otros relacionados con estos temas tales como consultas, conflictos, informaciones previas, etc.



3. Esta Comisión dicta una Resolución en la que recoge de forma detallada el procedimiento a seguir para suspender la interconexión. En ese procedimiento, figuran, además de los requisitos formales de notificación del corte, los parámetros que acreditan la irregularidad de las conductas.
4. En cumplimiento del procedimiento aprobado por esta Comisión, cada vez que los operadores autorizados detecten fraudes o usos indebidos en sus redes cortan la interconexión hacia esa numeración y remiten (en un plazo de 24/72 horas-aunque podría ser más largo en casos específicos) un informe a esta Comisión aportando los datos de las llamadas que se ajustan a los parámetros establecidos en el procedimiento aprobado y que acreditan la irregularidad de los tráfico.
5. Esta Comisión controla que los datos remitidos se correspondan con los previstos en los procedimientos aprobados.

El sistema diseñado por esta Comisión, en el que el corte se produce en un plazo de 24/72 horas y el control administrativo se produce ex post, dota de una gran agilidad a la actuación de los operadores que les permite frenar el volumen de los perjuicios sufridos. Es, sin duda, la celeridad para atajar las conductas irregulares lo que justifica el éxito de la medida.

Las prácticas fraudulentas denunciadas hasta ahora se refieren esencialmente a tráfico en redes móviles e incluyen: (i) la descarga de tarjetas de operadores móviles tanto de prepago con saldo promocional como de postpago contratadas de forma fraudulenta; (ii) la presencia de tráfico artificialmente generado fuera de España (en algún otro país de la UE) a servicios españoles de tarificación adicional, numeración 902 o 118AB asignados en España; (iii) operadores que actúan como sumidero de llamadas bajo la apariencia de encaminamiento de tráfico internacional, o (iv) el envío de SMS no solicitados para incitar a llamar a números de tarificación adicional (spamming)⁴.

La intervención de esta Comisión descrita encuentra habilitación legal en varios artículos de la LGTel vigente. Por un lado, el artículo 11.4 del texto legal confiere a esta Comisión la potestad para resolver conflictos entre operadores con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 de la LGTel, incluida la referencia a la consecución de una competencia efectiva. Entre estas prerrogativas, se encuentra la de supervisar el cumplimiento de las obligaciones de los operadores, garantizar el justo equilibrio contractual entre las partes y salvaguardar la interconexión de las redes en condiciones no discriminatorias, transparentes y proporcionales en beneficio de todos los usuarios.

Asimismo, el artículo 48.4.e) de la LGTel, faculta a esta Comisión a adoptar las medidas necesarias para, entre otras cuestiones, salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores y la interconexión de las redes amparadas en el correcto funcionamiento de la red y la interconexión.

Las medidas adoptadas en el transcurso de dichos procedimientos autorizan la interrupción de la interconexión por parte del operador denunciante, evitando que sus abonados puedan acceder o cursar las llamadas a los números denunciados. Concretamente se le permite suspender el encaminamiento de las llamadas originadas por sus abonados, aunque otros operadores distintos al propio denunciante puedan seguir encaminando tráfico hacia los números denunciados. Entre

⁴ Según la Resolución de esta Comisión de 3 de julio de 2003 (RO 2003/642), el spamming consiste en “incitar de forma fraudulenta mediante el envío masivo de SMS no solicitados a llamar a un número telefónico de tarificación adicional por medio de hacer atractiva la llamada bajo el ofrecimiento de servicios o premios que resultan inexistentes”.



las medidas se incluye la adopción de medidas cautelares para asegurar la eficacia de la decisión final del procedimiento, como sucede en las llamadas a numeraciones de consulta 118AB.

Hasta la fecha, esta Comisión no ha autorizado a los operadores afectados por situaciones presuntamente fraudulentas a interrumpir el flujo de pagos al siguiente operador de la cadena (aunque algunos operadores sí lo han solicitado). Y ello por el principio de mínima intervención y de cautela ya que, en los fraudes sobre tarificación adicional, la suspensión de la cadena de pagos repercutiría sobre el operador asignatario pero no sobre el prestador del servicio de tarificación adicional (que no tiene la condición de operador⁵), que es quien podría estar en connivencia con el llamante y beneficiarse del tráfico fraudulento.

En casos en los que se ha interpuesto conflicto por incumplimiento de las condiciones contractualmente pactadas entre operadores en los acuerdos de interconexión, se ha examinado el comportamiento diligente o no de todos los operadores intervinientes conforme a los acuerdos aplicables entre ellos, desde el acceso a la terminación (tengan poder significativo de mercado o no). La actuación de esta Comisión se ha amparado en su capacidad para equilibrar las condiciones contractuales entre operadores pero, como se ha indicado en el párrafo anterior, la intervención ha sido mínima y conforme al principio de cautela.

Todas estas actuaciones han sido refrendadas tanto por la Audiencia Nacional como por el Tribunal Supremo y justificadas tanto por los perjuicios que se causan en las redes como por los intereses económicos afectados⁶.

2) Competencias ejercidas por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo

El Ministerio, a través de la SETSI, también ha venido ejerciendo determinadas funciones relacionadas con supuestos de fraudes y usos indebidos, cuyo régimen se encuentra regulado en diversas Órdenes Ministeriales.

Con carácter general, dichas Órdenes establecen las condiciones de prestación de determinados servicios a través de un código de conducta, determinan las posibles consecuencias de su incumplimiento y designan el órgano competente para la supervisión de los operadores, función que recae sobre la Comisión para la Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional (en adelante, CSSTA).

En particular, la SETSI tiene otorgada la habilitación para acordar el bloqueo al acceso a numeración de tarificación adicional utilizada para (i) la prestación de servicios telefónicos de valor añadido así como los basados en (ii) el envío de mensajes cortos de texto y (iii) multimedia SMS/MMS Premium, respectivamente. Esta competencia deriva, por una parte, del desarrollo de la normativa reguladora de los derechos de los usuarios (que se contiene en la LGTel y desarrolla el Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo, por el que se aprueba la carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas (en adelante, la Carta de Derechos del Usuario) y por otro lado de las competencias en materia de numeración, direccionamiento y denominación, según indican las Órdenes Ministeriales, en aplicación de los artículos 30.1, 27.3 y 28.2 del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de

⁵ Aunque actualmente esta Comisión puede resolver disputas entre operadores de comunicaciones electrónicas y otros prestadores que se beneficien del acceso. Por este motivo, considerando que estos prestadores de servicios sí podrían pasar a formar parte de los procedimientos de conflicto que se interpongan, resulta esencial reforzar las competencias actualmente ejercidas por esta Comisión en materia de fraudes y usos indebidos mediante el bloqueo de pagos que permita evitar que los prestadores de servicios de tarificación adicional puedan beneficiarse económicamente de los fraudes o usos indebidos que se dirijan a ellos.

⁶ Por todas, ver las Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2007 (Recurso de Casación 8213/2004) y de 20 de junio de 2006 (Recurso de Casación 9740/2003).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración (en adelante, Reglamento de Mercados).

En el ámbito de los servicios de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 de la Orden ITC/308/2008⁷, el incumplimiento del código de conducta por parte de un operador que preste estos servicios implicará la retirada temporal del uso del número al prestador del servicio, comunicándose a esta Comisión para que sea ésta la que adopte la decisión de bloquear durante un año la asignación del número correspondiente. Si el incumplimiento es reiterado, se cancelan durante un año a todos los números que el operador de almacenamiento y reenvío tenga asignados y no sólo de aquel con el que se infringe el código de conducta.

Por tanto, durante un año no será posible cursar ningún tráfico hacia la numeración que tenía asignada el operador de almacenamiento y reenvío, lo que indefectiblemente conlleva el bloqueo del acceso a esa numeración. En estas circunstancias, la Orden obliga a notificar la resolución de la SETSI también a los operadores de redes telefónicas públicas (y al operador de almacenamiento y reenvío de mensajes, en su caso), que estarán obligados a bloquear el acceso al número que se cancela.

Similares previsiones se contienen en la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero que regula con carácter general las condiciones de prestación de los servicios de tarificación adicional (803, 806, 807 y 905)⁸. Así, cuando la CSSTA estime que se ha producido un incumplimiento del código de conducta por parte de un prestador de un servicio de tarificación adicional, emitirá un informe que se someterá a la consideración de la SETSI, que resolverá si procede retirar con carácter temporal e inmediato el número telefónico suministrado al prestador de servicios de tarificación adicional que ha incumplido el código de conducta. El operador del servicio de red no podrá asignar ese mismo número al menos durante un año.

Además, si éste no hubiera procedido a la retirada del número telefónico en el plazo de ocho días naturales desde que le fue notificada la resolución, la SETSI dará traslado de dicha resolución a esta Comisión para que adopte la decisión de cancelar, durante 2 años, el número telefónico al operador del servicio de red de tarificación adicional.

Así, la SETSI ha comunicado a esta Comisión diversas resoluciones al objeto de acordar el bloqueo de determinada numeración. Asimismo, se ha recibido en la última semana de mayo de 2012 otras cinco resoluciones de la SETSI por las que se comunica la resolución de dicho órgano con la solicitud de bloqueo temporal de diversa numeración SMS/MMS Premium. La mayoría de los acuerdos de bloqueo de numeración que han sido comunicados a esta Comisión se refieren a numeración SMS/MMS Premium y se comenzaron a recibir a partir de mediados de 2010⁹.

A la vista de lo expuesto, la capacidad de intervención de la SETSI se encuentra claramente delimitada por la propia normativa. Así, el ámbito de intervención de la SETSI persigue la protección de consumidores y usuarios finales en la prestación de servicios específicos, como son los de tarificación adicional. Es únicamente cuando se incumple el código de conducta cuando se procede al bloqueo del acceso en estos casos.

⁷ Orden de 31 de enero, por la que se dictan instrucciones sobre la utilización de recursos públicos de numeración para la prestación de servicios de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia, modificada por la Orden ITC/3237/2008, de 11 de noviembre.

⁸ Orden de desarrollo, en lo relativo a los derechos de los usuarios y a los servicios de tarificación adicional del Título IV del Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla el título III de la Ley General de Telecomunicaciones, modificada por la Orden PRE/2410/2004.

⁹ El código de conducta para la prestación de los servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes fue aprobado el 29 de junio de 2009 y al año siguiente fue modificado mediante Resolución de 17 de junio de 2010.



B) La transposición al derecho español del artículo 28.2 de la Directiva del Servicio Universal introduce confusión al no deslindar claramente los ámbitos competenciales de actuación de las diferentes ANRs en materia de fraudes o usos indebidos de comunicaciones electrónicas

La Directiva 2002/22/CE, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (en adelante, Directiva del Servicio Universal), fue modificada tras la revisión en el año 2009¹⁰ de las directivas que conforman el denominado Paquete Telecom. Una de las modificaciones se produjo en el artículo 28.2 relativo a la libertad de acceso a números y servicios que ha de garantizarse a los usuarios finales, al añadirse un nuevo apartado segundo con el siguiente tenor literal:

“Los Estados miembros garantizarán que las autoridades pertinentes puedan exigir a las empresas proveedoras de redes públicas de comunicación o de servicios de comunicación electrónica disponibles al público que bloqueen, previo examen específico de cada caso, el acceso a números o servicios cuando ello se justifique por motivos de fraude o uso indebido, y que en tales casos los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas retengan los correspondientes ingresos por interconexión u otros servicios.”

Esta previsión habilita a las “autoridades pertinentes” (ANRs u otras) cuando se producen fraudes o usos indebidos de la numeración o las condiciones de los servicios, tras un examen caso por caso, (i) al bloqueo de acceso a números o servicios, así como (ii) a la retención de los pagos correspondientes a ingresos de interconexión u otros servicios de comunicaciones electrónicas.

Con carácter general, parece que se habilita la adopción de estas medidas, entre otras razones, para poder atajar los posibles efectos negativos derivados del acceso a la totalidad de los servicios y de la numeración (geográfica y no geográfica) dentro de la UE¹¹. Además de lo anterior, existe una tendencia creciente hacia la comisión de fraudes en los que se ven afectados operadores en varios Estados miembros y terceros países fuera de la UE en los que terminan muchas de estas llamadas, por lo que la adopción de medidas eficaces resulta esencial.

Cabe señalar, que a día de hoy, no existe previsión alguna que ejecute o interprete este precepto comunitario si bien de su tenor literal resulta necesario un examen individualizado por la autoridad administrativa correspondiente en el contexto de la adopción de medidas de bloqueo de acceso a números o servicios o la retención de los pagos por ingresos de interconexión u otros servicios.

En el ejercicio de transposición de la normativa comunitaria al derecho español, el Gobierno, mediante el Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo, incorporó la citada modificación en el artículo 38 (apartado 11) de la LGTel, cuyo título reza *“Derechos de los consumidores y usuarios finales”*.

“11. En las condiciones que se establezcan mediante real decreto el Ministerio de Industria, Energía y Turismo podrá exigir a los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas o servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público que bloqueen, previo examen específico de cada caso, el acceso a números o servicios, siempre que esté justificado por motivos de fraude o uso indebido, y que en tales casos los prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas retengan los correspondientes ingresos por interconexión u otros servicios. En ningún caso podrá exigirse al amparo de este apartado el bloqueo a servicios no incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley, como los servicios

¹⁰ Fue revisada por la Directiva 2009/136/CE de 25 de noviembre de 2009.

