



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

IGNACIO REDONDO ANDREU, 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 la Sesión nº 17/09 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 14 de mayo de 2009, se ha adoptado el siguiente:

### **ACUERDO:**

Por el que se aprueba la:

**RESOLUCIÓN RELATIVA AL CONFLICTO DE COMPARTICIÓN ENTRE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. UNIPERSONAL Y EUSKALTEL S.A. CONCERNIENTE A LA OCUPACIÓN DE DETERMINADAS INFRAESTRUCTURAS SITUADAS EN VARIOS MUNICIPIOS DEL ÁMBITO TERRITORIAL DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA VASCA.**

(RO 2007/46)

### **I. ANTECEDENTES.**

**PRIMERO.-** Con fecha 3 de enero de 2007, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de Telefónica de España S.A. Unipersonal (en adelante, TESAU) mediante el cual solicitaba que esta Comisión dictase Resolución relativa a las condiciones de uso compartido de determinadas infraestructuras (conductos y arquetas) ubicadas en varios municipios del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma Vasca.

En particular, TESAU realiza las siguientes alegaciones:

- Que desde el año 2003 la entidad Euskaltel, S.A. (en adelante, EKT) ha venido desarrollando una política de ocupación y utilización unilateral de la infraestructura de TESAU sin que dicha ocupación y uso haya ido precedida del oportuno acuerdo respecto a las condiciones del uso compartido entre ambos operadores.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que tales ocupaciones unilaterales e irregulares consisten en la ocupación por parte de EKT de las cámaras y/o arquetas de TESAU y, a partir de ahí, el despliegue de su red por el conducto que decide utilizar a tal fin. Además, en algunos casos, EKT instala elementos activos de su red en las propias arquetas/cámaras.
- Que la situación creada es especialmente preocupante en el municipio de Vitoria, aunque también existen problemas en los municipios de Guetxo, Hernani, San Sebastián, Aretxabaleta, Getaria, Mungía, Urretxu, Etxebarri, Durango, Baracaldo y Berriz.
- Asimismo TESAU manifiesta que en diversas ocasiones ha mostrado su predisposición a negociar con EKT, y que prueba de ello es que ya existen varios acuerdos alcanzados con dicha operadora en materia de compartición.
- Que desde enero de 2005 ambas entidades iniciaron una negociación de carácter marco y bilateral sobre compartición de infraestructuras de acceso, aplicable al ámbito de la Comunidad Autónoma Vasca. TESAU manifiesta que el citado acuerdo ha sido imposible ya que, a pesar de haberse alcanzado un consenso en cuanto a las condiciones generales y técnicas, existe un desacuerdo en cuanto a las condiciones económicas aplicables. La postura mantenida a este respecto por TESAU era aquella que pretendía ajustarse a los criterios ya sentados por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en distintas resoluciones (RO 2003/1847 y DT 2004/1712).
- En atención a todo lo anterior, TESAU expone la necesidad de intervención de esta Comisión a fin de poner coto y dar solución al problema de la reiterada práctica observada por EKT consistente en ocupar de forma irregular y utilizar las infraestructuras de acceso.

Formuladas estas alegaciones, TESAU solicita a esta Comisión que proceda a:

1. Determinar las condiciones económicas aplicables al uso compartido de las infraestructuras de acceso detalladas en su escrito.
2. Advertir a EKT de que en adelante se abstenga de realizar prácticas de ocupación unilateral de las infraestructuras ajenas.

**SEGUNDO.-** Con fecha 22 de enero de 2007, se procedió a la apertura del correspondiente procedimiento administrativo para la resolución del conflicto planteado, notificando a los interesados en el expediente la citada apertura y el resto de circunstancias previstas en el artículo 42 de la Ley 30/1992 de 26 de



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC).

Del mismo modo, con fecha 29 de enero de 2007, se solicitó a los distintos Ayuntamientos implicados en el presente procedimiento, en su condición de Administración competente, la emisión del informe preceptivo al que se refiere el artículo 30.3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel).

La solicitud del indicado informe fue convenientemente notificada a las partes interesadas, comunicándoles, igualmente, la suspensión de la tramitación del expediente administrativo hasta el momento que se recibieran en esta Comisión los informes preceptivos; todo ello de conformidad con lo establecido en el artículo 42.5 c) de la LRJPAC.

**TERCERO.-** Con fecha 14 de marzo del 2007, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de EKT en el que realiza alegaciones en relación con los hechos expuestos por TESAU.

EKT afirma que ha actuado, para el uso compartido de las infraestructuras objeto de este conflicto, conforme al ordenamiento jurídico, y en particular, a la regulación sectorial en materia de telecomunicaciones, y que así lo acredita el hecho de que:

- Las infraestructuras objeto del presente conflicto son de dominio público municipal.
- EKT ha seguido, para la ocupación de las citadas infraestructuras, el procedimiento legalmente establecido por parte de las Administraciones locales competentes en cada caso.
- Se han obtenido por parte de EKT las preceptivas y expresas autorizaciones municipales de ocupación del dominio público sobre las infraestructuras objeto del conflicto.
- Ya existe un procedimiento acordado y ratificado (mediante la firma de diversos convenios ente EKT y TESAU) para regular el uso, conservación y mantenimiento de infraestructuras de uso compartido, siendo este procedimiento perfectamente aplicable a las referidas infraestructuras de



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

dominio público sobre las que se plantea el conflicto, todo ello a pesar de la infundada negativa de TESAU al efecto<sup>1</sup>.

- Que EKT ya paga al titular del dominio público los tributos correspondientes en concepto de tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público municipal.

Junto a su escrito EKT aporta los expedientes seguidos en los municipios de Vitoria, Aretxabaleta, Hernani, Getxo, Mungía y Getaria, donde se han autorizado las correspondientes ocupaciones de infraestructura de dominio público municipal.

En cuanto a las ocupaciones en los municipios de San Sebastián, Urretxu, Etxebarri y Durango, EKT manifiesta haber tenido conocimiento de ellas en virtud del presente expediente.

Formulada estas alegaciones, EKT solicita a esta Comisión que establezca:

1. Como condiciones de uso compartido de las infraestructuras de dominio público municipal objeto de este conflicto las siguientes:
  - En cuanto al derecho de uso compartido, la no obligación de contraprestación alguna a TESAU en concepto de derecho de uso compartido de las infraestructuras de dominio público municipal incluidas en este conflicto.
  - En cuanto al mantenimiento de las infraestructuras de uso compartido de dominio público municipal objeto de este conflicto, que los costes derivados de este concepto sean asumidos por cada una de las partes respecto a las infraestructuras efectivamente ocupadas.
  - En cuanto a las condiciones de uso y conservación de la infraestructura de dominio público de uso compartido, que la Comisión

<sup>1</sup> EKT remite los siguientes acuerdos firmados con TESAU en materia de compartición de infraestructuras de telecomunicaciones:

- Convenio Marco ente Telefónica de España, S.A.U y Euskaltel, S.A., sobre colaboración en materia de infraestructuras de telecomunicaciones de uso compartido en nuevas áreas de desarrollo urbanístico, de fecha 11 de septiembre de 2000.
- Acuerdo para la formalización de la utilización recíproca de infraestructuras de Telecomunicaciones entre Telefónica de España, S.A.U y Euskaltel, S.A , de fecha 1 de marzo de 2005.
- Acuerdo entre Telefónica de España, S.A.U y Euskaltel, S.A en relación con el uso de las infraestructuras canalizadas de telecomunicaciones del Casco Viejo de Bilbao, de fecha 1 de diciembre de 2004.
- Acuerdos entre Telefónica de España, S.A.U y Euskaltel, S.A que tienen por objeto establecer condiciones técnicas y económicas para la utilización por parte de TESAU de la infraestructura de telecomunicaciones de Euskaltel sita en el Polígono Erletxes-2 y en el Polígono de Txirrita Maleo.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

establezca como aplicables las condiciones de uso, acceso, conservación y reparación ya acordadas entre las partes en el Anexo 3 del Acuerdo marco de 11 de septiembre de 2000 y en diversos acuerdos posteriores suscritos entre las mismas que obran en el expediente, o bien, si la Comisión considera estas condiciones inaplicables o insuficientes, establezca las que considere oportunas para regular el uso compartido de las infraestructuras en conflicto.

2. En relación a las infraestructuras de los municipios de San Sebastián, Urretxu, Etxebarri y Durango sobre las que esta parte no tenía conocimiento y para el caso de que TESAU acreditara efectivamente los costes incurridos y el título jurídico que, en su caso, deba ser objeto de compensación, las siguientes:

- En cuanto al derecho de uso compartido, en el caso de infraestructuras sobre las que TESAU acredite costes y un título jurídico válido de TESAU, que se establezca como contraprestación por este derecho los costes reales incurridos y justificados.
- En cuanto al mantenimiento, el abono por parte de EKT a TESAU del 1% anual del importe correspondiente a la contraprestación por el derecho de uso.
- En cuanto a las condiciones de uso y conservación de la infraestructura de uso compartido, que la Comisión establezca como aplicables las condiciones de uso, acceso, conservación y reparación ya acordadas entre las partes en el Anexo 3 del Acuerdo marco de 11 de septiembre de 2000 y en diversos acuerdos posteriores suscritos entre las mismas que obren en el expediente, o bien, si la Comisión considera estas condiciones inaplicables o insuficientes, establezca las que considere oportunas para regular el uso compartido de las infraestructuras en conflicto.

**CUARTO.-** Con fecha 10 de abril de 2007, EKT presentó escrito de alegaciones mediante el cual realizaba las siguientes precisiones respecto de diversas ocupaciones objeto del presente conflicto:

- En cuanto a la ocupación denunciada en el Polígono Industrial de Ibaiondo del municipio de Vitoria-Gasteiz, se trata de una zona en la que ambas partes llevaron a cabo la construcción conjunta de las infraestructuras de telecomunicaciones. A la vista de ello, y dado que las arquetas, en función de las normas establecidas desde el Ayuntamiento son iguales independientemente del usuario de las mismas, *“hemos constatado como, por error, se ocupó con una manguera de cable de pares una arqueta*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*construida por TESAU en vez de ocupar la arqueta que, junto a esta, fue construida por EKT". A la vista de ello, EKT manifiesta que ya ha procedido a desocupar dicha arqueta.*

- En cuanto a la canalización ocupada en el municipio de Baracaldo (Calle San Bartolomé), declara que la canalización pretendidamente ocupada a TESAU en realidad es una canalización construida por parte de EKT en coordinación con las obras de urbanización del Sector San Vicente I de Baracaldo.
- Por último, en cuanto a la canalización cuya ocupación denuncia TESAU en San Sebastián (Paseo Ubarburu, 81 del Polígono industrial de Martutene), pone de manifiesto que, según le consta, dicha canalización fue sufragada directa y exclusivamente por la propiedad del edificio, por lo tanto, es privada. Se trata de una canalización que conecta la red de telecomunicaciones del polígono con el propio edificio, y pertenece al dueño de éste. Coincidiendo con el despliegue de las redes y servicios de EKT en la zona, esta propiedad permitió a EKT el uso de la canalización para posibilitar así la prestación de sus servicios de telecomunicaciones a las empresas ubicadas en el referido edificio, tal y como en su momento había hecho con TESAU.

**QUINTO.-** Con fecha 20 de abril de 2007 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un nuevo escrito presentado por EKT en el cual señala que *"mediante el presente escrito Euskaltel desea notificar para el conocimiento de esta Comisión, que va a llevar a cabo la ocupación de diversas infraestructuras de titularidad municipal en la localidad de Hernani (Etxeberri auzoa y Florida kalea, nros. 81, 83 y 85) estando la infraestructura existente en la actualidad parcialmente ocupada por Telefónica, quedando tubo vacante para su ocupación por parte de Euskaltel"*.

Asimismo, el 6 de junio de 2007 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión nuevo escrito de EKT en el que indicaba que *"mediante el presente escrito Euskaltel desea notificar para el conocimiento de esta Comisión, que va a llevar a cabo la ocupación de diversas infraestructuras de titularidad municipal en la localidad de San Sebastián (calles Campanario y Virgen del Coro)"*.

Por último, con fecha 27 de noviembre de 2007 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión nuevo escrito de EKT en el cual expone que *"mediante el presente escrito Euskaltel desea notificar para el conocimiento de esta Comisión, que va a llevar a cabo la ocupación de diversas infraestructuras de titularidad municipal en la localidad de Vitoria-Gasteiz, concretamente en la zona de ALI"*.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

**SEXTO.-** Con fecha 11 de febrero de 2008, y por ser necesario para la determinación y conocimiento de los hechos puestos de manifiesto en el marco del expediente, mediante escrito del Secretario de esta Comisión se requirió a TESAU, al amparo de lo previsto en el artículo 78.1 de la LRJPAC, para que remitiese a esta Comisión “*documentación acreditativa de los gastos de obra civil en los que haya incurrido TESAU respecto de las infraestructuras objeto del presente conflicto de compartición*”.

**SÉPTIMO.-** El 5 de marzo de 2008, se recibió en el Registro de esta Comisión escrito de TESAU por la que da contestación al requerimiento de información practicado.

TESAU señala en su escrito que la mayor parte de las infraestructuras objeto del presente conflicto fueron construidas hace muchos años, razón por la cual resulta complicada la tarea de localizar la documentación, hecho que en opinión de la operadora debería tenerse en cuenta por esta Comisión.

Respecto a las infraestructuras ocupadas por EKT en las localidades de Guipúzcoa y Vizcaya, TESAU manifiesta que, en muchos de estos casos, las infraestructuras ocupadas por EKT, son infraestructuras construidas en zonas consolidadas de los municipios. En estos supuestos, las infraestructuras desplegadas son construidas y costeadas en su totalidad por el operador que en cada caso haya procedido a su despliegue. No obstante, TESAU no aporta ningún documento acreditativo de gastos incurridos en obra civil.

Respecto a las infraestructuras ocupadas por EKT en la localidad de Vitoria TESAU realiza las siguientes manifestaciones:

- En relación a la infraestructura de Lakaubizkarra, TESAU manifiesta que se trata de un Proyecto ejecutado en colaboración con el promotor urbanístico, en virtud del cual TESAU facilitó diseño técnico, el asesoramiento a pie de obra, así como materiales telefónicos por importe de 12.721,50 euros, correspondiendo al promotor la realización de la obra civil.
- En relación a la infraestructura sita en los Sectores 8 A” y 9 de Lakua, TESAU tan solo aporta una factura de pago de TESAU a la empresa Dintel S.A. por la cantidad de 4.481.525 pesetas (26.934,51 euros), por la realización de determinados trabajos de obra civil llevados a cabo por dicha empresa para construcción de la 2ª fase de la canalización de la calle Loreto Arriola.
- En relación a las infraestructuras sitas en las calles Duque de Wellington, Fco. Javier Landáburu y Portal Foronda, TESAU manifiesta que dada la



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

antigüedad del proyecto le ha sido imposible encontrar documentación acreditativa de los gastos de obra civil y materiales en los que incurrió para su construcción.

- Por último, y en relación a las infraestructuras ocupadas en el Polígono Industrial de Ibaiondo, Polígono Industrial Lakua 12 y Polígono Residencial Zabalgana 2-3, TESAU aporta distintas facturas que acreditan el pago de obra civil. No obstante, se debe hacer notar que las facturas aportadas por TESAU reflejan tanto los gastos que debe costear TESAU como los que debe costar EKT por ese mismo concepto.

**OCTAVO.-** Por medio de escrito de fecha 17 de marzo de 2008 se dio traslado de una copia del escrito presentado por TESAU a EKT, con fecha 5 de marzo de 2008, confiriéndole un plazo de diez días para que realizara las alegaciones que tuviera por conveniente.

**NOVENO.-** El 7 de abril de 2008 se recibió en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de EKT mediante el cual realizaba las siguientes manifestaciones:

- Que resulta sorprendente la pretensión de TESAU de que, sin perjuicio de carecer de justificación o acreditación alguna, se haga ver a la Comisión que las ocupaciones realizadas por EKT se refieran a infraestructuras construidas en las zonas consolidadas de los municipios y por tanto, según TESAU, hayan sido en todo caso construidas y costeadas en su totalidad por el operador que haya decidido y procedido a su despliegue (es decir, por TESAU).
- Que se han realizado a EKT manifestaciones verbales por parte de los Ayuntamientos de Vitoria-Gasteiz, Getaria, Hernáni, Getxo, etc., en el sentido de haber sido estas Administraciones las que asumieron la totalidad del coste de instalación de las infraestructuras. Pero no sólo verbalmente, sino que, por ejemplo, el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz comunicó por escrito a esta parte por Providencia de 19 de mayo de 2004 que en el polígono L-13 de Lakua, *“realizó a su cargo las obras de urbanización en las que se incluyeron redes de telecomunicaciones. En consecuencia, todas las canalizaciones que se realizaron con motivo de estas obras de urbanización se consideran de propiedad municipal”*<sup>2</sup>.
- Que consideran inaceptable la pretensión de TESAU de que todo aquello cuyo coste no pueda acreditar deba considerarse coste incurrido por su parte. Nos hallamos en este expediente ante un procedimiento

---

<sup>2</sup> Documento 13 presentado por EKT junto a su escrito de alegaciones de fecha 14 de marzo de 2007.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

administrativo de fisonomía triangular en el que la doctrina procesal civil resulta de aplicación al ámbito administrativo. A la vista de ello, es sobre TESAU sobre quien debe recaer la carga de probar los hechos alegados, y es TESAU quien debe convencer a la Comisión de la certeza o realidad de los datos aportados, sin que en modo alguno baste con la mera alegación de los mismos para obtener el efecto jurídico pretendido.

- Asimismo, respecto al Polígono Industrial de Ibaiondo, Polígono Industrial Lakua 12 y Polígono Residencial Zabalzana 2-3, EKT manifiesta que participó en la construcción de las citadas infraestructuras por lo que existe infraestructura duplicada para la utilización de ambos operadores. No obstante, por error, la contrata encargada de realizar tendido de cable para EKT ocupó con una manguera de cable infraestructura utilizada por TESAU. La retirada del citado cableado y su correcto tendido se realizó el mes de septiembre de 2007 conociendo TESAU perfectamente este hecho. Por todo ello EKT considera que las citadas infraestructuras deberían quedar fuera del presente procedimiento al no ser objeto de uso compartido.

**DÉCIMO.-** Por medio de escrito de fecha 11 de abril de 2008 se dio traslado a TESAU de una copia del escrito presentado por EKT, con fecha 7 de abril de 2008, confiriéndole un plazo de diez días para que realizara las alegaciones que tuviera por conveniente. Alegaciones que tuvieron entrada en el Registro de esta Comisión el 30 de abril de 2008.

**UNDÉCIMO.-** Mediante sendos escritos de fecha 12 de febrero de 2009, con salida de esta Comisión el 13 del mismo mes, una vez finalizada la instrucción del procedimiento y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 de la LRJPAC, se procedió a comunicar a los interesados, EKT y TESAU, la apertura del trámite de audiencia previo a la resolución definitiva del expediente así como el Informe elaborado por los Servicios de esta Comisión de fecha 10 de febrero de 2009.