¹¹ Ver el considerando 46 de la Directiva del Servicio Universal.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de la Sociedad de la Información regulados en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.”

Con la transposición del texto comunitario, el Gobierno ha designado expresa y únicamente al Ministerio como autoridad competente para proceder al bloqueo y retención de pagos. Se trata de una extensión competencial muy significativa aunque el ejercicio de dicha competencia se encuentra supeditado a la aprobación del real decreto de desarrollo en el que se concretarán los supuestos y medidas que vayan a adoptarse por parte del Ministerio. Sin embargo, nada dice en relación a las competencias que en la materia ejerce actualmente esta Comisión de conformidad con la habilitación legal mencionada anteriormente.

Este deslinde competencial debería haber sido incluido expresamente en la LGTel tras la transposición, lo que hubiese dotado de mayor seguridad jurídica al régimen de actuación de las autoridades competentes en esta materia, en beneficio de una efectiva y eficaz regulación que proteja los derechos e intereses de los operadores y usuarios de los servicios de comunicaciones electrónicas.

En este sentido, sería conveniente reflejar que la actuación del Ministerio parece particularmente adecuada en aquellos supuestos necesariamente motivados por denuncia de los usuarios finales y donde se produzca un perjuicio directo a los mismos y que, por otro lado, esta Comisión se encuentra en condiciones de actuar con carácter expeditivo en supuestos que afectan a las relaciones entre operadores, o entre operadores y otras entidades que se beneficien de las obligaciones de acceso e interconexión así como en los casos de conflictos de carácter transfronterizo que requieren colaboración entre autoridades relevantes de diversos Estados miembros.

En consecuencia, esta Comisión entiende que, si bien la competencia para suspender el acceso e interconexión por parte de esta Comisión en supuestos de fraudes o usos indebidos entre operadores de comunicaciones electrónicas, conforme a los artículos 11 y 48.4.e) de la LGTel, no se ha visto modificada, una habilitación expresa en la LGTel en los términos que esta Comisión propone conllevaría mayor seguridad jurídica.

De hecho, un esclarecimiento y reforzamiento de las facultades de actuación de esta Comisión iría en consonancia con las modificaciones más recientes introducidas por el Real Decreto-ley 13/2012 citado. Una de estas modificaciones afecta al artículo 11.4 de la LGTel relativo a los principios generales aplicables al acceso a las redes y recursos asociados y a su interconexión, que permite a esta Comisión intervenir en las relaciones entre operadores y otras entidades que se beneficien de las obligaciones de acceso e interconexión.

En este marco normativo, una previsión expresa que faculte a esta Comisión para retener pagos en interconexión y otros servicios permitiría una actuación más eficaz evitando que los prestadores de servicios de tarificación especial puedan beneficiarse de actuaciones fraudulentas en connivencia con los usuarios llamantes, situación de difícil sanción a nivel penal pero que podría evitarse suspendiendo la cadena de pagos como se hace en supuestos en los que se producen impagos entre operadores de servicios de comunicaciones electrónicas a nivel nacional, previsión que incorpora la Oferta de Interconexión de Referencia.

Asimismo, la competencia de esta Comisión en materia de acceso e interconexión incluye la fijación de los parámetros que muestran la alteración del funcionamiento de las redes o el comportamiento irregular de los operadores, que deberán establecerse por resolución de este Consejo, así como, el control posterior de los casos que le sean notificados por los motivos de agilidad y eficacia ya mencionados.



Debe tenerse en cuenta que el Ministerio y esta Comisión continuarán ejerciendo sus competencias en paralelo, ya que ambos órganos intervienen en cuestiones relacionadas entre ellas pero que, como se ha explicado anteriormente, responden a necesidades diferentes. En este nuevo contexto normativo, la actual transposición del artículo 28.2 de la Directiva del Servicio Universal conforme a la redacción del artículo 38.11 de la LGTel no refleja claramente qué competencias ejercerán la Comisión y el Ministerio de cara al futuro en supuestos de fraudes o usos indebidos¹² y pueden producirse situaciones en las que la intervención del Ministerio se solape con las competencias que actualmente ostenta esta Comisión¹³.

Además, la previsión normativa actual puede dar lugar a situaciones de “forum shopping”¹⁴ por parte de los operadores entre la Comisión y el Ministerio, y una división como la prevista actualmente difícilmente puede garantizar una actuación administrativa eficaz y coherente.

C) Propuesta de modificación de la LGTel y normativa de desarrollo

Esta Comisión propone modificar el artículo 38.11 de la LGTel (las modificaciones que se incluyen subrayadas son las novedades respecto al texto actualmente vigente), a los efectos de introducir de manera expresa las competencias de esta Comisión en la materia y deslindar claramente los ámbitos competenciales de ambas ANRs:

“En las condiciones que se establezcan mediante real decreto y sin perjuicio de las competencias de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en materia de acceso e interconexión, el Ministerio de Industria, Energía y Turismo, en el ejercicio de las competencias relativas a la defensa de los derechos de los usuarios que la normativa le atribuya, podrá exigir a los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas o de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público que bloqueen, previo examen específico de cada caso denunciado, el acceso a números o servicios, siempre que esté justificado por motivos de fraude o uso indebido y que afecte a consumidores o usuarios finales, y que, en tales casos, los prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas retengan los correspondientes ingresos por interconexión u otros servicios. Se mantendrá informada a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a los efectos correspondientes. En ningún caso podrá exigirse al amparo de este apartado el bloqueo a servicios no incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley, como los servicios de la Sociedad de la Información regulados en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.”

Asimismo, se propone incluir un apartado específico en el artículo 11 de la LGTel en el que se delimite la intervención de esta Comisión en el ámbito de los conflictos suscitados entre operadores de comunicaciones electrónicas.

“Sin perjuicio de las competencias que corresponden al Ministerio de Industria, Energía y Turismo conforme al artículo 38.11 de la presente ley, en casos de fraude o uso indebido que se susciten entre operadores o entre operadores y otras entidades que se beneficien de las obligaciones de acceso e interconexión de conformidad con el apartado 4 del presente artículo, la Comisión del Mercado de las

¹² De hecho, en el último Proyecto de Ley conocido de modificación de la LGTel se atribuía la competencia del artículo 28.2 a esta Comisión.

¹³ Esta Comisión ha recibido escritos en fechas recientes en los que se pone en duda por parte de algún operador su competencia para la adopción de medidas cautelares en el marco de procedimientos iniciados como consecuencia de denuncias por situaciones de fraudes.

¹⁴ Consiste en la práctica de plantear la solución de sus controversias ante aquel de entre los distintas autoridades que pueden ser competentes que, a tenor de la ley aplicable, le dará una respuesta jurídica más favorable a sus intereses.



Telecomunicaciones, a través del examen específico del caso, podrá imponer la obligación de bloquear el acceso a números o servicios y de retener los correspondientes ingresos por interconexión u otros servicios. Se mantendrá informado al Ministerio de Industria, Energía y Turismo a los efectos correspondientes.”

El reflejo de la competencia de esta Comisión en materia de fraudes y usos indebidos también requeriría un nuevo apartado g) en el artículo 23.3 del Reglamento de Mercados y en su caso en la Carta de Derechos del Usuario.

Asimismo, por la variedad de situaciones de fraude, algunas de las cuales podrían plantearse sólo en el futuro, resulta preferible no realizar una definición de fraude o uso indebido en la normativa. Sin perjuicio de ello, se tendrán en cuenta las directrices y coordinación alcanzados a nivel comunitario (incluyendo en particular al ORECE).

Por último, cabe señalar que resulta esencial establecer mecanismos de coordinación entre el Ministerio y esta Comisión a los efectos de una mejor y más eficaz regulación, que se resumen en los siguientes:

- a) Tanto la Comisión como el Ministerio deberían tener la obligación de intercambiar información con carácter inmediato de los procedimientos iniciados en el ámbito respectivo de sus competencias y de las medidas adoptadas en el transcurso y a la finalización de dichos procedimientos en relación con el bloqueo de accesos o de retención de los pagos correspondientes.
- b) En los supuestos en los que se plantee una situación de un fraude o uso indebido de carácter transfronterizo que afecte a dos o más Estados miembros de la UE y que requiera la cooperación del Ministerio o de esta Comisión¹⁵, el ejercicio de la labor de coordinación debería corresponder al órgano (Comisión o Ministerio) que sea competente en cada caso. De este modo, se propone que en supuestos en los que el procedimiento en cuestión tenga su origen en una denuncia por afectación a consumidores o usuarios finales, la coordinación con las ANRs de otros Estados miembros la realice el Ministerio. En los demás supuestos, la coordinación corresponderá a esta Comisión. Asimismo, debería preverse que cuando la Comisión o el Ministerio reciban solicitudes de coordinación de las ANRs de otros Estados miembros para las que carecen de competencia, ambos se comprometen a remitirse mutuamente toda la información recibida a la mayor brevedad posible, identificando personas de contacto para agilizar dicho intercambio.
- c) La coordinación para una eficaz y coherente aplicación de las previsiones en materia de fraudes y usos indebidos se entiende sin perjuicio de los supuestos de los que pudiera derivarse un conflicto de carácter transfronterizo entre operadores, cuya competencia corresponde a esta Comisión, conforme al artículo 23.3.b) in fine del Reglamento de Mercados.
- d) Debería articularse una coordinación tanto del Ministerio como de la Comisión con la Fiscalía correspondiente, en el caso de que puedan derivarse actuaciones tipificadas como delito.

¹⁵ En abril de 2012, se ha recibido una solicitud para coordinar actuaciones respecto a la información solicitada por la ANR irlandesa a un operador domiciliado en España por cuya red habría discurrido tráfico presuntamente fraudulento con destino final fuera de la UE.



2. Propuesta de modificación normativa relativa a las competencias regulatorias sobre la utilización compartida del dominio público o la propiedad privada por los operadores en el ejercicio de su derecho a la ocupación

El Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen a nuestro ordenamiento jurídico las Directivas 2009/140/CE y 2009/136/CE, de 25 de noviembre, ha modificado el artículo 30.1 de la LGTel que regula la ubicación compartida y el uso compartido de la propiedad pública o privada en el sentido de atribuir al Ministerio de Industria, Energía y Turismo la competencia para imponer la utilización compartida del dominio público o la propiedad privada en que se vayan a establecer las redes públicas de comunicaciones electrónicas o el uso compartido de las infraestructura y recursos asociados.

No se modifica el apartado 2 del artículo 30, que sigue confiriendo la misma competencia a las administraciones públicas (en adelante, AAPP) competentes en materia de ordenación urbana y territorial, salud y seguridad pública, o medio ambiente, que podrán imponer dichas medidas por no existir alternativas para los operadores para ocupar por separado el dominio público o privado, por motivos justificados en la protección de dichos intereses generales.

La Directiva Marco¹⁶ indica que es necesario reforzar las competencias de las ANRs para imponer obligaciones de compartición en todos los niveles de la red. Así, el artículo 12.1 de la Directiva dispone que las ANRs “*podrán imponer el uso compartido*”, frente a la anterior redacción del mismo apartado, que señalaba que las ANRs “*favorecerán el uso compartido*” de recursos o propiedades.

La justificación para tal refuerzo de competencias se encuentra en el Considerando 43 de la Directiva 2009/140/CE, que motiva la necesidad de otorgar estas facultades a las ANRs en que es esencial que se garantice que el despliegue de las nuevas redes de alta velocidad se realice de manera equitativa y eficiente. El artículo 12.2 de la Directiva, por su parte, establece que los Estados miembros podrán exigir que los titulares de derechos de ocupación de la propiedad pública o privada compartan recursos o la propiedad para proteger el medio ambiente, la salud pública o la seguridad pública o alcanzar objetivos de la planificación urbana y ordenación territorial.

Es evidente que el Considerando citado y el artículo 12 de la Directiva Marco se refieren a dos niveles de intervención distintos, el que corresponde a los organismos reguladores, justificado por necesidades de inversión eficaz en infraestructuras o de fomento de la innovación, como reconoce asimismo el Considerando (4) y el apartado 7 de la Recomendación de la Comisión Europea de NGAs, y el que corresponde a las administraciones territoriales, cuya intervención vendrá motivada por la protección del medio ambiente, la salud pública o la seguridad pública o por la planificación urbana y ordenación territorial.

Por un lado, esta Comisión entiende que debería clarificarse la interpretación del artículo 30.1 de la LGTel. Como se mencionaba anteriormente, el artículo transpuesto atribuye directa y únicamente al Ministerio de Industria, Energía y Turismo la competencia para declarar el uso compartido del dominio público y de la propiedad privada y de otras infraestructuras. Debe recordarse que el artículo 12.1 de la Directiva Marco se refiere en general a las ANRs.