**DUODÉCIMO.-** Con fecha 16 de febrero de 2009 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un nuevo escrito presentado por EKT en el cual señala que *“mediante el presente escrito, Euskaltel desea notificar para el conocimiento de esta Comisión, que va a llevar a cabo la ocupación de diversas infraestructuras de titularidad municipal en la localidad de Sondita (Bizkaia), concretamente en las calles Gori Kalea y Aresti Bidea”*.

**DECIMOTERCERO.-** Dentro del plazo conferido para realizar alegaciones en el trámite de audiencia, la representación de EKT presentó escrito de alegaciones que tuvo entrada en el Registro de esta Comisión el día 9 de marzo de 2009.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En el citado escrito, EKT además de reiterar lo ya manifestado en sus escritos anteriores, realiza las siguientes consideraciones adicionales:

- Sobre el objeto del procedimiento.

Según EKT, la Resolución que ponga fin al presente procedimiento tan solo debería establecer las condiciones de uso, conservación y/o mantenimiento aplicables, pero no las del precio a pagar por EKT, y ello, porque el precio no debería existir, en la medida en que las infraestructuras objeto de conflicto son de dominio público municipal, careciendo TESAU de ningún título sobre las mismas.

- Sobre la titularidad jurídica de las infraestructuras objeto del expediente.

EKT reitera lo ya manifestado en alegaciones anteriores, argumentando que TESAU, al carecer de título jurídico alguno sobre las infraestructuras en conflicto, no puede exigirle contraprestación alguna por el uso compartido de la misma.

- Sobre las condiciones económicas propuestas en el Informe de Audiencia:

- Que no es cierto, como se afirma en el Informe de Audiencia, que el hecho de que EKT no realice contraprestaciones económicas a TESAU por el uso compartido de infraestructuras, suponga un enriquecimiento injusto a favor de EKT.
- Que la Comisión está aplicando un mismo criterio a supuestos de hecho completamente distintos, como son los que se utilizaron en los expedientes RO 2003/1847, DT 2004/1712 y RO 2004/645.
- Que la Comisión debería tener en cuenta los precios negociados por las partes previamente a la interposición del presente conflicto por se los mismos ajustados a los costes concretos asumidos por TESAU.
- Que la Resolución de los Mercados 4-5 tampoco es de aplicación al presente conflicto ya que las infraestructuras aquí tratadas no son propiedad de TESAU ni esta las ha poseído nunca.
- Que los precios OBA para el servicio de tendido de cable externo se refieren, tal y como indica el propio texto de la OBA, al *“uso compartido de canalización existente propiedad de Telefónica de longitud de metros”*. Por tanto, los mismos no pueden ser de aplicación al presente procedimiento ya que el supuesto de hecho del que se parte en la OBA



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

es distinto al del presente conflicto, con lo cual, no cabe una aplicación directa del precio establecido en la citada Oferta.

- Sobre las infraestructuras objeto del conflicto.

EKT solicita que determinadas infraestructuras que fueron incluidas en el Informe de Audiencia se dejen fuera de la Resolución final por no ser objeto de uso compartido.

**DECIMOCUARTO.-** Dentro del plazo conferido para realizar alegaciones en el trámite de audiencia, la representación de TESAU presentó escrito de alegaciones que tuvo entrada en el Registro de esta Comisión el día 9 de marzo de 2009 y en el que, en resumen, manifestaba lo siguiente:

- Respecto al criterio seguido en el Informe de Audiencia para fijar las contraprestaciones económicas objeto del presente conflicto, TESAU muestra su conformidad con el mismo.
- Respecto a las infraestructuras objeto del presente conflicto, TESAU manifiesta que durante la tramitación del expediente se han llevado a cabo diversas ocupaciones por parte de EKT que también deberían ser tenidas en cuenta en el presente conflicto.

Por otra parte, en relación a las infraestructuras sitas en el Polígono de Ibaiondo, TESAU manifiesta que la primera semana de marzo del presente año, han podido comprobar que las mismas continúan ocupadas por EKT, por tanto, las mismas deben ser consideradas objeto del presente conflicto.

**DECIMOQUINTO.-** Con fecha 27 de abril de 2009 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un nuevo escrito presentado por EKT en el cual señala que *“mediante el presente escrito, Euskaltel desea notificar para el conocimiento de esta Comisión, que va a llevar a cabo la ocupación de diversas infraestructuras de titularidad municipal en la localidad de Balmaseda (Bizkaia), concretamente en las calles Martín Mendia, Pio Bermejillo, Cuesta y Correría”*.

## II. ANALISIS DEL CONFLICTO

### PRIMERO.- HABILITACIÓN COMPETENCIAL.

De conformidad con lo establecido en el artículo 48.2 de la LGTel, *“la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y el fomento de la*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*competencia en los mercados de servicios audiovisuales, conforme a lo previsto en su normativa reguladora, la resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos.”*

Por su parte, el artículo 48.3 de la LGTel establece que, en las materias de telecomunicaciones reguladas en esta Ley, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ejercerá, entre otras, las siguientes funciones:

*“d) La resolución vinculante de los conflictos que se susciten entre los operadores en materia de acceso e interconexión de redes, en los términos que se establezcan en el título II de esta Ley, (...) y el uso compartido de infraestructuras.”*

A tales efectos, el artículo 11.4 de la LGTel dispone que *“la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio, cuando esté justificado, 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”*.

Por su parte, el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, reitera los anteriores principios.

Asimismo, el artículo 30, apartado 3, de la LGTel, relativo a la *“Ubicación compartida y uso compartido de la propiedad pública o privada”* establece que *“El uso compartido se articulará mediante acuerdos entre los operadores interesados. A falta de acuerdo, las condiciones del uso compartido se establecerán, previo informe preceptivo de la citada Administración competente [las Administraciones competentes en materia de medio ambiente, salud pública, seguridad pública u ordenación urbana y territorial], mediante Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Dicha resolución deberá incorporar, en su caso, los contenidos del informe emitido por la Administración competente interesada que ésta califique como esenciales para la salvaguarda de los intereses públicos cuya tutela tenga encomendados.”*

De conformidad con lo anterior, esta Comisión tiene habilitación competencial suficiente para resolver la controversia suscitada entre EKT y TESAU que se sustancia en el presente procedimiento.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### SEGUNDO.- NUEVO CONTEXTO JURÍDICO Y REGULATORIO.

Con carácter previo al análisis del objeto del presente procedimiento, es necesario exponer las modificaciones que en el contexto jurídico y regulatorio se han sucedido durante la tramitación del presente conflicto.

Como se ha señalado en la Habilitación Competencial, la LGTel establece en su artículo 48.2 que *“la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones...”*. Aparece, igualmente, como una de las funciones propias de la Comisión, en el artículo 48.3 g) la de *“Definir los mercados pertinentes para establecer obligaciones específicas conforme a lo previsto en el capítulo II del título II y en el artículo 13 de esta ley.”*

En uso de la habilitación competencial citada, con fecha 7 de mayo de 2008, se acordó el inicio del procedimiento para la definición y análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija, la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y la revisión del mercado de acceso desagregado al por mayor (incluido el acceso compartido) a los bucles y subbucles metálicos a efectos de la prestación de los servicios de banda ancha y vocales (MTZ 2008/626).

Con fecha 8 de mayo de 2008, esta Comisión dictó Resolución para la adopción de medidas cautelares en el procedimiento arriba indicado. En relación con el acceso a las infraestructuras, en el marco de dicho expediente se impuso a TESAU la obligación de atender las solicitudes razonables de acceso a las infraestructuras de obra civil a precios orientados en función de los costes de producción.

Posteriormente, con fecha 31 de julio de 2008, la Comisión dictó Resolución relativa a los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución de 8 de mayo de 2008. En dicho procedimiento, la Comisión resolvió mantener las obligaciones que pesaban sobre TESAU en relación con el acceso a la infraestructura de obra civil.

Finalmente, con fecha 22 de enero de 2009, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la Resolución por la que se aprueba la definición y el análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operador con poder significativo de mercado (en adelante, PSM) y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

notificación a la Comisión Europea (en adelante, Resolución de los Mercados 4-5).

En la citada Resolución, esta Comisión, tras definir y analizar el mercado de referencia, concluye que no es realmente competitivo e identifica a TESAU como operador con poder significativo en el mismo, imponiéndole las correspondientes obligaciones, entre las que se encuentran las siguientes: (i) obligación de proporcionar acceso a los recursos asociados de infraestructuras de obra civil, a precios regulados en función de los costes (ii) obligación de transparencia en las condiciones de acceso a las infraestructuras de obra civil y, (iii) obligación de no discriminación en las condiciones de acceso a las infraestructuras de obra civil.

En atención a lo anterior, cabe concluir que la Resolución de 22 de enero de 2009, ha establecido un nuevo régimen jurídico aplicable al acceso a infraestructuras de obra civil de TESAU sitas tanto en dominio público como en dominio privado, el cual también deberá tenerse en cuenta para la resolución del presente expediente.

### **TERCERO.- IDENTIFICACIÓN Y DESCRIPCIÓN DE LAS INFRAESTRUCTURAS AFECTADAS**

El procedimiento de referencia tiene por objeto la resolución de un conflicto de compartición entre TESAU y EKT respecto de infraestructuras ya instaladas en distintos municipios de la Comunidad Autónoma Vasca. A este respecto, y antes de entrar en el análisis más pormenorizado de las cuestiones planteadas por las partes, se ha de hacer una aclaración inicial para contextualizar correctamente las infraestructuras afectadas en el presente conflicto.

#### **a) Tipo de infraestructuras a las que se refiere el conflicto: Arquetas y conductos que las comunican.**

En su escrito inicial, TESAU denuncia la ocupación unilateral de infraestructuras de acceso (conductos y arquetas) en varios municipios de la Comunidad Autónoma Vasca, aunque la mayor parte de la documentación aportada por dicha entidad se circunscribe únicamente a la ciudad de Vitoria.

Según resulta de la documentación aportada por TESAU la ocupación denunciada se habría producido principalmente sobre conductos o tubos de diámetro 110 mm y arquetas de tipo D, aunque también podría tratarse de otro tipo de conductos (125 mm o 63 mm) y arquetas (tipo M o H) en algún caso dependiendo de las diferentes localizaciones.

Asimismo, de la citada documentación se desprende que dichas infraestructuras de telecomunicaciones se realizaron a la vez que se dotaban



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de otras infraestructuras (gas, agua y electricidad), a los nuevos edificios o inmuebles en la fase de urbanización de esas zonas, por lo que los costes de la obra civil habrían sido sufragados por las promotoras involucradas, mientras que los conductos y arquetas habrían sido aportados por la propia TESAU en la fase de urbanización.

Las zonas citadas son áreas urbanizadas hace años cuando se las dotó de infraestructuras<sup>3</sup> subterráneas que sirven de soporte a la red de comunicaciones electrónicas de TESAU, y a través de la cual este operador presta en la actualidad servicios a los propietarios de las viviendas e inmuebles ubicados en estas zonas.

En la figura que se recoge a continuación se señalan los elementos que estarían sujetos a uso compartido por TESAU y EKT. Estos elementos conforman la red anterior a la de distribución final de acceso al cliente<sup>4</sup>.

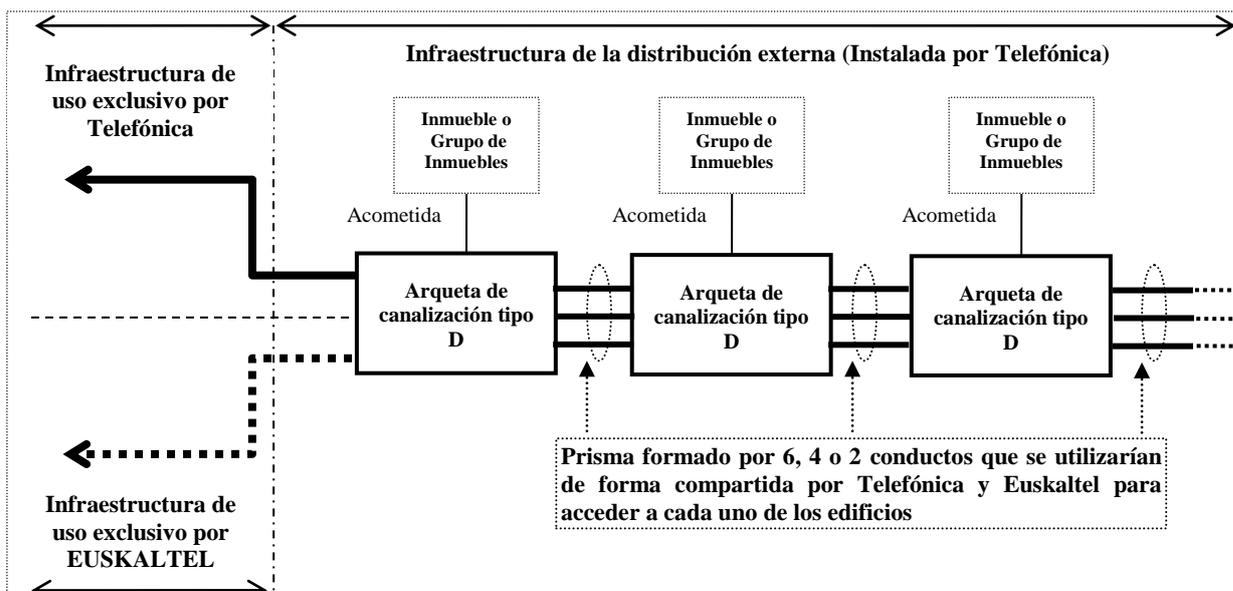


Figura: detalle de las infraestructuras existentes en el dominio público del polígono de Lakua en Vitoria.

En el caso del Sector 2 del polígono de Lakua en Vitoria, en concreto, del pliego de condiciones técnicas aportado por TESAU se desglosa el siguiente tipo de infraestructuras existentes:

<sup>3</sup> Por infraestructura se entenderá aquí el conjunto de tubos o conductos, arquetas, cámaras de registro, etc. que constituyen el soporte de los cables y otros equipos activos y pasivos de las redes de los operadores de comunicaciones electrónicas.

<sup>4</sup> Se ha tomado como modelo las infraestructuras existentes en el Sector 2 del polígono de Lakua (Vitoria).



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Arquetas tipo D (longitud: 110 cm; anchura: 90 cm; profundidad: 100 cm): Estarían situadas en línea a lo largo de la acera en el tramo de vía pública.
- Conductos o tubos entre arquetas de tipo D (diámetro de cada conducto: 110 mm): Cada arqueta puede estar comunicada con otra del mismo tipo por un prisma formado por 6, 4 o 2 conductos.
- Unidades de acometida a cámaras de registro ya existentes.

Para llegar a la primera arqueta de tipo D, se entiende que cada operador cuenta con sus propios armarios, arquetas y conductos para enlazar sus redes de alimentación general con las de distribución final de usuario en cada manzana residencial. A través de estos elementos, cada operador procedería a establecer la acometida<sup>5</sup> hacia cada vivienda concreta para activar el acceso de un usuario individual a sus servicios.

### **b) Naturaleza de las infraestructuras a que se refiere el conflicto:** **Bienes de dominio público municipal.**

EKT, en sus alegaciones, manifiesta que las infraestructuras objeto del presente procedimiento no son propiedad de TESAU sino que son bienes de dominio público municipal. En base ello, EKT entiende que TESAU no tiene derecho a ninguna compensación económica por bienes que no son suyos, y sobre los que EKT ya paga las oportunas tasas a los Ayuntamientos correspondientes.

En prueba de ello, EKT aporta los expedientes tramitados con los respectivos Ayuntamientos en los que se indica expresamente que se trata de dominio público municipal. Asimismo, para reforzar este argumento, EKT aporta sentencias recaídas, en primera instancia<sup>6</sup> y posteriormente en apelación<sup>7</sup>, respecto de la acción posesoria interpuesta por TESAU en relación a las infraestructuras ocupadas por EKT en el término municipal de Vitoria-Gasteiz. La demanda presentada por TESAU fue desestimada, en ambas instancias, por considerarse que no hubo despojo por la parte demandada, ya que, las infraestructuras objeto del litigio eran de titularidad municipal. Así dice literalmente la sentencia de apelación dictada por la Audiencia Provincial de Álava:

---

<sup>5</sup> Por acometida se entenderán tanto los tramos de cable (bien pares de cobre, bien coaxiales) como las regletas de conexión, repartidores y derivadores que permiten completar el último tramo de la conexión física del usuario final a la red del operador que le suministra el servicio.

<sup>6</sup> Sentencia nro. 115/03, de fecha dos de julio de 2003, recaída en el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Vitoria-Gasteiz.

<sup>7</sup> Sentencia nro. 244/03, de fecha 17 de noviembre de 2003, recaía en apelación en la Audiencia Provincial de Álava.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*“En efecto, de los documentos y planos que conforman el expediente administrativo seguido por Euskaltel ante el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz para conseguir la autorización de aprovechamiento de las infraestructuras ya existentes se desprende que es el Ayuntamiento titular de dichas infraestructuras. Ya hemos hecho referencia con anterioridad a este expediente, tramitado con ocasión de la solicitud de Euskaltel para la realización de las obras de infraestructuras. El Ayuntamiento ante esta petición constata que ya existe una red de canalizaciones de propiedad municipal que pueden ser aprovechadas, en la Resolución definitiva que autoriza a Euskaltel a ocupar las canalizaciones y los tubos libres, se autoriza incluso a la utilización del espacio libre existente en el conducto ya ocupado (por Telefónica) para el caso de no existir suficientes tubos libres, de lo que se deduce que el Ayuntamiento considera que es propietario de toda la red incluidos los tubos ya ocupados, siendo Telefónica un mero poseedor”.*

En este sentido debemos aclarar que no es materia de debate en el presente procedimiento el título jurídico que detenta TESAU sobre las infraestructuras que van a ser objeto de uso compartido. Lo cierto es que TESAU, sea propietaria o no, está en uso o posesión de las citadas infraestructuras y lo que interesa aquí es determinar si la operadora incurrió en algún coste en el momento de su construcción, y en caso afirmativo, si tiene o no derecho a ser compensado por los mismos.

A este respecto y en los mismos términos, cabe recordar lo apuntado por esta Comisión en la Resolución de 31 de julio de 2008, relativa a los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución de fecha 8 de mayo de 2008 por la que se adoptaban medidas cautelares en relación con el procedimiento para la definición y análisis de los mercados 4 y 5, donde ya se indicaba, en relación con la imposición de una obligación de acceso a TESAU, que *“la obligación impuesta a TESAU de acceso a las infraestructuras de obra civil ha de ser necesariamente de contenido genérico, incluyendo en principio toda la infraestructura en posesión de TESAU o que pueda ser usada por TESAU”*. Asimismo, la Resolución de 22 de enero de 2009, por la que se aprueban los Mercados 4 y 5, ratifica lo dicho hasta el momento.

Por tanto, con la Resolución que ponga fin al presente procedimiento no se pretende en modo alguno prejuzgar acerca de la titularidad de las concretas infraestructuras objeto de uso compartido, la cual, si resulta controvertida deberá ser resuelta por los Tribunales.