Por ello, se sugiere que se clarifique el ámbito de actuación del Ministerio de Industria, Energía y Turismo al amparo del artículo 30.1, ya que deberá ser distinto de las intervenciones motivadas por razones de protección de intereses públicos como el medioambiente o la ordenación territorial que competen a otras AAPP a las que se refiere el apartado 2 del artículo 30, como por ejemplo a

¹⁶ Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.



Entidades Locales o a otros órganos pertenecientes a la Administración General del Estado (como el Ministerio de Fomento, a la hora de declarar la utilización compartida de tramos de carreteras).

Por otra parte, sería lógico que, tratándose de una intervención motivada, no por razones de protección de intereses públicos como el medio ambiente o la ordenación territorial, sino por razones económicas, de fomento de la inversión en redes, la competencia para determinar la necesidad de compartición y sus condiciones, bien recayera directamente en la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ó bien requiriera del informe preceptivo y vinculante de ésta y ello por la posible relación de estas medidas con la regulación de los mercados cuya vigilancia está encomendada a este Organismo –así se presume en la Recomendación de la Comisión Europea de 20 de septiembre de 2010, relativa al acceso regulado a las redes de acceso de nueva generación (NGA)¹⁷- y, adicionalmente, por ser la entidad que posteriormente dirimiría los conflictos de compartición.

En cualquier caso, sería necesario que se instrumentalizasen mecanismos de colaboración entre el Ministerio y esta Comisión porque en muchas ocasiones las medidas pueden ser de interés conjunto para ambas instituciones.

3. Propuesta de modificaciones normativas para facilitar a los operadores de comunicaciones electrónicas el despliegue de las redes de nueva generación

El sector de las comunicaciones electrónicas se encuentra actualmente inmerso en un proceso de cambios profundos y de largo alcance que son consecuencia de la transformación de su base tecnológica, y de los que depende, en gran medida, el futuro del sector. Parte de esta transformación trae causa del desarrollo de nuevos servicios que requieren de nuevas redes convergentes, basadas en tecnologías multiservicio, que llamamos de “nueva generación” y que fueron desarrolladas para satisfacer las necesidades de velocidad y cobertura que demandan los usuarios para acceder a los nuevos servicios.

Europa se ha marcado unos objetivos muy ambiciosos al respecto, en su Agenda Digital de la estrategia Europa 2020¹⁸, al pretender conseguir, en el año 2020, una cobertura para todos los ciudadanos de al menos 30 Mbit/s, y que al menos el 50% de ellos estén conectados a velocidades que superen los 100 Mbit/s.

Las redes tradicionales de cobre no pueden satisfacer los nuevos requisitos de velocidad y cobertura que exigen los nuevos servicios de comunicaciones electrónicas. En consecuencia, los actores del mercado afrontan múltiples retos dada la necesidad de renovar o sustituir las antiguas redes de acceso por redes de acceso de nueva generación (en adelante, NGA), generalmente soportadas en fibra óptica y en protocolos IP, redes que suponen un salto cualitativo para el sector y los usuarios.

El momento en el que nos encontramos resulta propicio para poner en práctica la experiencia y conocimientos acumulados por esta Comisión en su actividad de regulación y promover la desaparición de barreras que han venido obstaculizando los despliegues de las redes de acceso en los últimos años y así adoptar las medidas óptimas para promover una inversión eficiente en

¹⁷ Se prevé, en el apartado 7, la posibilidad para las ANRs de aplicar medidas simétricas en virtud del artículo 12 de la Directiva Marco, para conceder acceso a una infraestructura de obra civil o a un segmento de terminación de una empresa, en lugar de imponer obligaciones específicas al operador con poder significativo de mercado, siendo éste un análisis que debería llevar a cabo la ANR con competencias de análisis de mercados, por razones de coherencia y coordinación de las medidas que se adopten.

¹⁸ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones Una Agenda Digital para Europa. COM/2010/0245.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

redes y afianzar una óptima competencia en infraestructuras de comunicaciones electrónicas adaptadas a las necesidades que demandan los usuarios. Ello sin perder de vista los intereses de los agentes del sector afectado, y en particular el de las AAPP que de una manera u otra tienen participación en las actividades de instalación de infraestructuras de telecomunicaciones.

En este ámbito, destaca la extraordinaria importancia que la disponibilidad de infraestructuras de obra civil adecuadas tiene en el momento actual para garantizar el despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas y la relevancia que, a estos efectos, tendrán las medidas que se adopten por los titulares de dominio público y de las infraestructuras de obra civil, los cuales pueden constituirse en facilitadores de esos despliegues con una adecuada gestión de sus competencias.

Las *“Líneas Maestras sobre la regulación que aplicará a las Redes de Acceso de Nueva Generación”* aprobadas por esta Comisión con fecha 17 de enero de 2008 ya destacaban la importancia de esta cuestión, indicando que *“Las Administraciones públicas se encuentran en una posición privilegiada para, sin necesidad de convertirse en explotadores de red, llegar a ser los catalizadores del avance de las redes de nueva generación, facilitando la ocupación del dominio público por los operadores interesados en desplegar redes y favoreciendo despliegues coordinados que redunden en un menor coste para todos los agentes intervinientes y contribuyan a la mejora de las infraestructuras presentes en el territorio cuya ordenación y gestión les está encomendada (por ejemplo, fomentando convenios para la coordinación y el despliegue compartido entre todos los operadores interesados, que establezcan procedimientos que doten de mayor agilidad a la instalación y ejecución conjunta)”*.

Asimismo, la propia Unión Europea en la Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, por la que se modifica el paquete normativo del 2002 (en adelante, Directiva 2009/140/CE), ha mostrado su preocupación por esta materia. Según el considerando 42 de la misma *“Los permisos expedidos a empresas suministradoras de redes y servicios de comunicaciones electrónicas en virtud de los cuales quedan autorizadas para acceder a la propiedad pública o privada son factores esenciales en el establecimiento de redes de comunicaciones electrónicas o nuevos elementos de red. La complejidad y las demoras innecesarias en los procedimientos de concesión de derechos de paso pueden, por lo tanto, representar un obstáculo importante para el desarrollo de la competencia. En consecuencia, debe simplificarse la adquisición de derechos de paso por las empresas autorizadas. Las autoridades nacionales de reglamentación deben poder coordinar la adquisición de derechos de paso, haciendo accesible en sus sitios web la información pertinente”*.

La Comisión Europea además alude a la necesidad de reforzar las competencias de los Estados miembros en relación con los titulares de derechos de paso para garantizar que la entrada o el despliegue de las nuevas redes se realice de manera equitativa, eficiente y respetuosa con el medio ambiente y con independencia de la eventual obligación de un operador con poder significativo (en adelante, PSM) en el mercado de facilitar el acceso a su red de comunicaciones electrónicas.

Esta Comisión ha puesto de manifiesto en varias ocasiones las dificultades que encuentran los operadores para materializar de forma efectiva este derecho, debido, entre otras cuestiones, a la disparidad de criterios entre las administraciones territoriales y a la profusa normativa en la materia, hasta el punto de que *“mientras en algunas localidades puede resultar más rápido y sencillo obtener los pertinentes derechos para ocupar materialmente el dominio público, en otras resulta más complicado, lento o incluso imposible de conseguir”*¹⁹. Asimismo, esta Comisión ha denunciado que, en determinadas ocasiones, las condiciones de despliegues impuestas por

¹⁹ Informe Anual correspondiente al año 1998.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

determinadas administraciones pueden ser consideradas como restricciones carentes de justificación objetiva²⁰.

La diversidad de entes competentes y de normativa para regular la ocupación de dominio público y privado, tiene su origen no solo en la LGTel sino también en el reparto competencial previsto en la Constitución Española, que establece un catálogo de competencias exclusivas y compartidas en materias relacionadas directa o indirectamente con las telecomunicaciones, pero que necesariamente afectan a la ocupación del dominio público y privado para la implantación de redes de comunicaciones electrónicas.

Ya cuando se promulgó la actual LGTel, el legislador era consciente de la necesidad de armonizar la normativa aplicable como piedra angular para impulsar el fomento y desarrollo de las comunicaciones electrónicas en nuestro país, impulsando técnicas de coordinación, colaboración y cooperación interadministrativas. En este sentido, la Disposición Adicional duodécima de dicha Ley prevé la creación de un órgano de cooperación Estado-Comunidades Autónomas y Comunidades Autónomas-Corporaciones Locales, así como de relanzar el despliegue de estas infraestructuras.

Un escenario ideal para esta Comisión sería una completa armonización de la profusa y dispersa normativa que regula la ocupación del dominio público para la instalación de redes de comunicaciones electrónicas para garantizar mayor seguridad jurídica a los operadores y establecer un marco normativo estable y eficaz, si bien esta Comisión también es consciente de la dificultad que ello entraña dada la existencia de intereses territoriales particulares y en ocasiones contrapuestos, y en particular, por la dificultad de armonizar una normativa que regula cuestiones cuya competencia corresponde a administraciones territoriales distintas de conformidad con el reparto competencial previsto en nuestra Carta Magna.

Sin embargo, esta Comisión sí considera viable y conveniente modificar aspectos concretos de la normativa con el objetivo de eliminar una serie de barreras detectadas que pudieran dar lugar a un freno en el desarrollo de los despliegues deseados. Con ello se pretende eliminar o minimizar en la medida de lo posible las barreras legales que de una manera u otra están obstaculizando un óptimo despliegue de infraestructuras en los últimos años, provocadas en su mayoría por una profusa normativa territorial.

Los obstáculos detectados varían en función del espacio en el que se pretende instalar la red de telecomunicaciones. Encontramos, por tanto, barreras de tipo horizontal, que se corresponden con las dificultades que los operadores se encuentran cuando desean instalar la infraestructura en el dominio público, ya sea en una zona urbanizada o en pleno desarrollo de urbanización, y de tipo vertical referidas a los despliegues en el interior de los edificios.

Cada uno de los obstáculos citados suscita problemáticas distintas que conviene analizar y corregir cuanto antes para fomentar y promover la inversión eficiente en redes de telecomunicaciones.

Asimismo, también resultaría adecuado ampliar la información y mejorar los medios de puesta a disposición de los operadores de información relativa a la ubicación y disponibilidad del dominio público para la instalación de redes de telecomunicaciones.

²⁰ Ejemplo de ello se recoge en las resoluciones de 29 de octubre de 2009 (RO 2009/766) y de 7 de abril de 2011 (RO 2011/155).



A) Problemas detectados en los despliegues de redes de comunicaciones electrónicas en el dominio público y propuesta de modificaciones normativas para solventar los mismos

Como ya hemos señalado, la problemática con la que se encuentran los operadores a la hora de desplegar sus redes será distinta dependiendo de si la zona ha sido ya urbanizada o está en pleno desarrollo urbanístico.

1) Despliegues realizados en zonas consolidadas o ya urbanizadas

Respecto al despliegue de redes en suelos urbanos consolidados, los principales problemas que se encuentran los operadores se concentran en la tramitación y ejecución del proyecto de despliegue.

En cuanto a la **tramitación** de los expedientes de obras para el despliegue de las redes, se ha constatado que sigue existiendo una gran dispersión normativa (Planes y Ordenanzas Municipales) proveniente de las diferentes administraciones locales, provocando claramente una ausencia de transparencia y de armonización normativa en cuanto al régimen de requisitos y plazos para la tramitación de las licencias y de los títulos habilitantes de ocupación del dominio público.

Esta situación se acrecienta con la falta de control en cuanto a la disponibilidad del dominio público dado que, normalmente, los ayuntamientos carecen de registros documentales en los que consten las redes de servicios existentes en el territorio municipal, con sus características, trazado y grado de ocupación por parte de los operadores de servicios, sean de telecomunicaciones o de otros servicios como gas, electricidad, etc.

Asimismo, se ha observado una carencia de mecanismos de comunicación a los operadores respecto de los despliegues de redes que se van a realizar en los municipios. En este sentido se ha puesto de manifiesto que en determinados municipios²¹ se están poniendo en marcha mecanismos para informar a los operadores de aquellos despliegues que se van a realizar tanto por otros operadores de telecomunicaciones como por operadores de otros sectores, de modo que todo aquel operador interesado pueda desarrollar su despliegue de forma conjunta, con la correspondiente optimización de costes. No obstante, en la mayoría de los municipios dan por cumplido el citado trámite con la simple publicación en el Boletín Oficial de la Provincia del correspondiente planeamiento urbanístico o proyecto de obra.

Esta problemática podría constituir, en determinados casos, una importante traba a la generalización de las redes de comunicaciones electrónicas en todo el territorio nacional. La falta de homogeneidad y de transparencia en los trámites administrativos desemboca en una situación de inseguridad jurídica con consecuencias para todos los implicados, por el coste en tiempo y dinero derivados de la tramitación administrativa.

En cuanto a las dificultades en la **ejecución de las obras** de despliegue, se ha comprobado que existe una gran discrecionalidad por parte de las administraciones locales a la hora de exigir contraprestaciones a los operadores que solicitan licencias y autorizaciones para el despliegue de redes, existiendo así límites adicionales a la actividad de los operadores (plazo de carencia de obras, tipología de zanjas, etc.).