### **c) Ubicación de las infraestructuras a que se refiere el conflicto.**

En su escrito de denuncia TESAU identificaba como infraestructuras objeto del presente conflicto, por haber sido ocupadas por EKT sin haber alcanzado un previo acuerdo de compartición, a las siguientes:



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Dirección	Población
Lakuabizcarra (varias calles)	Vitoria (Álava)
Sectores 8 a 2 y 9 de Lakua (varias calles)	Vitoria (Álava)
C/ Zubibbarri (Pol. Ind. Gamarra)	Vitoria (Álava)
C/ Duque De Wellington (frente a Ikastola Toki Eder)	Vitoria (Álava)
C/ Duque de Wellington (entre Cr 361 y Cr 435)	Vitoria (Álava)
Calles Urbasa, Artapadura y Xabier	Vitoria (Álava)
C/ Fco. Javier Landáburu y Portal de Foronda	Vitoria (Álava)
C/ San Prudencio, Pº de Cervantes, Pº Fray Fco. de Vitoria, Portal de Castilla, Camino Alto del Prado, Felicitas Olave, Rosalía de Castro, Concha Espina, Jacinto Quincoces, Antonio Miranda, José Mª Cagigal y Atxo Apellániz	Vitoria (Álava)
Pol. Ind. Ibaiondo	Vitoria (Álava)
Pol. Ind. Lakua 12 (Antes 14)	Vitoria (Álava)
Pol. Residencial Zabalzana 2-3	Vitoria (Álava)
C/ Loreto Arriola Nº 11, Esq. Valentín De Foronda	Vitoria (Álava)
Barrio Markole	Aretxabaleta (Guipúzcoa)
Calles Aldamar, Elkano Y San Roke	Getaria (Guipúzcoa)
Calles Aixerrota, Kaio, Zozoa, Usoa, Hontza, Okila, Eperrea, Bostgarrena y Pº Sta. Marina	Getxo (Vizcaya)
Calle Pájaro Carpintero	Getxo (Vizcaya)
Telmo Zarra Etxe Talde	Munguía (Vizcaya)
Antziola Kalea y Gabriel Celaya Emparantza	Hernani (Guipúzcoa)
Pº Ubarburu 81 (Polígono 27)	San Sebastián (Guipúzcoa)
C/ Labeaga Nº 17	Urretxu (Guipúzcoa)
Avda. San Bartolomé Nº 17 (Junto a Megapark)	Baracaldo (Vizcaya)
S.A.P.U.R. 54	Berriz (Vizcaya)
C/ Euskal-Herria 19	Etxebarri (Vizcaya)
Barrio De Txibitena	Durango (Vizcaya)

En el Informe de Audiencia, en base a los argumentos esgrimidos y documentos aportados por las partes, se concluyó dejar fuera del procedimiento las siguientes infraestructuras:

- En relación a las infraestructuras de Vitoria situadas en el Polígono Industrial de Ibaiondo, Polígono Industrial Lakua 12 y Polígono



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Residencial Zabalgana 2-3, EKT manifiesta que nunca existió intención, por parte de esa entidad, de hacer uso de las mencionadas infraestructuras de TESAU.

EKT argumenta que en el momento de la construcción de las mismas, tanto TESAU como EKT construyeron y soportaron el coste de su propia infraestructura. Según EKT, la ocupación de las infraestructuras de TESAU se debió únicamente a un error de la contrata a la hora de realizar el tendido de cable y una vez se hubo detectado el problema se procedió a la retirada del mismo. Este hecho ha quedado acreditado con la documentación aportada por la propia TESAU, ya que en su escrito de denuncia adjuntaba los acuerdos alcanzados con distintos promotores en estas localidades en los cuales se fijaba que los costes de obra civil se repartirían entre los distintos operadores interesados<sup>8</sup>. Asimismo, junto al escrito de TESAU de fecha 5 de marzo, se aportaron distintas facturas<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Documento 26.5: Convenio entre Excavaciones Arriaga, S.A., entidad promotora del proyecto de urbanización del sector "8B. de Ibaiondo" en Vitoria-Gasteiz y Telefónica de España, S.A.U. en relación con infraestructuras canalizadas de telecomunicaciones.

Documento 26.6: Convenio entre la junta de Compensación del Polígono nº 12 de Lakua (antiguo L-14), entidad promotora del proyecto de urbanización del Polígono nº 12 del municipio de Vitoria-Gasteiz y Telefónica de España, S.A.U. en relación con infraestructuras canalizadas de telecomunicaciones.

Documento 26.7: Convenio entre la Sociedad Urbanística Municipal de Vitoria-Gasteizko Udal Hirigintza Elkarte Ensanche 21 Zabalgunea S.A., entidad promotora del proyecto de urbanización de Zabalgana en Vitoria-Gasteiz y Telefónica de España, S.A.U. y Euskaltel, S.A. en relación con infraestructuras canalizadas de telecomunicaciones en la urbanización de los sectores 2y 3 de Zabalgana, del vigente plan general de ordenación urbana de Vitoria-Gasteiz.

<sup>9</sup> Polígono Industrial de Ibaiondo (grupo documental nº 2):

- **Factura** nº B00823, de fecha 27/09/2002, expedida por Excavaciones Arriaga, S.A. en concepto de "Certificación 1ª – Nº Proyecto 1054223 – Cons. Can. Telecom. Ibaiondo Fase 2", por importe de 67.480,88 € (Más IVA). A este documento acompaña la correspondiente **medición cuantificada**, de septiembre de 2002, que recoge el resumen de tareas amparadas por la citada factura.
- **Factura** nº B00840, de fecha 27/11/2002, expedida por Excavaciones Arriaga, S.A. en concepto de "Certificación 2ª – Nº Proyecto 1054223 – Cons. Can. Telecom. Ibaiondo Fase 2", por importe de 48.410,43 € (más IVA). A este documento acompaña la correspondiente **medición cuantificada**, de noviembre de 2002, que recoge el resumen de tareas amparadas por la citada factura.

Polígono Industrial Lakua 12 (grupo documental nº 3)

- **Factura** nº 14/02, de fecha 14/02/2002, expedida por la Junta de Compensación del Polígono nº 12 – Lakua, en concepto de "Por la construcción de la infraestructura de telecomunicaciones (Telefónica) para el Polígono 12 (antiguo L-14) en Vitoria-Gasteiz, según certificación 1ª que lleva fecha 14.02.2002", por importe de 60.169,99 € (más IVA). A este documento acompaña la correspondiente **medición cuantificada**, de febrero de 2002, que recoge el resumen de tareas amparadas por la citada factura.
- **Factura** nº 97/02, de fecha 19/12/2002, expedida por la Junta de Compensación del Polígono nº 12 – Lakua, en concepto de "Por la construcción de la infraestructura (Telefónica) para el Polígono 12 (antiguo L-14) en Vitoria-Gasteiz, según certificación segunda que lleva fecha 16.12.2002", por importe



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que, si bien acreditaban la parte de obra civil que debía pagar TESAU, también indicaban la partida que correspondía pagar a EKT por el mismo concepto. Es decir, ha quedado acreditado que cada entidad tiene construida su propia infraestructura y que EKT no tiene intención de compartir la infraestructura de TESAU.

No obstante, en relación a las infraestructuras del Polígono Industrial de Ibaiondo, en sus alegaciones al Informe de Audiencia, TESAU pone de manifiesto que en la primera semana del mes de marzo comprobó que parte de la misma seguía estando ocupada por EKT.

A este respecto debemos señalar que EKT, si realmente no tiene interés alguno en ocupar la citada infraestructura deberá proceder a retirar el cableado que por error parece estar aún en dependencias de TESAU, o en caso contrario, deberán regirse por lo acordado por esta Comisión respecto al resto de infraestructuras objeto del presente procedimiento.

- En cuanto a la canalización ocupada en el municipio de Baracaldo (Calle San Bartolomé), manifiesta EKT que la canalización pretendidamente ocupada a TESAU es una canalización construida por parte de EKT en coordinación con las obras de urbanización del Sector San Vicente I de Baracaldo.

Junto a su escrito EKT adjunta un plano del proyecto aprobado por el Ayuntamiento de Baracaldo en el que se detalla cómo, sobre dicho proyecto, se incluyó adicional y expresamente la construcción de una

- 
- de 17.971, 65 € (más IVA). A este documento acompaña la correspondiente **medición cuantificada**, de diciembre de 2002, que recoge el resumen de tareas amparadas por la citada factura.
- **Factura** nº 06/03, de fecha 14/07/2003, expedida por la Junta de Compensación del Polígono nº 12 – Lakua, en concepto de *“Por la construcción de la infraestructura (Telefónica) para el Polígono 12 (antiguo L-14) en Vitoria-Gasteiz, según certificación tercera y última que lleva fecha 14.07.2003”*, por importe de 10.011,98 € (más IVA). A este documento acompaña la correspondiente **medición cuantificada** (numerada por error como nº 1, aunque puede deducirse la correspondencia simplemente cotejando el importe que figura como mano de obra con el que aparece en la factura, así como la fecha, que también coincide con la de la factura).

Polígono Residencial Zabalgana 2-3 (grupo documental nº 4)

- **Factura** nº 200300039, de fecha 18/07/2003, expedida por Ensanche 21 Zabalgunea, SAU, en concepto de *“1ª Certificación y Zanja para infraestructura telefónica en los Sectores 2 y 3 del Polígono Zablagana de Vitoria-Gasteiz”*, por importe de 40.670, 60 € (más IVA). A este documento acompaña la correspondiente **medición cuantificada**, de junio 2003, que recoge el resumen de tareas amparadas por la citada factura, desglosando en este caso lo que corresponde a mano de obra y a los materiales aportados por Ensanche 21.
- **Factura** nº 200300054, de fecha 9/12/2003, expedida por Ensanche 21 Zabalgunea, SAU, en concepto de *“2ª Certificación obras Canalización y Zanja para infraestructura telefónica en los Sectores 2 y 3 del Polígono Zablagana de Vitoria-Gasteiz”*, por importe de 109.733,07 € (más IVA). A este documento acompaña la correspondiente **medición cuantificada**, de noviembre de 2003, que recoge el resumen de tareas amparadas por la citada factura, desglosando en este caso lo que corresponde a mano de obra y a los materiales aportados por Ensanche 21.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

canalización para la conexión de EKT. Por tanto, ha quedado acreditado que EKT cuenta en esta zona con su propia infraestructura y no tiene intención de compartir la infraestructura de TESAU.

- Por último, en cuanto a la canalización cuya ocupación denuncia TESAU en San Sebastián (Paseo Ubarburu, 81 del Polígono industrial de Martutene), EKT pone de manifiesto que, según le consta, dicha canalización fue sufragada directa y exclusivamente por la propiedad del edificio, por lo tanto es privada. Se trata de una canalización que conecta la red de telecomunicaciones del polígono con el propio edificio, y pertenece al dueño de éste. Coincidiendo con el despliegue de las redes y servicios de EKT en la zona, esta propiedad permitió a EKT el uso de la canalización para posibilitar así la prestación de sus servicios de telecomunicaciones a las empresas ubicadas en el referido edificio, tal y como en su momento había hecho con TESAU.

A este respecto EKT no aporta ninguna documentación acreditativa de lo manifestado, no obstante, TESAU tampoco ha realizado ninguna alegación en contrario. Por tanto, entendiendo que TESAU no participó en la construcción de la citada infraestructura, sino que la misma fue costeada únicamente por el propietario del polígono, el cual, con posterioridad a su construcción, permitió su ocupación a TESAU y posteriormente a EKT, debemos concluir que la misma debe quedar fuera del presente conflicto.

EKT, en su escrito de alegaciones al Informe de Audiencia, solicita excluir del presente procedimiento determinada infraestructura adicional, no obstante, a juicio de esta Comisión la documentación aportada por el operador no acredita la no ocupación de las mismas.

A sensu contrario, TESAU solicita en sus alegaciones al citado Informe, que se incluyan las siguientes infraestructuras que fueron ocupadas por EKT con posterioridad a la interposición del presente procedimiento:

Bulevar de Euskalerría	Vitoria (Álava)
Zona de Ali	Vitoria (Álava)
C/ Urnieta 13	San Sebastián (Guipúzcoa)
C/ Campanario y Virgen del Coro	San Sebastián (Guipúzcoa)
Etxeberri Auzoa y Florida Kalea nº 81, 83 y 85	Hernani (Guipúzcoa)
C/ Bidezahar Etxarte nº 7	Ugao-Miraballes (Vizcaya)
Gori Kalea y Aresti Bidea	Sondita (Vizcaya)



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Teniendo en cuenta que, por un lado, la propia EKT ya comunicó a esta Comisión su intención de ocupar la mayor parte de estas infraestructuras (tal y como consta en los Antecedentes de Hecho), y por otro, la documentación aportada al respecto por TESAU, esta Comisión estima conveniente que en el acuerdo de compartición, al que deben llegar las partes conforme a los criterios fijados en la presente Resolución, sean incluidas las infraestructuras solicitadas por TESAU.

### **CUARTO.- DETERMINACIÓN DE LAS CONDICIONES DE COMPARTICIÓN.**

#### **a) Negociaciones llevadas a cabo entre las partes.**

A principios del año 2005 los operadores en conflicto acordaron iniciar una negociación de carácter marco y bilateral sobre compartición de infraestructuras de acceso ya existente, aplicable al ámbito de la Comunidad Autónoma Vasca.

Según las propias manifestaciones de los operadores, tras la celebración de las primeras reuniones se llegó a un alto grado de consenso en cuanto a los aspectos técnicos y operativos del acuerdo. Sin embargo, las divergencias surgieron respecto de la regularización de las ocupaciones ya consumadas y principalmente, en relación a las condiciones económicas a aplicar.

Respecto de las condiciones económicas, la propuesta inicial de EKT planteaba su preferencia por un modelo de pago único sobre un modelo de pagos periódicos. Asimismo, EKT diferenciaba entre el precio a pagar por las infraestructuras construidas por modelo de aportación ajena (aquellas en las que el operador tan solo habría aportado los materiales de canalización) y precio a pagar por infraestructuras ejecutadas por medios propios (aquellas en las que el operador ha costeado tanto los materiales como la obra civil).

Si bien en un principio TESAU comenzó a negociar sobre este modelo económico propuesto por EKT, tras la aprobación de las Resoluciones de esta Comisión RO 2003/1847<sup>10</sup> y DT 2004/1712<sup>11</sup>, TESAU dio un giro a la negociación solicitando a EKT la aplicación de los precios establecidos por esta Comisión.

---

<sup>10</sup> Resolución de 21 de abril de 2005, por la que se aprueba el conflicto de compartición presentado por Cableuropa, S.A.U. frente a Telefónica de España, S.A.U. concerniente a la ocupación de determinados conductos y arquetas situados en el dominio público del municipio de Jerez de la Frontera (Cádiz).

<sup>11</sup> Resolución de 2 de junio de 2005, por el que se aprueba el conflicto planteado por Cableuropa, S.A.U. contra Telefónica de España, S.A.U. por el acceso a determinadas infraestructuras soporte de la red de distribución final de cliente.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Este nuevo modelo económico fue rechazado por EKT, quedando las negociaciones en suspenso hasta la fecha.

Por tanto, a pesar de haberse alcanzado un consenso en cuanto a las condiciones generales y técnicas, no se consiguió alcanzar un acuerdo definitivo respecto de las condiciones económicas aplicables.

EKT sostiene en sus alegaciones que adicionalmente a las negociaciones anteriormente citadas, ambas partes ya tenían suscritos diversos Convenios en los que, de manera similar, se regula el régimen de uso y conservación de infraestructuras, los cuales, a su juicio podrían ser *“perfectamente aplicables a las infraestructuras objeto del conflicto planteado por TESAU”*.

En concreto, EKT indica que las condiciones de uso, conservación y mantenimiento pactadas con TESAU en el Acuerdo Marco para la construcción de infraestructuras de acceso compartidas en nuevas actuaciones urbanísticas de fecha 11 de septiembre de 2000, ya fueron extrapoladas a posteriores acuerdos firmados por las partes en conflicto sin que hubiese oposición por parte de TESAU.

A este respecto, debemos indicar que el citado Acuerdo de 11 de septiembre de 2000 al que se refiere EKT para fundamentar su argumentación no se refiere a la compartición de todas las infraestructuras de telecomunicaciones que existan en el territorio que comprende su ámbito de aplicación (Comunidad Autónoma Vasca) sino exclusivamente a aquellas *“nuevas áreas de desarrollo urbanístico en las que las partes tengan interés en disponer de infraestructuras de obra civil para planta exterior destinadas a albergar las instalaciones precisas para la prestación de los servicios de telecomunicaciones amparados por sus respectivos títulos habilitantes”*.

En este sentido, ha de aplicarse lo dispuesto en el artículo 1283 del Código Civil, donde se establece que *«cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar»*.

Además, como se ha sostenido en otras ocasiones por esta Comisión, el punto de partida de la interpretación de los contratos ha de ser –*vide* el artículo 1281 del Código Civil- la letra de la cláusula o cláusulas del contrato, debiendo ser los demás elementos subjetivos y objetivos del contrato evidentes de una intención distinta para que prevalezcan. En el presente caso no se aprecia dicha intención distinta, a la luz de los actos de las partes, ya que como se ha indicado con anterioridad, a principios del año 2005, las partes objeto del presente conflicto iniciaron una negociación de carácter marco y bilateral sobre compartición de infraestructura de acceso existente, aplicable al ámbito de la



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Comunidad Autónoma Vasca. Por tanto, los Servicios de esta Comisión no estiman justificada la alegación de EKT respecto de la existencia de un acuerdo extrapolable al caso que nos ocupa.

EKT alega, en su escrito de fecha 9 de marzo de 2009, que en el Informe de Audiencia no se han tenido en cuenta otros Acuerdos alcanzados entre ambas partes en relación a infraestructura de acceso existente, los cuales, también podrían haber sido extrapolados al presente caso.

Analizados los citados Acuerdos, se ha podido comprobar que ciertamente los mismos versan sobre infraestructuras ya existentes, no obstante, su ámbito de aplicación fue limitado por las partes a determinadas zonas geográficas (en un caso, al casco viejo de Bilbao y en los otros, a determinados polígonos industriales). Con lo cual, en base a los argumentos esgrimidos anteriormente, EKT no puede entender que las condiciones acordadas en los mismos deben ser de aplicación directa a todas las ocupaciones realizadas por EKT.

### **b) En relación a las condiciones generales y técnicas.**

Tal y como se desprende de las alegaciones de las partes, el objeto principal del conflicto radica en la falta de acuerdo sobre los precios que EKT deberá abonar a TESAU por el uso compartido de las infraestructuras en aquellos casos en los que esta última haya sufragado toda o parte de la instalación.

Durante la tramitación de las presentes actuaciones tanto TESAU como EKT han puesto de manifiesto que, durante la negociación iniciada por ambos operadores con objeto de firmar un Acuerdo Marco para el ámbito de la Comunidad Autónoma Vasca, no existieron discrepancias en cuanto a las condiciones generales y técnicas que debían ser aplicadas.

No debemos obviar el hecho de que la intervención de esta Comisión en el marco de un conflicto debe estar siempre presidida por el principio de intervención mínima, conforme al cual, debe resolver únicamente aquellos aspectos sobre los que las partes mantienen un desacuerdo.

Es éste un principio que preside la actuación administrativa con carácter general y la actuación de esta Comisión en el ámbito que ahora nos ocupa, por imperativo legal. Como se recoge en el régimen que hemos descrito, la compartición debe ser objeto de acuerdo entre las partes y sólo en defecto de éste interviene la Comisión.