Estos requisitos o condiciones en ocasiones pueden exceder de la autonomía municipal, ya que si bien los ayuntamientos tienen competencia y capacidad para establecer en su ámbito municipal la

²¹ Madrid, Barcelona, Valencia, etc.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

tipología constructiva, que se refiere a alturas o tipos de acabados, cualquier otra determinación en materia de tipología de canalización de telecomunicaciones, que no esté justificada por razones urbanísticas, medioambientales o de seguridad, podría estar afectando al principio de neutralidad tecnológica.

En definitiva, a la hora de delimitar un espacio a los efectos de la ubicación de determinadas infraestructuras o instalaciones de telecomunicaciones y, de acuerdo con las competencias que tienen atribuidas en estas materias, los ayuntamientos deberían tomar en consideración que tales limitaciones no supongan un obstáculo innecesario o insalvable al ejercicio del derecho de los operadores a la instalación de redes públicas de telecomunicaciones²².

Teniendo en cuenta lo anterior, en aras de mitigar los problemas manifestados en los despliegues en zonas urbanizadas, sería adecuada la promoción de las siguientes medidas:

- a) Promoción de una mayor claridad y unificación en la normativa dictada por las distintas Administraciones, con el objetivo de rebajar la complejidad, coste y plazos de los despliegues.
 - b) Las normas que regulan específicamente el procedimiento para la ocupación de las infraestructuras de comunicaciones electrónicas (que estarán publicadas en el diario oficial del ámbito correspondiente a la administración competente) deberían incluir un procedimiento no discriminatorio y transparente de resolución de las solicitudes de ocupación, dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 29.2 de la LGTel.
 - c) Proponer a la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP²³) la redacción de una Ordenanza Municipal Tipo de Obras e Instalaciones que incluya, en un único expediente, tanto los requisitos y plazos para la tramitación de una Licencia Urbanística de obras como para la tramitación de la Autorización de ocupación del dominio público.
- 2) Normas que regulan los despliegues realizados en zonas no consolidadas o nuevos desarrollos urbanísticos

La ejecución de la infraestructura de telecomunicaciones en nuevos desarrollos urbanísticos no es realizada directamente por el operador sino por el promotor que ejecuta el proyecto de urbanización. Por lo tanto, las dificultades de obtención de permisos y trámites anteriormente mencionados no son necesariamente de aplicación al presente caso, donde existirá otro tipo de casuística.

²² En este sentido, reiterada Jurisprudencia dictada en conflictos entre la autonomía municipal y la competencia en materia de telecomunicaciones, ha establecido que las competencias municipales se deben limitar a aquellas materias que influyan en su territorio, tales como urbanismo, seguridad, medioambiente, etc. A modo de ejemplo, los Tribunales han considerado conforme a derecho las siguientes condiciones:

- Exigencia de licencia de actividad (STS de 4 de julio de 2006).
- Imponer la instalación de un número determinado de canalizaciones (STS de 4 de mayo de 2005).
- Obligación de presentar un plan de despliegue (STS de 24 de enero de 2000 y 18 de junio de 2001).
- Imposibilidad de otorgar nuevas autorizaciones para la construcción de nuevas canalizaciones o ampliación de las existentes en un mismo tramo si no han transcurrido 2 años desde la finalización de las obras amparadas en anteriores autorizaciones (STS de 3 de mayo de 2006 y 24 de enero de 2002).

²³ La FEMP es la Asociación de Entidades Locales de ámbito Estatal con mayor implantación, que agrupa Ayuntamientos, Diputaciones, Consejos y Cabildos Insulares, en total 7.287, que representan más del 89% de los Gobiernos Locales Españoles y que fue constituida al amparo de lo dispuesto en la Disposición Adicional Quinta de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La principal dificultad que encuentran los operadores en este tipo de despliegues viene derivada de su falta de conocimiento respecto de los **proyectos de urbanización** que van a ser ejecutados.

Si bien es cierto que en principio todas las administraciones cumplen con el deber de publicar los distintos instrumentos de planeamiento así como los correspondientes proyectos de urbanización, esto no parece ser suficiente para que los operadores estén correctamente informados.

En efecto, las administraciones suelen limitarse a publicar en los Boletines Oficiales los distintos Planes y Proyectos de urbanización, con lo cual, no resulta fácil que los operadores tengan la posibilidad siempre de conocer a su debido tiempo los despliegues que se van a ir realizando.

Al margen de esta publicación oficial, no es práctica habitual, salvo en algunos grandes municipios, abrir procedimientos de comunicación a todos los operadores.

Por ello sería conveniente que las distintas AAPP pusieran en marcha mecanismos de información fácilmente disponibles para los operadores, en los términos que indicaremos en el apartado C) posterior. En este sentido cabe mencionar la existencia de una serie de medidas legislativas como es el Real Decreto 346/2011, de 11 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento Regulador de las Infraestructuras Comunes de Telecomunicaciones para el acceso a los servicios de telecomunicación en el interior de las edificaciones, así como el Proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla la obligación de prever la instalación de canalizaciones para el despliegue de redes de comunicaciones electrónicas en carreteras e infraestructuras ferroviarias de competencia estatal²⁴, donde se han introducido distintos mecanismos de consulta para que todo aquel operador interesado pueda formar parte del despliegue programado.

Con la imposición de este tipo de mecanismos de consulta que normalice el intercambio de información entre los proyectistas y todos los operadores de telecomunicaciones se podrían evitar situaciones discriminatorias.

Otra dificultad advertida por esta Comisión en relación con el despliegue de redes en nuevos desarrollos urbanísticos, se refiere a los **convenios de colaboración** entre ayuntamiento/promotor y operadores.

Es práctica habitual la firma de convenios referidos a la dotación de infraestructuras de telecomunicaciones de nuevas zonas de desarrollo urbanístico que, según algunos operadores, no pueden ser alcanzados en igualdad de condiciones por todos ellos.

En particular, los operadores alternativos vienen a poner de manifiesto que no existe un acceso igualitario a la firma de estos acuerdos dado que, por norma general, los ayuntamientos sólo exigen a los promotores la instalación de una red, dejando a la decisión de éstos la construcción de infraestructura para un segundo operador.

Consecuencia de ello es que en la práctica, la mayoría de los proyectos de urbanización tan sólo introducen la infraestructura del incumbente - en ocasiones sin asumir este ningún coste y en otras tras alcanzar un acuerdo de asesoramiento o de aportaciones ajenas - y no así la de un segundo operador, dado el consecuente gasto adicional que esto supone para el promotor.

En estos supuestos, los operadores que estén interesados en instalar su propia red tan sólo tendrán las siguientes alternativas (i) compensar económicamente al promotor para que instale una segunda instalación, (ii) solicitar al ayuntamiento una licencia para el despliegue de una

²⁴ Real Decreto que aún no ha entrado en vigor.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

segunda red, con el consiguiente coste íntegro de ejecución, o (iii) requerir la compartición de infraestructura.

Como consecuencia de lo anterior, con el objetivo de aliviar las barreras detectadas en los despliegues en zonas no consolidadas, se podrían promover las siguientes iniciativas:

- a) Que los instrumentos urbanísticos y planes promovidos por las administraciones territoriales tomen efectivamente en consideración las necesidades de los operadores de servicios de telecomunicaciones (artículo 26.2 de la LGTel). Asimismo estos instrumentos deberían prever la existencia de capacidad excedentaria de infraestructura civil suficiente para que terceros operadores puedan acceder a ellas tras su ejecución.
- b) Celebración de mesas de infraestructuras, entre los operadores y municipios, de cara a planificar las obras necesarias en cada ayuntamiento, a los efectos de racionalizar el uso y la ocupación de las redes de infraestructuras, así como determinar las fases de las obras (ya sea por los turnos de ejecución/ocupación, ya sea por la zonificación de su ejecución).

3) Otras medidas para fomentar y favorecer los despliegues de NGA

Sin perjuicio de todo lo anterior, esta Comisión considera que un mejor uso compartido de los recursos actualmente disponibles podría mejorar significativamente la competencia y rebajar los costes financieros y ambientales para las empresas del despliegue de las infraestructuras de comunicaciones electrónicas, y en particular de nuevas redes de acceso. En este mismo sentido la Unión Europea en la Directiva 2009/140/CE ya establecía que *“Las autoridades competentes, y en especial las autoridades locales, deben establecer asimismo procedimientos adecuados de coordinación, en cooperación con las autoridades nacionales de reglamentación, en lo que atañe a las obras públicas y a cualesquiera otros recursos o propiedades públicas, que garanticen que las partes interesadas dispongan de información sobre los recursos o propiedades públicas pertinentes y sobre las obras públicas en curso o previstas, que se les informe en el momento oportuno de dichas obras, y que se facilite el uso compartido en el máximo grado posible”*.

Por ello, con el objetivo de crear un marco más adecuado para la realización de inversiones para el despliegue de redes esta Comisión considera indispensable la fijación de otro tipo de medidas que contribuyan a favorecer y fomentar estos despliegues, como podrían ser las siguientes:

- a) Prever la instalación de infraestructuras de telecomunicaciones en el momento de ejecutar una obra pública.

En este sentido cabe poner de relieve que la disposición adicional quinta de la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información ya preveía la necesidad de que en la elaboración de los proyectos de obras de construcción de carreteras o de infraestructuras ferroviarias que fueran a formar parte de las redes de interés general, se previese la instalación de canalizaciones para el despliegue de redes de comunicaciones electrónicas a lo largo de toda la longitud de las mismas.

La citada norma remite a un texto reglamentario posterior el desarrollo del citado régimen, por lo que el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio elaboró un proyecto de Real Decreto que venía a abordar tal cometido cuya aprobación convendría agilizar para dar cumplimiento a la norma y establecer un régimen más concreto relativo al despliegue de redes de comunicaciones electrónicas en carreteras e infraestructuras ferroviarias de competencia estatal.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Iniciativas como estas podrían considerarse de gran efectividad para el desarrollo de redes de comunicaciones electrónicas, es por ello que esta Comisión considera que se podría plantear la posibilidad de extrapolar esta obligación a todas aquellas obras públicas que se vayan a ejecutar tanto a nivel estatal, autonómico como local.

- b) Utilización de infraestructuras instaladas en dominio público sobre las que se prestan servicios distintos a los de comunicaciones electrónicas.

La instalación de conductos en una infraestructura de canalización ya existente requiere una inversión notablemente menor que la necesaria para construir una canalización *ex novo*. Este coste justificaría el impulso de medidas que tengan por objeto fomentar la compartición de infraestructuras y reutilización de las existentes.

En este sentido cabe poner de relieve que el actual artículo 30 de la LGTel solo prevé la compartición de aquellas infraestructuras sobre las que se establecen redes públicas de comunicaciones electrónicas. Es decir, la normativa sectorial deja fuera de su ámbito de aplicación otras galerías o canalizaciones, de las que disponen otros agentes, que podrían igualmente ser susceptibles de acoger redes de comunicaciones electrónicas.

Es por ello que esta Comisión considera necesario incluir, en el ámbito de la compartición, todas aquellas infraestructuras gestionadas tanto por entidades privadas que actúan en otros sectores económicos (como agua, gas, electricidad, etc.) así como aquellas otras gestionadas o participadas por las propias AAPP (como pueden ser el alumbrado, alcantarillado, metro, etc.).

Sobre la base de lo anterior esta Comisión propone al Gobierno la adopción de las medidas legislativas destinadas a garantizar que las citadas infraestructuras estén a disposición de las entidades que deseen desplegar redes de comunicaciones electrónicas.

Cabe señalar, que en el sector eléctrico, existe una previsión parecida a la propuesta, ya que la Disposición Adicional Decimocuarta de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, establece que las servidumbres de paso de energía eléctrica constituida a favor de la red de transporte, distribución y suministro, incluyen aquellas líneas y equipos de telecomunicación que por ellas puedan transcurrir, tanto si lo son para el servicio propio de la explotación eléctrica, como para el servicio de telecomunicaciones públicas.

B) Problemas detectados en la instalación de redes de nueva generación en el interior de los edificios y propuesta de modificación normativa

El acceso a las verticales de los edificios es otro de los condicionantes que se encuentran los operadores en sus despliegues de redes de nueva generación. En efecto, no cabe duda de que la regulación de las nuevas redes de acceso no será plenamente efectiva si no se atiende al último cuello de botella detectado para el despliegue de infraestructura, y que se encuentra en el interior de los edificios.

A fin de impulsar estos despliegues, en los últimos años se han dictado diversas medidas dirigidas a facilitar la instalación de redes de nueva generación en el interior de edificios. En este sentido podemos citar tanto el Real Decreto 346/2011, de 11 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento regulador de las infraestructuras comunes de telecomunicaciones (ICT) donde se asegura que el despliegue de fibra en los nuevos edificios disponga de espacio en las canalizaciones así como en las arquetas, registros y recintos reglamentados.

Complementario a lo anterior, y para todas aquellas viviendas que quedan fuera del ámbito de la normativa ICT, con fecha 12 de febrero de 2009 esta Comisión adoptó una Resolución mediante



la cual se impusieron una serie de obligaciones aplicables al despliegue de fibra óptica por parte de los operadores de comunicaciones electrónicas, incluyendo (i) la obligación de atender las solicitudes razonables de acceso a sus elementos de red y equipos; (ii) la obligación de ofrecer el acceso a precios razonables; y (iii) la obligación de transparencia en las condiciones de acceso.