Por lo tanto, esta Comisión no tiene la intención de regular exhaustivamente todos los aspectos del uso compartido sino que, en virtud del principio de intervención mínima antes citado, únicamente fijará condiciones de uso



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

compartido en aquellos puntos en que las partes han mantenido su desacuerdo.

No obstante cabe indicar que, si bien esta Comisión no va a entrar a fijar las condiciones generales y técnicas aplicables ya consensuadas por las partes, esto no es óbice para que los operadores deban realizar la ocupación de las infraestructuras de conformidad no sólo con lo pactado en los respectivos acuerdos, sino además con las condiciones específicas que, en su caso, hayan sido impuestas en las respectivas autorizaciones de uso compartido dictadas por las Administraciones competentes en la materia.

### **c) En relación a las condiciones económicas**

El objeto principal del conflicto planteado por TESAU radica en la falta de acuerdo sobre el establecimiento de precios que EKT debería abonar a TESAU por el uso compartido de las infraestructuras objeto del presente expediente.

A este respecto, la entidad EKT defiende en sus alegaciones la no obligación de pagar a TESAU por el uso de unas infraestructuras que no son propiedad de esa operadora sino que son de titularidad pública municipal y respecto de las cuales, EKT ya abona las tasas correspondientes a los respectivos Ayuntamientos.

En contestación a esta alegación, debemos reiterar que el derecho a la contraprestación económica que aquí se trata no nace del título jurídico que detenta el operador cuya infraestructura va a ser objeto de compartición, sino que esta contraprestación económica únicamente pretende compensar el coste de la infraestructura que en su día asumió el operador ahora ocupado.

Por tanto, esta contraprestación económica deberá calcularse en atención al coste que haya soportado TESAU en el momento de la construcción de la respectiva infraestructura, ya que, si se obviase este aspecto, podría producirse un enriquecimiento injusto a favor del operador entrante, que se beneficiaría del uso de unas infraestructuras costeadas, en todo o en parte, por TESAU.

Asimismo, se deberá tener en cuenta que el régimen jurídico aplicable al acceso a las de infraestructuras de TESAU ha sido modificado durante la tramitación de las presentes actuaciones. Es por ello que para el caso que nos ocupa debemos diferenciar entre las condiciones aplicables: (i) antes de la entrada en vigor de la Resolución del Mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor (ii) después de la entrada en vigor de dicho mercado.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

**i) Antes de la entrada en vigor de la Resolución del Mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor.**

En relación al precio fijado por los Servicios de esta Comisión en el Informe de Audiencia, EKT manifiesta que los precios OBA para el servicio de tendido de cable externo se refieren, tal y como indica el propio texto de la OBA, al *“uso compartido de canalización existente propiedad de Telefónica de longitud de metros”*. Por tanto, los mismos no pueden ser de aplicación al presente procedimiento ya que el supuesto de hecho del que se parte en la OBA es distinto al del presente conflicto. Con lo cual, a juicio de EKT, no cabe una aplicación directa del precio establecido en la citada Oferta.

Por otro lado, EKT solicita a esta Comisión que tenga en cuenta las condiciones económicas ya acordadas por las partes durante las negociaciones que se llevaron a cabo entre ambos operadores.

En atención a lo alegado por EKT, cabe indicar que el precio del servicio de tendido de cable externo de la OBA fue tomado en el Informe de Audiencia como referencia genérica, a falta de información mas precisa aportada por las partes sobre todas y cada una de las infraestructuras objeto del procedimiento. Como ya se ha mencionado a lo largo de la presente Resolución, este mismo criterio ya había sido aplicado por esta Comisión en anteriores Resoluciones ante supuestos similares<sup>12</sup>, sin embargo, este no es un criterio fijado de manera definitiva por esta Comisión sino que únicamente ha sido adoptado en casos puntuales y una vez analizadas las circunstancias de cada caso concreto.

Entendiendo esta Comisión justificada la solicitud de EKT, a la hora de fijar las condiciones económicas del caso que nos ocupa, y en cumplimiento del principio de intervención mínima, esta Comisión tendrá en cuenta en primer lugar si las partes previamente habían llegado a un acuerdo, y en caso contrario, la Comisión fijará los precios que estime más ajustados.

En concreto en la presente compartición, existen varios aspectos económicos que deben valorarse: (i) contraprestación económica por el uso de conductos entre arquetas, (ii) contraprestación económica por el uso de arquetas y (iii) contraprestación económica por los gastos de mantenimiento. Todos ellos se examinarán a continuación:

---

<sup>12</sup> RO 2003/1847, DT 2004/1712 y RO 2004/645.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### - **Contraprestación económica por el uso de conductos entre arquetas.**

Según las propias manifestaciones de los operadores, en el transcurso de las negociaciones previas a la interposición del presente conflicto, se llegó a un alto grado de consenso en cuanto a los aspectos técnicos y operativos del acuerdo. Asimismo, ambas partes afirman que se llegaron a consensuar determinados precios relativos al uso de conductos entre arquetas.

Por tanto, en virtud del principio de intervención mínima, a la hora de fijar contraprestaciones económicas por el uso de los citados conductos, esta Comisión considera conveniente tomar como referencia aquellos precios que ya fueron negociados y acordados por las propias operadoras en conflicto, los cuales, entendemos que ambas partes estimaban ajustados a los costes asumidos por TESAU.

En consecuencia, de acuerdo con las últimas negociaciones llevadas a cabo por TESAU y EKT, este último deberá pagar a TESAU, en concepto de canon por uso de cada metro de conducto cedido las siguientes cantidades:

- 9,5 euros/metro de conducto, como pago único para infraestructuras de aportación ajena<sup>13</sup>.
- 20,71 euros/metro de conducto, como pago único para infraestructuras construidas por medios propios.

### - **Contraprestación económica por el uso de arquetas.**

En relación a este tipo de infraestructuras, durante las negociaciones previas al conflicto, las partes no consiguieron llegar a ningún tipo de acuerdo. Por tanto, esta Comisión estima procedente tomar como referencia el precio fijado en la OBA para el servicio de tendido de cable externo<sup>14</sup>, ya que el supuesto de compartición de infraestructuras que está establecido en la OBA y el que se plantea en el presente conflicto presentan similitudes. En ambos casos, se trata de arquetas ya en uso por TESAU e instaladas en el dominio público próximas

---

<sup>13</sup> Los operadores consensuaron el pago de una cantidad que oscilaba entre la cantidad de 9 y 10 euros/metro, motivo por cual esta Comisión ha fijado un precio medio.

<sup>14</sup> El servicio de tendido de cable externo es aquel que puede ser contratado por un operador que solicita el acceso al bucle desagregado o compartido de TESAU cuando los equipos del operador no se ubican en el mismo edificio donde está alojado el repartidor principal de TESAU. Una de las opciones del servicio de tendido de cable externo permite que los cables de pares del operador se instalen a través de una canalización y unas arquetas de TESAU ya existentes. Si el operador elige esta opción, TESAU está habilitada para repercutir una cantidad mensual al operador en concepto de uso compartido de canalización y arqueta existentes, que incluye además el mantenimiento de las mismas.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

al edificio de la central, en el caso de la OBA, o a la vivienda, en el caso que nos ocupa.

Por tanto, TESAU cobrará a EKT, en concepto de uso de las arquetas definidas en este conflicto, el precio especificado en la OBA vigente, el cual está fijado en 2,36 euros mensuales, lo que se traduciría en un coste de uso anual de 28,32 €/arqueta.

### - **Contraprestación económica por los gastos de mantenimiento.**

En lo que respecta al mantenimiento de la infraestructura compartida, los operadores podrán acordar cuál de ellos se encargará de los trabajos correspondientes. Los costes habrían de repartirse según la ocupación de los elementos sujetos a uso compartido, y a falta de acuerdo entre las partes sobre los porcentajes a aplicar, se repartirán al 50% tanto en lo correspondiente al conducto compartido como a las arquetas.

Por último, en aquellos casos en que, durante la realización de algún trabajo sobre la infraestructura compartida, un operador cause daños o desperfectos sobre esta infraestructura o sobre la red del otro operador, deberá soportar los gastos de reparación que se deriven de ello, así como realizar la reparación que le corresponda en el menor tiempo posible.

### **ii) Después de la entrada en vigor de la Resolución del Mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor.**

Si bien la mayor parte de las infraestructuras objeto del presente conflicto debe regirse por lo establecido en el apartado anterior, con posterioridad a la fecha de aprobación de la Resolución de los Mercados 4-5, EKT ha comunicado la ocupación de diversas infraestructuras de TESAU. En concreto, nos referimos a las ocupaciones comunicadas a esta Comisión con fecha 16 de febrero y 27 de abril de 2009 por EKT.

Como ya se ha indicado con anterioridad, TESAU fue designado, con fecha 22 de enero de 2009, como operador con PSM en el mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor.

Entre las obligaciones impuestas al operador con PSM se encuentra la de atender las solicitudes razonables de acceso a las infraestructuras de obra civil, lo que incluye, entre otras, las canalizaciones, cámaras, arquetas, conductos y postes.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Además la citada Resolución establece que este acceso debe darse a precios regulados, en concreto, dice la Resolución “a precios orientados en función de los costes de producción a los operadores que así lo soliciten”. Para ello, la propia Resolución establece el procedimiento a seguir en relación a la fijación de los citados precios:

*“La CMT determinará el sistema de contabilidad de costes que deberá aplicarse precisando el formato y el método contable que se habrá de utilizar. Asimismo garantizará que TESAU ponga a disposición del público la descripción del sistema de contabilidad de costes empleado, determinando a tal efecto la forma, fuentes y medios conforme al artículo 11 del Reglamento de Mercados.*

*En cuanto al modelo de costes, y en relación con los estándares de costes históricos y corrientes, TESAU estará obligada a lo establecido en la Resolución de 15 de julio de 1999 sobre principios, criterios y condiciones del sistema de contabilidad de costes a desarrollar por TESAU y en la Resolución de 13 de diciembre de 2007 sobre la adaptación del Sistema de Contabilidad de costes de TESAU al nuevo marco regulatorio, y en cualquier otra que las complementen o modifiquen.*

*En relación con el estándar de costes incrementales, TESAU deberá atender lo establecido en la Resolución de 25 de mayo de 2006 sobre los Principios, Criterios y Condiciones para el desarrollo del estándar de costes incrementales de TESAU.*

*TESAU deberá justificar plenamente los precios de acceso a las infraestructuras. Esta Comisión podrá instar, cuando el operador no acredite que sus precios están orientados al coste real de su prestación, a la modificación de dichos precios, teniendo en cuenta la evolución de los precios y costes de servicios semejantes en los países de la Unión Europea, las ganancias derivadas de la productividad de los operadores y la eficacia de las nuevas inversiones, realizadas o previstas.*

*En el plazo máximo de dos meses desde la aprobación de la presente Resolución, TESAU deberá aportar una propuesta de precios de referencia para el acceso a sus infraestructuras pasivas, incluyendo los conceptos facturables que aplicará así como una propuesta de tipologías de canalizaciones cuyas características justifiquen unas condiciones económicas diferentes. Hasta el momento en que esta CMT adopte una Resolución en relación con los precios del acceso aquí descrito, la falta de acuerdo en cuanto a las condiciones económicas no deberá ser óbice para la efectividad del acceso, pudiendo las partes interponer conflicto ante la CMT al respecto y aplicándose en su caso los precios acordados o decididos a posteriori por esta Comisión de modo retroactivo”.*

Por tanto, todas aquellas comparticiones que se hayan efectuado con posterioridad a la aprobación de la citada Resolución y las futuras que se



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

realicen, deberán regirse por las condiciones y precios establecidas en la misma.

- Valoración de las alegaciones realizadas por EKT en relación a las condiciones económicas.

En las alegaciones al trámite de audiencia, EKT manifiesta que el hecho de no pagar contraprestaciones económicas a TESAU por el uso de las infraestructuras objeto del presente conflicto, en ningún caso debería ser considerado por esta Comisión como un enriquecimiento injusto a favor de ese operador, y ello en base a que (i) en el momento de proceder a la ocupación efectiva de los bienes, estos habían pasado, por cesión legal urbanística obligatoria, a ser de dominio público municipal, razón por la cual EKT paga a su titular las correspondientes tasas y (ii) porque en todo caso, el enriquecimiento injusto se habría producido a favor del promotor o dueño del suelo en el momento de la ejecución de las distintas urbanizaciones ya que fue éste el que se evitó los costes que, legalmente estaba obligado a asumir, y que finalmente fueros sufragados por TESAU.

Efectivamente, tal y como alega EKT, el artículo 16 apartado c) del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo<sup>15</sup>, establece como deber del promotor urbanístico el *“costear y, en su caso, ejecutar todas las obras de urbanización previstas en la actuación correspondiente, así como las infraestructuras de conexión con las redes generales de servicios y las de ampliación y reforzamiento de las existentes (...)”*. Asimismo, el apartado d) del citado precepto, establece que el promotor deberá *“entregar a la Administración competente, junto con el suelo correspondiente, las obras e infraestructuras a que se refiere la letra anterior que deban formar parte del dominio público como soporte del inmueble de las instalaciones propias de cualesquiera redes de dotaciones y servicios, así como también dichas instalaciones cuando estén destinadas a la prestación de servicios de titularidad pública”*.

Es decir, la normativa urbanística establece que los promotores de nuevas zonas urbanísticas deben costear las obras necesarias para la dotación, entre otras, de las infraestructuras de telecomunicaciones, y su posterior cesión a la Administración.

---

<sup>15</sup> El citado Real Decreto refunde la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, y los preceptos que aún quedaban vigentes del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

No obstante lo dicho, en las fases urbanizadoras es práctica habitual la firma de un Convenio de dotación de Infraestructuras entre los operadores de comunicaciones electrónicas y los promotores urbanísticos, en los cuales, el promotor se hace cargo de los gastos de obra civil, y los operadores asumen el coste de los materiales necesarios para la constitución de conductos, separadores y arquetas, entre otros.

Esta práctica también es utilizada por EKT, ya que en la documentación del presente expediente obran varios Convenios alcanzados por EKT y TESAU con distintos promotores<sup>16</sup> en los mismos términos antes mencionados. En estos Convenios, además del citado reparto de costes (i) se establecen compensaciones económicas para los operadores que inicialmente hubieran asumido la inversión inicial de la infraestructura, en caso de existir un tercer operador interesado en compartir las mismas y (ii) esto sin perjuicio de que las citadas infraestructuras, por imperativo legal, pasen a formar parte del dominio público del municipio correspondiente.

Es decir, la propia EKT prevé en sus propios Convenios una compensación económica en supuestos similares a los que son objeto de discusión en el presente expediente. Con lo cual, esta Comisión estima que no resultan razonables los argumentos esgrimidos por esa operadora para evitar el pago de las contraprestaciones económicas que le solicita TESAU en el presente conflicto.

Asimismo, cabe recordar, que las infraestructuras objeto del presente procedimiento no necesariamente han sido en su totalidad sufragadas por el sistema de aportaciones ajenas aquí tratado, sino que algunas de ellas habrán sido ejecutadas en zonas consolidadas, donde el operador no sólo asume el coste de los materiales sino también los costes de la obra civil.

---

<sup>16</sup> A este respecto podemos citar los siguientes:

-Convenio entre Excavaciones Arriaga, S.A., entidad promotora del proyecto de urbanización del sector "8B. de Ibaiondo" en Vitoria-Gasteiz y Telefónica de España, S.A.U. en relación con infraestructuras canalizadas de telecomunicaciones.

-Convenio entre la junta de Compensación del Polígono nº 12 de Lakua (antiguo L-14), entidad promotora del proyecto de urbanización del Polígono nº 12 del municipio de Vitoria-Gasteiz y Telefónica de España, S.A.U. en relación con infraestructuras canalizadas de telecomunicaciones.

-Convenio entre la Sociedad Urbanística Municipal de Vitoria-Gasteizko Udal Hirigintza Elkartea Ensanche 21 Zabalgunea S.A., entidad promotora del proyecto de urbanización de Zabalgana en Vitoria-Gasteiz y Telefónica de España, S.A.U. y Euskaltel, S.A. en relación con infraestructuras canalizadas de telecomunicaciones en la urbanización de los sectores 2y 3 de Zabalgana, del vigente plan general de ordenación urbana de Vitoria-Gasteiz.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### III. REGULARIZACIÓN DE OCUPACIONES DE INFRAESTRUCTURAS YA CONSUMADAS.

Durante la tramitación del presente procedimiento se ha puesto en conocimiento de esta Comisión, que EKT ha ocupado numerosas infraestructuras de TESAU. Asimismo, la propia TESAU ha manifestado que también ha llevado a cabo alguna ocupación de infraestructura de EKT.

A este respecto, TESAU solicita que esta Comisión intervenga a fin de poner coto y dar solución al problema de la reiterada práctica observada por EKT consistente en ocupar de forma irregular y utilizar las infraestructuras de acceso.

Según ha tenido ya ocasión de manifestarse esta Comisión en otros expedientes en los que TESAU ha planteado igualmente esta cuestión, actuaciones tales como las descritas no se ajustan, en modo alguno, a lo dispuesto en la normativa de telecomunicaciones, sin perjuicio de que impliquen también infracción de otras normas del ordenamiento.

Es pues de todo punto incuestionable que todo uso conjunto de unas infraestructuras por parte de los operadores ha de sostenerse en un acuerdo entre los mismos, o en su defecto en una Resolución de esta Comisión. En este sentido, cabe nuevamente recordar la reciente aprobación de la Resolución de los Mercados 4 y 5, donde se ha impuesto a TESAU la obligación de proporcionar el acceso a la infraestructura de obra civil de forma regulada y donde se establece el procedimiento a seguir por aquellos operadores que necesiten ocupar infraestructura en uso por TESAU. Por tanto, la instrumentalización futura de acuerdos entre EKT y TESAU para el uso de las infraestructuras del operador con PSM deberá llevarse a cabo a partir de ahora a través de esta vía.

Independientemente de lo que antecede, esta Comisión no puede sino condenar, con carácter general, estas prácticas ilícitas de ocupación de hecho de infraestructuras ajenas de telecomunicaciones. No obstante, la eventual existencia de diversas ocupaciones irregulares en las que pudiera encontrarse tanto EKT como la propia TESAU, no puede ser resuelta en el marco del presente conflicto, debiendo esta controversia ser planteada ante los tribunales ordinarios.

En atención a lo recogido en los anteriores Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho,



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### RESUELVE

**Único.-** Telefónica de España, S.A.U. y Euskaltel, S.A., deberán, en el plazo de 20 días hábiles a partir de la fecha de la Resolución del presente expediente, hacer efectiva la formalización por escrito del acuerdo de uso compartido de infraestructuras objeto del presente expediente, en el cual se deberán incluir las condiciones económicas establecidas en el Fundamento de Derecho Cuarto de la presente Resolución, debiendo asimismo enviar copia a esta Comisión en el plazo de 20 días hábiles desde su formalización.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el artículo 23.2 del texto consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado por la Resolución de su Consejo de 20 de diciembre de 2007 (B.O.E. de 31 de enero de 2008), con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso Contencioso-Administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

***El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Ignacio Redondo Andreu, con el Visto Bueno del Presidente, Reinaldo Rodríguez Illera.***