Por tanto, hasta el momento presente ha existido un marco jurídico estable que aseguraba – sea a través de la aplicación de la normativa ICT, sea a través de la aplicación de la Resolución de esta Comisión de 12 de febrero de 2009 – la creación de un escenario que dotaba de la necesaria seguridad jurídica e incentivos a los operadores a la hora de acometer sus despliegues de red en los edificios.

Sin embargo, cabe destacar que el recientemente aprobado Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo, ha atribuido al Ministerio de Industria, Energía y Turismo, a través del artículo 37 de la LGTel, competencias para la imposición de obligaciones aplicables a una parte de la red de acceso –la que se despliega en los edificios-, lo que inevitablemente entrará en colisión con la regulación hasta ahora establecida por la Comisión –como consecuencia del análisis de los mercados afectados- y podría perjudicar el desarrollo efectivo de las redes NGA.

El párrafo segundo del apartado primero del artículo 37 de la LGTel señala lo siguiente:

“En los supuestos en los que no sea de aplicación la normativa en materia de infraestructuras comunes de comunicaciones electrónicas, el Ministerio de Industria, Energía y Turismo podrá imponer a los operadores y a los propietarios de los correspondientes recursos, previo trámite de información pública, obligaciones objetivas, transparentes, proporcionadas, y no discriminatorias relativas a la utilización compartida de los tramos finales de las redes de acceso que discurran por el interior de las edificaciones o hasta el primer punto de concentración o distribución si está ubicado en el exterior del edificio, cuando la duplicación de esta infraestructura sea económicamente ineficiente o físicamente inviable”.

No es posible garantizar una regulación eficaz de las condiciones de acceso a las redes ni una aplicación coherente de dicha regulación, ante la segmentación de las mismas en dos tramos –el segmento final y resto de la red- y la atribución de competencias regulatorias a dos organismos distintos, lo que además puede provocar incertidumbre en el sector.

Debe tenerse en cuenta que la red de acceso se extiende hasta el punto donde el usuario conecta sus equipos de acceso, y que por tanto no cabe excluir tramo alguno del ámbito de los mercados de referencia. El mercado de acceso a la infraestructura de red física al por mayor (mercado 4) está definido como el conjunto de infraestructuras que permiten al operador establecer un canal de transmisión hasta el usuario final, incluyendo los servicios mayoristas de desagregación del par de cobre²⁵.

Así, es esencial entender que la regulación ha de ser coherente en toda la red de acceso a fin de que exista continuidad en la provisión de servicios. Para ello, sería necesario que las medidas se adoptasen por una misma ANR. La Recomendación de la CE sobre NGA anteriormente citada prevé que las medidas en el interior de edificios se puedan adoptar en el proceso del análisis de mercados (apartado 18 de la Recomendación), o a través del artículo 12 de la Directiva Marco, si se entiende que procede imponer obligaciones simétricas (apartado 7 de la Recomendación).

Hasta el momento presente, esta Comisión ha optado por esta última vía, dada la situación existente en ese cuello de botella, habiendo establecido la regulación aplicable a través de la

²⁵ Apartado II.1.3 de la Resolución de 22 de enero de 2009 (MTZ 2008/626).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

citada Resolución de 12 de febrero de 2009, pero las obligaciones impuestas en los mercados 4 y 5 y las obligaciones simétricas son medidas íntimamente relacionadas. Así, en las actuales ofertas de referencia OBA y NEBA se incluyen medidas para el tramo vertical en la provisión de los correspondientes servicios mayoristas hasta el punto de terminación en la vivienda del usuario que contrata el servicio y donde conecta sus equipos terminales.

Este hecho ha sido puesto de manifiesto en diversos Informes aprobados recientemente por el Consejo de esta Comisión²⁶, donde se considera que esta nueva distribución de competencias va a suponer un obstáculo para el eficaz cumplimiento por parte de esta Comisión de los objetivos y funciones que la normativa en materia de comunicaciones electrónicas le atribuye en tanto que regulador ex ante, al privarle de herramientas necesarias para el cumplimiento de sus funciones. Es por ello, que esta Comisión considera necesario que se asigne la citada competencia a este Organismo Regulador.

En otro orden de cosas cabe indicar que, a pesar de la profusa regulación existente, se sigue observando una gran reticencia por parte de las comunidades de vecinos a renovar sus infraestructuras, por ello deberían promoverse medidas que tengan como objetivo incentivar a estas comunidades a acometer esta renovación.

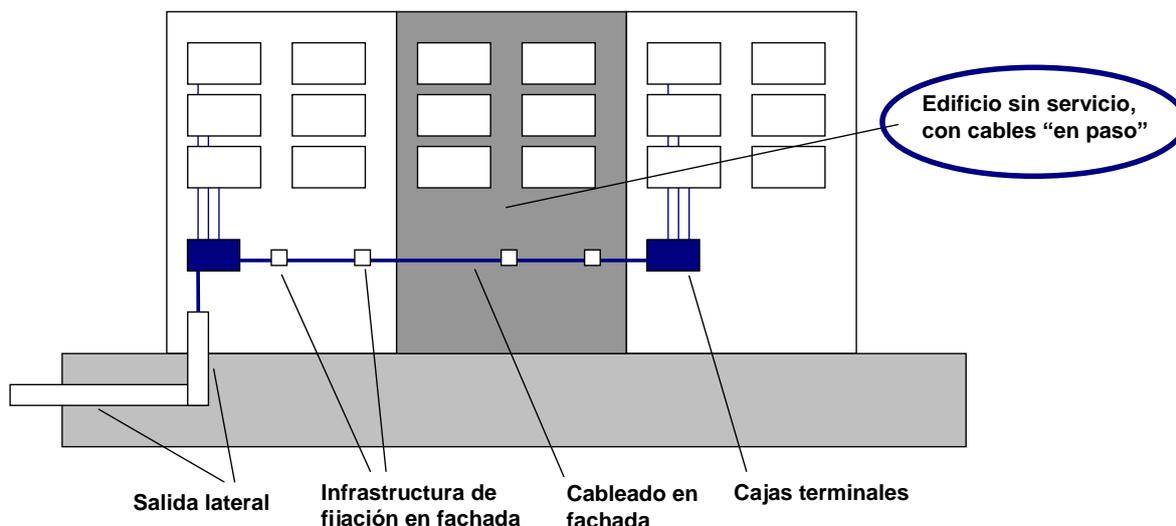
Igualmente, en relación con la instalación de infraestructuras de telecomunicaciones en edificios, que supone una ocupación del dominio privado, esta Comisión ha detectado la existencia de obstáculos legales que dificultan la conexión por fachada de los distintos edificios colindantes ubicados en una manzana, debido a las reticencias de los vecinos a conceder los necesarios derechos de paso por motivos diversos (principalmente por el impacto estético de despliegues adicionales por fachada).

Para tender la fibra desde estos enclaves hasta cada uno de los hogares en ocasiones hay que realizar un tendido por la fachada en todo el perímetro de la manzana, y después instalar verticales en cada portal de viviendas. Este despliegue obliga a que, una tras otra, las comunidades de vecinos de cada portal deban dar su autorización para que el cable discorra por su fachada, de manera que si una la deniega, los portales siguientes no podrán disponer de cable ni de servicio, aunque lo requieran.

Es decir, el despliegue se ve obstaculizado por no contar con la debida continuidad entre cada edificio y la salida lateral más cercana debido a la citada falta de permisos de paso en edificios ubicados en puntos intermedios.

La siguiente ilustración, extraída de la Resolución de esta Comisión de 19 de mayo de 2011 (DT 2010/1941), que trata precisamente esta problemática, muestra la necesidad de paso por cada uno de los edificios, aun cuando en alguno de ellos no haya servicios.

²⁶ Informe sobre el Anteproyecto de Ley de modificación de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (MTZ 2011/3) e Informe sobre el Anteproyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y Competencia (MTZ 2012/398).



Las fachadas de los edificios tienen la condición de elemento común, y la instalación sobre las mismas de cualquier infraestructura de telecomunicaciones requerirá de la previa obtención del preceptivo permiso de los integrantes de la comunidad de propietarios correspondiente, tal y como establece el artículo 17 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal.

Por otra parte, cabe tener en cuenta que algunos ayuntamientos impiden expresamente en su normativa urbanística el uso de las fachadas para el despliegue de redes.

En este sentido, en el seno del expediente de esta Comisión RO-INF 2009/363, por el cual se analizó la situación física y jurídica actual de las infraestructuras de telecomunicaciones, se requirió determinada información a varios ayuntamientos en relación con los distintos tipos de despliegues que llevan a cabo los operadores, en aras a detectar los problemas que éstos podían encontrar en sus despliegues. En cuanto a los despliegues por fachada, el Ayuntamiento de Madrid manifestó que *“Las instalaciones de elementos de telecomunicación en fachadas se rige por la Primera Ordenanza Municipal Reguladora de las Condiciones Urbanísticas de la Instalación y Funcionamiento de los Elementos y Equipos de Telecomunicación en el Término Municipal de Madrid de 31 de noviembre de 1999. En lo relativo a la instalación de cable por fachada, el artículo 4 prohíbe con carácter general la instalación de infraestructura de telecomunicaciones en fachadas. En situaciones excepcionales previstas en el artículo 25 se admite la instalación de cableado en fachada sujeto a determinadas condiciones. Esta posibilidad de instalar elementos en fachada no supone otorgar a los operadores de comunicaciones electrónicas el derecho a realizar la instalación, que requerirá la autorización de la comunidad de propietarios correspondiente”*.

En consecuencia, con el objeto de promover el despliegue de infraestructuras, resultaría conveniente un cambio normativo a los efectos de prever la necesidad de gravar con servidumbres de paso a las comunidades de vecinos que no presten su autorización para la instalación de infraestructuras en sus fachadas en determinadas circunstancias.

Una regulación en este sentido, ya existe actualmente en países europeos de nuestro entorno como Francia y Austria, que han incorporado expresamente en su legislación sectorial un derecho de servidumbre de paso a favor de los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El artículo L48 del Código postal y de comunicaciones electrónicas francés²⁷ prevé, con el fin de permitir la instalación y explotación de equipos de red de comunicaciones electrónicas (inclusive los de telefonía móvil y de banda ancha ultrarrápida), el otorgamiento por parte del alcalde del municipio de un derecho de servidumbre, previa información a los propietarios o, en su caso, a la comunidad de propietarios. Estos últimos disponen de un trámite de alegaciones por un período máximo de tres meses. El operador beneficiario de la servidumbre se hace responsable de todos los daños que pudieran tener su origen en los equipos de red instalados.

Por su parte, el apartado 4 del artículo 5 de la Ley de Telecomunicaciones austríaca de 2003²⁸ contempla la constitución de servidumbres sobre inmuebles privados para la instalación de redes públicas de comunicaciones, siempre y cuando el uso y destino habitual de dichos inmuebles no se vea impedido o afectado de manera sustancial y duradera y siempre que no resulte posible la compartición de elementos de red con otros operadores ya instalados. Los titulares del predio sirviente tienen derecho a percibir una compensación derivada de la pérdida de valor que pudiera haber sufrido su propiedad.

La conveniencia de abordar esta cuestión en la normativa vigente resulta, no solamente de su inclusión en otros Estados de la UE, como se acaba de ver, sino también de la imposibilidad de regularla, con efectos generales, a través del Código Civil. En efecto, en España, además del Derecho civil común, existen hasta siete Derechos Civiles forales distintos²⁹. Por ejemplo, en los artículos 566-8 y 566-10 del *Codi Civil de Catalunya*³⁰, se prevé la constitución de servidumbres de acceso a redes generales de servicios o suministros (agua, saneamiento, energía o comunicaciones electrónicas). No obstante, los beneficiarios de dichas servidumbres no son este caso los operadores de redes públicas, como en el caso francés o austríaco, sino los propietarios o comunidades de propietarios destinatarios o beneficiarios del servicio o suministro.

C) Necesidad de ofrecer mayor información a los operadores con intereses en la instalación de redes de telecomunicaciones y propuesta de creación de registros de consulta de ubicación y ocupación del dominio público

Cuando nos referimos a este tipo de barreras, hacemos referencia a aquellos obstáculos que impiden un conocimiento adecuado por parte de los operadores, no sólo de la normativa aplicable al despliegue que se pretende realizar de sus respectivas NGA's en cada zona del territorio, sino también al conocimiento de la infraestructura disponible para ser compartida o las nuevas canalizaciones u obras públicas de ocupación del dominio público y privado proyectadas en cada zona del territorio nacional.

Aún cuando el artículo 29.2 de la LGTel impone una obligación a las correspondientes administraciones de dar publicidad e informar a esta Comisión sobre todas las disposiciones que afecten a la ocupación del dominio público y la propiedad privada, incluidas cuantas disposiciones de naturaleza tributaria afecten a la utilización de bienes de dominio público o de otra titularidad, esto no resulta suficiente para la promoción de inversiones eficientes en infraestructura debido a

²⁷ *Code des postes et des communications électroniques*, Livre II, Titre II, Chapitre III, Section 1 (Occupation du domaine public et servitudes sur les propriétés privées), modificado por [la Ley n°2011-302 de 22 de marzo de 2011 - art. 19 \(V\)](#). Puede consultarse su texto en: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000023755194&cidTexte=LEGITEXT000006070987&dateTexte=20120628>.

²⁸ Telekommunikationsgesetz 2003 (TKG 2003), BGBl. I Nr. 70/2003, modificada en siete ocasiones: BGBl. I Nr. 178/2004, BGBl. I Nr. 133/2005, BGBl. I Nr. 65/2009, BGBl. I Nr. 50/2010, BGBl. I Nr. 23/2011, BGBl. I Nr. 27/2011, y BGBl. I Nr. 102/2011. El texto puede consultarse en: <http://www.rtr.at/de/tk/TKG2003>.

²⁹ En Euskadi, Catalunya, Illes Balears, Galicia, Aragón, Nafarroa/Navarra y en parte de Extremadura (Fuero de Baylío).

³⁰ *Llei 5/2006, de 10 de maig, del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, relatiu als drets reals* (DOGC núm. 4640, de 24-05-2006, p. 23167-23202; corrección de errores en DOGC núm. 4655, de 15-06-2006, p. 26128).



que los operadores no están correctamente informados, no solo de las condiciones que han de cumplir en cada territorio para hacer efectivos sus derechos de ocupación del dominio público sino también de los distintos instrumentos de planeamiento así como de los correspondientes proyectos de urbanización previstos. Esa falta de información proviene de distintos motivos, tales como la ausencia de reglamentación en algunos supuestos o la falta de comunicación a esta Comisión, entre otros.

Esta Comisión tiene conocimiento de que algunos municipios vienen poniendo en marcha mecanismos para informar a los operadores de aquellos despliegues que se van a realizar en sus respectivos territorios, tanto por parte de otros operadores de telecomunicaciones como por parte de operadores de otros sectores distintos (bien se trate de redes de telecomunicaciones o de otros servicios como gas, electricidad, etc), de modo que todo aquel operador interesado pueda desarrollar su despliegue de forma conjunta, con la correspondiente reducción de costes y agilización en la tramitación de las licencias de ocupación que ello supone.

Con objeto de promover una inversión eficiente en infraestructuras promoviendo la compartición de costes que genera su despliegue, esta Comisión considera necesario adoptar medidas que refuercen la transparencia de la información sobre la disponibilidad para coubicar redes y compartir infraestructuras actualmente existentes, así como para compartir los costes de construcción de nuevas canalizaciones de redes públicas proyectadas.

En este sentido, esta Comisión propone las siguientes medidas:

- a) Mejorar las herramientas para que los operadores puedan conocer de manera eficaz la normativa específica, dictada en cada zona del territorio en materias que afecten directamente a la ocupación del dominio público y privado.
- b) Impulsar la creación de registros donde se pueda identificar tanto la ubicación como el grado de ocupación de las canalizaciones existentes.
- c) Fomentar que los ayuntamientos establezcan mecanismos de consulta que normalicen el intercambio de información entre los proyectistas y los operadores de telecomunicaciones, ya sea vía web o por cualquier otro procedimiento fácilmente accesible para los operadores.

4. Propuesta de modificaciones normativas en materia de contratación administrativa para reforzar la participación de esta Comisión en los procedimientos de contratación que afecten al sector de las comunicaciones electrónicas

A) Importancia de la licitación pública para el sector TIC español y su afectación a la competencia sectorial

Las comunicaciones electrónicas son un importante catalizador de la productividad de las empresas y el sector público. En este ámbito, las AAPP intervienen de formas muy diversas, tanto en calidad de agentes explotadores de red o prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas, como en su función de demandantes de dichos servicios a través de los procedimientos de contratación previstos a tal efecto en la normativa de contratación pública.

Tal como se manifestó en el Informe de esta Comisión de marzo de 2011, sobre la situación competitiva en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas en el segmento empresarial (MTZ 2011/652), la facturación de las AAPP en servicios de telecomunicaciones fue



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

en el año 2008 de unos 823 millones de euros y en el 2009 descendió mínimamente a 774 millones de euros.

	2008	2009
Administración General del Estado y Organismos Públicos	372.644.960	316.326.887
CCAA y Entidades Locales	400.001.638	398.271.800
Otros	50.657.846	59.804.590
Total	823.304.444	774.403.277

Fuente. CMT. Requerimiento empresas

Datos parecidos se manejan en el Informe IRIA-REINA 2010³¹, en el que se indica que la cifra de gastos TIC en la Administración General del Estado ascendió en el año 2009 a 1.817 millones de euros, de los cuales la partida de telecomunicaciones supuso aproximadamente un 20%, lo que supone un gasto de 363 millones de euros. Los gastos e inversiones a nivel autonómico y local son igualmente relevantes. Por ejemplo, según el citado informe, la cifra de gastos TIC en la Administración Local del Estado se situó en el año 2009 en algo más de 951 millones de euros, de los cuales la partida de telecomunicaciones supuso aproximadamente un 23%.

La importancia de las AAPP en su calidad de receptores de servicios viene no sólo reflejada en el volumen de contratación de estos agentes, sino también en una serie de “intangibles” tales como el valor que para los operadores de comunicaciones electrónicas tiene la prestación de servicios a los órganos administrativos, la mejora de la imagen corporativa de la empresa adjudicataria o la adquisición de mayor experiencia para futuras licitaciones. La necesidad de adaptar la oferta a las necesidades específicas de las AAPP redundará además en una mayor especialización y mejora de las redes de los operadores de comunicaciones electrónicas.

A lo largo de los últimos años, diversas actuaciones llevadas a cabo tanto a nivel internacional como por la propia Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones han puesto de manifiesto la importancia que el segmento empresarial, incluyendo las AAPP, tiene para el desarrollo de un mercado plenamente competitivo.

Como ejemplo de este proceso, en el seno del Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas (ORECE/BEREC) se han adoptado dos documentos relevantes, el “*Report on the regulation of access products necessary to deliver business connectivity services*”³² y el “*Report on relevant market definition for business services*”³³, en los que se analizan las implicaciones que la prestación de servicios al sector empresarial puede tener sobre la regulación de mercados.

Por su parte, a lo largo de 2011 esta Comisión analizó la situación competitiva en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas en el segmento empresarial³⁴, poniéndose de manifiesto que las licitaciones públicas cuentan con características específicas y un volumen de negocio relevante que podrían facilitar la entrada de operadores alternativos.

Dentro de los resultados de este análisis se recoge la opinión de los operadores de comunicaciones electrónicas relativa a la existencia de problemas tanto para presentar ofertas a

³¹ Últimos datos disponibles, extraídos del informe sobre “*Las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en las Administraciones Públicas: Informe IRIA-REINA 2010*”, diciembre de 2011. Los informes IRIA y REINA analizan la situación y el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la Administración General del Estado y a nivel infra-estatal.

³² (ERG (09) 51), marzo de 2010.

³³ (BEREC (10) 46), febrero de 2011.

³⁴ Informes de esta Comisión de marzo de 2011 y octubre de 2011.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

las AAPP como para realizar propuestas realmente competitivas. El análisis también pone de manifiesto que, según los operadores alternativos, una de las principales barreras a la competencia podría ser la existencia de precios de licitación ofertados por el operador con PSM que impedirían a los operadores alternativos cubrir los costes de la prestación objeto del contrato.

En el análisis efectuado por esta Comisión se destaca, además, la elevada cuota de mercado que el operador histórico en redes fijas tiene en el segmento de las AAPP -por encima del 80%-, y que es incluso superior a la cuota que ostenta en el segmento empresarial en su conjunto. El Informe IRIA-REINA 2010 señala, en similares términos, que el operador con PSM en los mercados de redes fijas acapara el 86% de los gastos en telecomunicaciones de la Administración General del Estado.

B) Necesidad de modificar la vigente normativa de Contratos del Sector Público para concretar la intervención de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en los procedimientos de contratación con afectación en el sector de las comunicaciones electrónicas

En la normativa de contratación pública no existe actualmente un régimen expreso que permita ejercer un control directo que evite comportamientos contrarios a la legislación sectorial de las comunicaciones electrónicas en los procedimientos de contratación pública, ni que fomente la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones.

El único precepto que regula la intervención ante posibles conductas contrarias a la competencia, lo encontramos en el vigente Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), en cuya Disposición Adicional 23ª se prevé la obligación de comunicar a la Comisión Nacional de la Competencia aquéllas situaciones en el proceso de contratación que pueden afectar a la libre competencia, si bien el precepto se refiere únicamente a prácticas colusorias, obviando -al menos de manera expresa- la problemática derivada de comportamientos contrarios a la regulación sectorial, como puede ser la práctica de estrechamiento de márgenes.

En efecto, la Disposición Adicional 23ª señala lo siguiente:

“Los órganos de contratación, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y los órganos competentes para resolver el recursos especial a que se refiere el artículo 40 de esta Ley notificarán a la Comisión Nacional de la Competencia cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia. En particular, comunicarán cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación.”

Por su parte, en el ámbito subjetivo de la Administración General del Estado, existe vigente el Real Decreto 541/2001, de 18 de mayo, por el que se establecen determinadas especialidades para la contratación de servicios de telecomunicación, que prevé alguna medida como la de fomentar la contratación de lotes separados de aquellos servicios que por sus características lo permitan. No obstante, la aplicación del mismo únicamente a la Administración General del Estado, no permite un verdadero fomento, a través de esta medida, de la competencia en el sector, por cuanto la actividad contractual del resto de las AAPP territoriales es cuantitativamente mayor, tal como hemos señalado anteriormente.



Tampoco la normativa vigente en materia de contratación pública prevé expresamente la emisión de dictamen o informe alguno dirigidos al órgano de contratación o al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) por parte de los organismos sectoriales, a pesar de que aquél puede no tener conocimientos especializados sobre el sector afectado –en este caso, comunicaciones electrónicas-.

Esta ausencia, al menos de manera expresa, de una potestad específica de intervención de esta Comisión en los procedimientos de contratación pública que tengan por objeto servicios de comunicaciones electrónicas, puede limitar la capacidad de elección de las administraciones contratantes. Igualmente ello afecta a los intereses generales, por cuanto no debemos olvidar que las telecomunicaciones son servicios de interés general según prevé el artículo 2 de la LGTel, por lo que cualquier actuación tendente a salvaguardar la libre competencia redundaría a favor del mercado y de los usuarios finales, objetivos perseguidos por la normativa sectorial, de conformidad con el artículo 3 de la LGTel.

El correcto desarrollo de la competencia requiere, también en el ámbito de las AAPP, de una serie de actuaciones regulatorias, concretadas en la intervención de esta Comisión. En efecto, de las aportaciones recabadas de los operadores de comunicaciones electrónicas durante el proceso de elaboración de los informes sobre la situación competitiva en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas en el segmento empresarial, destaca la importancia que aquéllos confieren a la existencia de medidas minoristas que contemplen las especificidades propias de la contratación pública, y que garanticen que los procesos competitivos se llevan a cabo en condiciones de transparencia, no discriminación e igualdad.

En particular, resulta evidente que los precios se configuran como una herramienta esencial para competir en procesos de licitación pública. En este marco, el carácter personalizado de las ofertas presentadas a las AAPP junto con la existencia de descuentos elevados y generalizados puede favorecer la aparición de prácticas contrarias a la regulación de mercados y que deben ser controladas, dado el efecto de cierre que la imposibilidad de captar a una parte sustancial de la demanda en condiciones de igualdad puede tener sobre los nuevos entrantes³⁵.

Cabe señalar que el análisis por esta Comisión de problemáticas suscitadas en procedimientos de contratación con una afectación a la libre competencia, ha venido generalmente motivado como consecuencia de peticiones formuladas por los operadores participantes en los procedimientos de contratación pública. En este sentido, un control de oficio por parte del Regulador de los procedimientos de contratación cuya envergadura pueda producir este tipo de problemática redundaría en beneficio del sector, pudiendo a tal efecto fijarse unos cauces reglados para la intervención de esta Comisión.

C) Propuesta de modificación de la normativa vigente

En opinión de este Organismo, una mayor participación de forma apriorística del mismo en los procedimientos de contratación administrativa que afectan al sector de las comunicaciones electrónicas redundaría no sólo a favor del propio mercado, sino en última instancia también de

³⁵ Un ejemplo de ello lo encontramos en la Resolución de esta Comisión de 25 de noviembre de 2010, en la que se declaró la existencia de un estrechamiento de márgenes en la oferta económica efectuada por el operador con PSM en el procedimiento para la contratación de un servicio de telecomunicaciones por una Administración Pública, práctica que se consideró resultaba contraria a la regulación sectorial. Este ejemplo no resulta además un caso aislado. Desde su creación, esta Comisión ha venido analizando el cumplimiento de las obligaciones sectoriales que los operadores de comunicaciones electrónicas tienen contraídas, incluyendo en el ámbito de la contratación administrativa. Debe destacarse asimismo que la posibilidad de intervención de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para salvaguardar la competencia sectorial en el ámbito de la contratación pública ha sido refrendada por los Tribunales, ver sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de diciembre de 2005 (recurso 1794/2002).



las propias entidades contratantes. En efecto, la contratación de servicios de comunicaciones electrónicas por parte de las AAPP es una actividad que puede revestir una gran complejidad, lo que dificulta la correcta ejecución de los procedimientos que a tal efecto se convocan, y que podrían beneficiarse del asesoramiento y apoyo técnico que el Organismo regulador de las telecomunicaciones prestaría en este ámbito.

La intervención de esta Comisión se podría instrumentalizar a través de mecanismos de cooperación y de control de carácter preventivo o, en última instancia, corrector (a través de la participación en los procedimientos de resolución del recurso especial previsto en el artículo 40 de la LCSP).

A este respecto, podría establecerse un límite cuantitativo que desencadene la necesaria participación de esta Comisión, y que tendría lugar únicamente para aquéllos contratos cuyo valor estimado pueda provocar distorsiones en los mercados. Para los tres supuestos expuestos a continuación, se propone que este límite no sea inferior que el fijado para los contratos sujetos a los artículos 13 a 17 de la LCSP (contratos sujetos a una regulación armonizada³⁶).

En relación con los **pliegos de contratación**, que constituyen la base de todo procedimiento de licitación, la propuesta de modificación de la LCSP se concreta en la previsión de un mecanismo de cooperación por parte de esta Comisión, a través de su participación en forma consultiva de los pliegos que deben regir el contrato de que se trate. Esta participación encontraría justificación en el hecho de que, en muchas ocasiones, es el propio diseño de los pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas el que dificulta la participación de los operadores de comunicaciones electrónicas en las licitaciones convocadas por las AAPP³⁷.

La participación de la Comisión en esta fase de preparación del contrato debería tener lugar antes de la autorización de los pliegos administrativos y técnicos, autorización que, según los artículos 115 y 116 LCSP, tiene lugar con anterioridad a la licitación del contrato, y por tanto, tendría un claro carácter preventivo.

Este mecanismo de cooperación se insertaría además en el sistema lógico de la LCSP, puesto que en el apartado 6 del artículo 115 del texto legal se prevé un control previo de legalidad del contenido de los pliegos por parte de los Servicios Jurídicos del órgano contratante a través de la emisión de un informe, que podría venir acompañado del propio informe técnico-jurídico elaborado por esta Comisión.

Por otro lado, no debemos olvidar que, si bien la intervención previa en los pliegos que deben regir el contrato puede ser un cauce adecuado de prevención, es en la fase de **apertura de las ofertas técnicas y económicas** donde efectivamente puede observarse la necesidad de mejora de calidad de las ofertas presentadas o la existencia de precios contrarios a la regulación sectorial. Sería, por tanto, necesaria una previsión legal de participación adicional de esta Comisión en esta fase posterior del procedimiento (una vez se conozcan las ofertas económicas presentadas por los licitadores).

³⁶ La LCSP, tras la modificación efectuada por la Orden EHA/3479/2011, de 19 de diciembre, por la que se publican los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación del sector público a partir del 1 de enero de 2012, determina diferentes umbrales para la aplicación del régimen armonizado, en función del tipo de contrato administrativo de que se trate (contrato de obras, contrato de suministro, contrato de servicios, etc.). Para los contratos de servicios, y con carácter general, el umbral es de 130.000 euros, cuando los contratos hayan de ser adjudicados por la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, y de 200.000 euros, cuando los contratos hayan de adjudicarse por entes, organismos o entidades del sector público distintos a los anteriores.

³⁷ Dada por ejemplo la dificultad de presentar ofertas que cumplan con los plazos impuestos por las AAPP convocantes cuando los procedimientos se tramitan por vía de urgencia; la imposibilidad técnica de prestar los servicios requeridos por las AAPP (bien sea por especificaciones que no son tecnológicamente neutras o porque los servicios demandados están ligados a un determinado tipo de servicio); o la existencia de un diseño de los lotes que no está verdaderamente orientado a maximizar la competencia entre operadores. En este último caso, sería conveniente la participación previa de esta Comisión para asesorar en la correcta división de los lotes del contrato.



Obviamente, esta actividad de control posterior debería estar condicionada a la existencia indiciaria de precios contrarios a la regulación ofertados por el operador con PSM, siendo, a juicio de esta Comisión, un margen razonable para la intervención informadora del Regulador, que la oferta económica presentada por el operador con PSM fuera un 20% inferior a la oferta más baja presentada por cualquier otro licitador, o bien un 20% inferior a la media del resto de ofertas presentadas³⁸.

Debe señalarse que también en este caso, la intervención de esta Comisión tendría encaje legal en el esquema del artículo 152 de la LCSP, puesto que en el apartado 3 del mismo se hace referencia a la necesidad de solicitar el “asesoramiento técnico del servicio correspondiente” ante la existencia de ofertas económicas desproporcionadas o anormales.

Por último, la normativa en materia de contratación podría articular mecanismos de cooperación para el caso del **recurso especial en materia de contratación** previsto en el artículo 40 LCSP, de tal manera que en el marco de dicho recurso, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales pudiera requerir la asistencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en instancias en que el objeto del recurso afectara a la esfera reguladora del sector de las comunicaciones electrónicas.

La fórmula de cooperación, ya sea en fase de preparación del contrato, en fase de licitación o, en su caso, en los procedimientos de resolución de recursos especiales en materia de contratación, sería mediante la solicitud a esta Comisión, en su condición de Autoridad Regulatoria, de un informe o dictamen preceptivo. Esto es, un informe cuya solicitud resultaría obligatoria para el órgano de contratación.

5. Propuesta de derogación de las limitaciones establecidas en el artículo 34 del Real Decreto Ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios sobre los mercados de telefonía fija y móvil

Con fecha 23 de junio de 2000 se promulgó el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios (en adelante, RD-Ley 6/2000), convalidado mediante Acuerdo del Congreso de los Diputados de fecha 29 de junio de 2000³⁹.

Uno de los objetivos de la norma, tal como señala su Exposición de Motivos, es prevenir la coordinación de “comportamientos competitivos” de operadores de determinados mercados en proceso de liberalización derivada de la presencia de accionistas comunes. Con este fin, se establecen ciertas limitaciones a la presencia simultánea en el consejo de administración de operadores competidores en dichos mercados, así como al ejercicio de los derechos de voto correspondientes al capital de los mismos.

En este sentido, el artículo 34 de la citada norma prevé una serie de limitaciones para los accionistas en el ejercicio de los derechos sociales en más de un operador principal del mismo

³⁸ Este porcentaje sería lo suficientemente elevado como para tener una incidencia limitada en la política de precios minoristas del operador con PSM (que en ocasiones, puede beneficiarse de manera legítima de la existencia de unos menores costes para diseñar una oferta concreta en mejores condiciones).

³⁹ Este artículo ha sido modificado por la Disposición Adicional Decimotercera de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social, por el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública y, por último, por la Disposición Adicional 4.1 de la Ley 17/2007, de 4 de julio, que modifica la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

mercado de referencia (entre los que se encuentran el de telefonía fija y el de telefonía móvil, entre otros), así como una serie de medidas a adoptar por parte de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y la Comisión Nacional de Energía para hacer efectivas dichas limitaciones, excepcionar su aplicación en determinados casos y proponer al Ministro de Economía y Hacienda sanciones por su eventual incumplimiento.

En concreto, el artículo 34.Uno del RD-Ley 6/2000 establece que:

“Las personas físicas o jurídicas que, directa o indirectamente, participen en el capital o en los derechos de voto de dos o más sociedades que tengan la condición de operador principal en un mismo mercado o sector de entre los que se señalan en el número siguiente en una proporción igual o superior al 3 por 100 del total, no podrán ejercer los derechos de voto correspondientes al exceso respecto de dicho porcentaje en más de una entidad.

Ninguna persona física o jurídica que tenga la condición de operador principal en un mercado o sector de entre los que se señalan en el número siguiente podrá ejercer los derechos de voto correspondientes a una cuota de participación superior al 3 por 100 del total en el capital o en otros valores que confieran derechos políticos de otra sociedad que tenga la misma condición en un mismo mercado o sector.

Ninguna persona física o jurídica podrá designar, directa o indirectamente, miembros de los órganos de administración de más de una sociedad que tenga la condición de operador principal en el mismo mercado o sector de entre los señalados en el número siguiente.

Igualmente ninguna persona física o jurídica que tenga la condición de operador principal en un mercado o sector de entre los señalados en el número siguiente podrá designar directa o indirectamente miembros de los órganos de administración de sociedades que tengan la condición de operador principal en el mismo mercado o sector (...).”

Asimismo, y con carácter excepcional, el apartado cinco del citado artículo 34 prevé que la Comisión Nacional de Energía y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrán autorizar, cada una en el ámbito de sus respectivas competencias, el ejercicio de los derechos de voto correspondientes al exceso respecto de las participaciones, o la designación de miembros de los órganos de administración, siempre que ello no favorezca el intercambio de información estratégica entre operadores, ni implique riesgo de coordinación de sus comportamientos estratégicos.

En desarrollo del apartado cinco del artículo 34 citado, fue aprobado el Real Decreto 1232/2001, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento de autorización previsto en el artículo 34 del RD-Ley 6/2000 (en adelante, Reglamento del Procedimiento de Autorización), cuyo objeto, según establece su artículo primero, es el siguiente:

“1. El presente Reglamento resulta de aplicación a los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de las autorizaciones administrativas a aplicar por parte de la Comisión Nacional de Energía o de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, según sus respectivas competencias, en los siguientes supuestos:

- a) *Autorización a personas físicas o jurídicas que, directa o indirectamente, participen en una proporción igual o superior al 3 % del total en el capital o en los derechos de voto de dos o más sociedades que tengan la condición de operador principal en un mismo mercado o sector de los señalados en el artículo 34.dos del Real Decreto-ley 6/2000,*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- de 23 de junio, para el ejercicio, de los derechos de voto correspondientes al exceso respecto de dicho porcentaje en más de una entidad.*
- b) Autorización a personas físicas o jurídicas que tengan la condición de operador principal en un mercado o sector de entre los que se señalan en el artículo 34.dos del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, para ejercer los derechos de voto correspondientes a una cuota de participación superior al 3 % del total en el capital o en otros valores que confieran derechos políticos de otra sociedad que tenga la misma condición en un mismo mercado o sector.*
 - c) Autorización a personas físicas o jurídicas para la designación, directa o indirectamente, de miembros del órgano de administración de más de una sociedad que tenga la condición de operador principal en el mismo mercado o sector de entre los señalados en el artículo 34.dos del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio.*
 - d) Autorización a personas físicas o jurídicas que tengan la condición de operador principal en un mercado o sector de los señalados en el artículo 34.dos del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, para designar directa o indirectamente miembros de los órganos de administración de sociedades que tengan la condición de operador principal en el mismo mercado o sector.*

(...)"

Al objeto de dar cumplimiento a lo establecido en las normas citadas, el Consejo de esta Comisión aprueba anualmente una resolución que declara la relación de los operadores que a estos efectos tienen la consideración de operadores principales en los mercados de telefonía fija y móvil⁴⁰. Asimismo, en el seno de este Organismo Regulador fueron resueltos entre los años 2001 y 2003 varios procedimientos de autorización⁴¹.

El entorno de liberalización en el que nos encontramos actualmente, hace necesario revisar las limitaciones impuestas en el RD-Ley 6/2000 ya que el contexto económico para el que se dictaron las mismas ha variado sustancialmente, y en la actualidad no parece que sean necesarias en los mercados de comunicaciones electrónicas.

En este sentido, debemos tener en cuenta que el objeto de la normativa citada, y en particular las limitaciones de ejercicios sociales, se impusieron en mercados como el de las comunicaciones electrónicas, el eléctrico, o el del gas, que en ese momento se encontraban en proceso de liberalización, por lo que la finalidad de las mismas era evitar eventuales intercambios estratégicos de información o coordinación de comportamientos competitivos entre los operadores de un mismo mercado.

El proceso de liberalización en España ha avanzado considerablemente desde 1998, fecha de la liberalización del sector y apertura a la competencia. Durante este tiempo se ha conseguido un considerable grado de competencia en los mercados de comunicaciones electrónicas y ha tenido lugar un notable despliegue de redes fijas y móviles en competencia. La temprana aparición de operadores de cable con despliegue de redes propias, el uso cada vez más intenso de las redes reguladas del operador histórico por parte de los operadores alternativos y la presencia de varias redes móviles permiten afirmar que nos encontramos en un avanzado estado de competencia en los mercados de comunicaciones electrónicas.

⁴⁰ Ver, entre otras, las Resoluciones RO 2009/1190, RO 2010/1215 y RO 2011/1653.

⁴¹ Ver, entre otras, la Resolución de 9 de julio de 2001 sobre la solicitud efectuada por la entidad Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona de compatibilidad de ejercicio de sus derechos de voto y de nombramiento de administradores en varios operadores de telecomunicaciones en los cuales participaba; la Resolución de 15 de noviembre de 2001 sobre el periodo de información previa iniciado de oficio el día 30 de agosto de 2001 acerca de las participaciones directas e indirectas de la entidad Vodafone Group, PLC en los operadores de telefonía móvil Airtel Móvil, S.A. y Xfera Móviles, S.A.; la Resolución de 20 de febrero de 2003 por la que se autorizaba a la entidad Banco Santander Central Hispano, S.A. al ejercicio sin restricciones de sus derechos sociales de voto y de nombramiento de administradores de manera simultánea en las entidades Auna Operadores de Telecomunicaciones y Grupo Corporativo Ono.



Por otra parte, la reforma del sistema español de defensa de la competencia realizada por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, vino a reforzar los mecanismos ya existentes y a dotar al mismo de los instrumentos y estructura óptima para proteger la competencia efectiva en los mercados. Cualquier posible coordinación de comportamientos o intercambio de información estratégica que pudiera tener lugar entre operadores de comunicaciones electrónicas quedaría bajo el ámbito de aplicación de dicha normativa y sus mecanismos de control de conductas y cambios estructurales en el mercado, todo ello sin perjuicio de los mecanismos de coordinación previstos en dicha Ley entre la Comisión Nacional de la Competencia y esta Comisión.

En definitiva, en el contexto actual han desaparecido las razones que justificaron las limitaciones impuestas en el RD-Ley 6/2000 y en el Reglamento del Procedimiento de Autorización para los mercados de comunicaciones electrónicas, al no encontrarnos ya en una fase inicial de liberalización y disponer la Comisión Nacional de la Competencia de los mecanismos necesarios para perseguir las conductas anticompetitivas que pudieran producirse de conformidad con la legislación de competencia.

Por todo ello, esta Comisión propone al Gobierno la derogación, y por ende la eliminación, de las limitaciones previstas en el RD-Ley 6/2000 para los mercados de comunicaciones electrónicas fijo y móvil.

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Jorge Sánchez Vicente, con el Visto Bueno del Presidente, Bernardo Lorenzo Almendros



ANEXO

RESUMEN DE LAS PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN NORMATIVA

- 1) Propuesta de modificaciones normativas para clarificar el reparto competencial entre la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y el Ministerio de Industria, Energía y Turismo, en materia de fraudes y usos indebidos en los servicios de comunicaciones electrónicas**

Modificación del artículo 38.11 de la LGTel

Se propone modificar el artículo 38.11 de la LGTel (las modificaciones que se incluyen subrayadas son las novedades respecto al texto actualmente vigente), a los efectos de introducir de manera expresa las competencias de esta Comisión en materia de fraudes y usos indebidos en los servicios de comunicaciones electrónicas y deslindar claramente los ámbitos competenciales de la SETSI y esta Comisión. Se propone la siguiente redacción:

“En las condiciones que se establezcan mediante real decreto y sin perjuicio de las competencias de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en materia de acceso e interconexión, el Ministerio de Industria, Energía y Turismo, en el ejercicio de las competencias relativas a la defensa de los derechos de los usuarios que la normativa le atribuya, podrá exigir a los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas o de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público que bloqueen, previo examen específico de cada caso denunciado, el acceso a números o servicios, siempre que esté justificado por motivos de fraude o uso indebido y que afecte a consumidores o usuarios finales, y que, en tales casos, los prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas retengan los correspondientes ingresos por interconexión u otros servicios. Se mantendrá informada a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a los efectos correspondientes. En ningún caso podrá exigirse al amparo de este apartado el bloqueo a servicios no incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley, como los servicios de la Sociedad de la Información regulados en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.”

Modificación del artículo 11 de la LGTel

Se propone incluir un apartado específico en el artículo 11 de la LGTel en el que se delimite la intervención de esta Comisión en el ámbito de los conflictos suscitados entre operadores de comunicaciones electrónicas.

“Sin perjuicio de las competencias que corresponden al Ministerio de Industria, Energía y Turismo conforme al artículo 38.11 de la presente ley, en casos de fraude o uso indebido que se susciten entre operadores o entre operadores y otras entidades que se beneficien de las obligaciones de acceso e interconexión de conformidad con el apartado 4 del presente artículo, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, a través del examen específico del caso, podrá imponer la obligación de bloquear el acceso a números o servicios y de retener los correspondientes ingresos por interconexión u otros servicios. Se mantendrá



informado al Ministerio de Industria, Energía y Turismo a los efectos correspondientes.”

El reflejo de la competencia de esta Comisión en materia de fraudes y usos indebidos también requeriría un nuevo apartado g) en el artículo 23.3 del Reglamento de Mercados y en su caso en la Carta de Derechos del Usuario.

Asimismo, por la variedad de situaciones de fraude, algunas de las cuales podrían plantearse sólo en el futuro, resulta preferible no realizar una definición de fraude o uso indebido en la normativa. Sin perjuicio de ello, se tendrán en cuenta las directrices y coordinación alcanzados a nivel comunitario (incluyendo en particular al ORECE).

Mecanismos de coordinación entre el Ministerio y esta Comisión a los efectos de una mejor y más eficaz regulación, que se resumen en los siguientes:

- a) Tanto la Comisión como el Ministerio deberían tener la obligación de intercambiar información con carácter inmediato de los procedimientos iniciados en el ámbito respectivo de sus competencias y de las medidas adoptadas en el transcurso y a la finalización de dichos procedimientos en relación con el bloqueo de accesos o de retención de los pagos correspondientes.
- b) En los supuestos en los que se plantee una situación de un fraude o uso indebido de carácter transfronterizo que afecte a dos o más Estados miembros de la UE y que requiera la cooperación del Ministerio o de esta Comisión, el ejercicio de la labor de coordinación debería corresponder al órgano (Comisión o Ministerio) que sea competente en cada caso. De este modo, se propone que en supuestos en los que el procedimiento en cuestión tenga su origen en una denuncia por afectación a consumidores o usuarios finales, la coordinación con las ANRs de otros Estados miembros la realice el Ministerio. En los demás supuestos, la coordinación corresponderá a esta Comisión. Asimismo, debería preverse que cuando la Comisión o el Ministerio reciban solicitudes de coordinación de las ANRs de otros Estados miembros para las que carecen de competencia, ambos se comprometen a remitirse mutuamente toda la información recibida a la mayor brevedad posible, identificando personas de contacto para agilizar dicho intercambio.
- c) La coordinación para una eficaz y coherente aplicación de las previsiones en materia de fraudes y usos indebidos se entiende sin perjuicio de los supuestos de los que pudiera derivarse un conflicto de carácter transfronterizo entre operadores, cuya competencia corresponde a esta Comisión, conforme al artículo 23.3.b) in fine del Reglamento de Mercados.
- d) Debería articularse una coordinación tanto del Ministerio como de la Comisión con la Fiscalía correspondiente, en el caso de que puedan derivarse actuaciones tipificadas como delito.

2) Propuesta de modificación normativa relativa a las competencias regulatorias sobre la utilización compartida del dominio público o la propiedad privada por los operadores en el ejercicio de su derecho a la ocupación

- a) Se propone que se clarifique el ámbito de actuación del Ministerio de Industria, Energía y Turismo al amparo del artículo 30.1 de la LGTel, ya que deberá ser distinto de las intervenciones motivadas por razones de protección de intereses públicos como el medio ambiente o la ordenación territorial que competen a otras AAPP a las que se refiere el



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

apartado 2 del artículo 30, como por ejemplo a Entidades Locales o a otros órganos pertenecientes a la Administración General del Estado (como el Ministerio de Fomento, a la hora de declarar la utilización compartida de tramos de carreteras).

- b) Se propone que en los supuestos de una intervención motivada, no por razones de protección de intereses públicos como el medioambiente o la ordenación territorial, sino por razones económicas, de fomento de la inversión en redes, la competencia para determinar la necesidad de compartición y sus condiciones, recaiga directamente en la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ó bien se requiera del informe preceptivo y vinculante de ésta.
- c) Instrumentalizar mecanismos de colaboración entre el Ministerio y esta Comisión porque en muchas ocasiones las medidas pueden ser de interés conjunto para ambas instituciones.

3) Propuesta de modificaciones normativas para facilitar a los operadores de comunicaciones electrónicas el despliegue de las redes de nueva generación

Despliegues en zonas urbanizadas

- a) Una mayor claridad y unificación en la normativa dictada por las distintas Administraciones, con el objetivo de rebajar la complejidad, coste y plazos de los despliegues.
- b) Las normas que regulan específicamente el procedimiento para la ocupación de las infraestructuras de comunicaciones electrónicas (que estarán publicadas en el diario oficial del ámbito correspondiente a la administración competente) deberían incluir un procedimiento no discriminatorio de resolución de las solicitudes de ocupación, garantizándose la transparencia de los procedimientos.
- c) Proponer a la Federación Española de Municipios y Provincias la redacción de una Ordenanza Municipal Tipo de Obras e Instalaciones que incluya, en un único expediente, tanto los requisitos y plazos para la tramitación de una Licencia Urbanística de obras como para la tramitación de la Autorización de ocupación del dominio público.

Despliegues en zonas no consolidadas

- a) Que los instrumentos urbanísticos y planes promovidos por las administraciones territoriales tomen en consideración las necesidades de los operadores de servicios de telecomunicaciones. Asimismo estos instrumentos deberían prever la existencia de capacidad excedentaria de infraestructura civil suficiente para que terceros operadores puedan acceder a ellas tras su ejecución.
- b) Celebración de mesas de infraestructuras, entre los operadores y municipios, de cara a planificar las obras necesarias en cada ayuntamiento, a los efectos de racionalizar el uso y la ocupación de las redes de infraestructuras, así como determinar las fases de las obras (ya sea por los turnos de ejecución/ocupación, ya sea por la zonificación de su ejecución).

Otras medidas adicionales

- a) Prever la instalación de infraestructuras de telecomunicaciones en los proyectos de obra pública.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- b) Utilización de infraestructuras instaladas en dominio público sobre las que se prestan servicios distintos a los de comunicaciones electrónicas (agua, gas, metro, alcantarillado etc.).

Despliegues en el interior de los edificios

- a) Se propone modificar la normativa para que esta Comisión sea competente para imponer a los operadores y a los propietarios de los correspondientes recursos, obligaciones relativas a la utilización compartida de los tramos finales de las redes de acceso que discurran por el interior de las edificaciones o hasta el primer punto de concentración o distribución si está ubicado en el exterior del edificio.
- b) Se proponen medidas que tengan como objetivo incentivar a las comunidades de propietarios a acometer la renovación de las infraestructuras.
- c) Se propone prever la necesidad de gravar con servidumbres de paso a las comunidades de vecinos que no presten su autorización para la instalación de infraestructuras en sus fachadas en determinadas circunstancias.

Información a los operadores con intereses en la instalación de redes de telecomunicaciones

- a) Mejorar las herramientas para que los operadores puedan conocer de manera eficaz la normativa específica, dictada en cada zona del territorio en materias que afecten directamente a la ocupación del dominio público y privado.
- b) Impulsar la creación de registros donde se pueda identificar tanto la ubicación como el grado de ocupación de las canalizaciones existentes.
- c) Fomentar que los ayuntamientos establezcan mecanismos de consulta que normalicen el intercambio de información entre los proyectistas y los operadores de telecomunicaciones, ya sea vía web o por cualquier otro procedimiento fácilmente accesible para los operadores.

4) Propuesta de modificaciones normativas en materia de contratación administrativa para reforzar la participación de esta Comisión en los procedimientos de contratación que afecten al sector de las comunicaciones electrónicas

- a) Previsión de un mecanismo de cooperación por parte de esta Comisión, a través de su participación en forma consultiva de los pliegos que deben regir el contrato de que se trate.
- b) Previsión legal de participación adicional de esta Comisión en una fase posterior del procedimiento (una vez se conozcan las ofertas técnicas y económicas presentadas por los licitadores), condicionada a la existencia indiciaria de precios contrarios a la regulación ofertados por el operador con PSM, siendo, a juicio de esta Comisión, un margen razonable para la intervención informadora del Regulador, que la oferta económica presentada por el operador con PSM fuera un 20% inferior a la oferta más baja presentada por cualquier otro licitador, o bien un 20% inferior a la media del resto de ofertas presentadas.
- c) Articular mecanismos de cooperación para el caso del recurso especial en materia de contratación previsto en el artículo 40 LCSP, de tal manera que en el marco de dicho recurso, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales pudiera requerir la asistencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en instancias en que el



objeto del recurso afectara a la esfera reguladora del sector de las comunicaciones electrónicas.

La fórmula de cooperación, ya sea en fase de preparación del contrato, en fase de licitación o, en su caso, en los procedimientos de resolución de recursos especiales en materia de contratación, sería mediante la solicitud a esta Comisión, en su condición de Autoridad Regulatoria, de un informe o dictamen preceptivo. Esto es, un informe cuya solicitud resultaría obligatoria para el órgano de contratación.

4. Propuesta de derogación de las limitaciones establecidas en el artículo 34 del Real Decreto Ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios sobre los mercados de telefonía fija y móvil

Se propone la derogación, y por ende la eliminación, de las limitaciones previstas en el RD-Ley 6/2000 para los mercados de comunicaciones electrónicas fijo y móvil.