



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

JORGE SANCHEZ 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 12/11 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 7 de abril de 2011, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la

Resolución por la que se da contestación a la consulta planteada por la entidad Euskaltel, S.A. en relación con determinados límites impuestos por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz en relación con los derechos de ocupación del dominio público (RO 2011/155).

I. ANTECEDENTES

Con fecha 24 de enero de 2011, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de Euskaltel, S.A. (en adelante, Euskaltel) mediante el cual solicita que esta Comisión le clarifique determinados aspectos relativos a la ocupación de infraestructuras para el despliegue de una red de fibra óptica.

En concreto, Euskaltel manifiesta lo siguiente:

- Que con fecha 29 de abril de 2010 solicitó al Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz los correspondientes permisos para ocupar el dominio público a los efectos de construir instalaciones de canalización propias en la C/ Portal de Lasarte, 71, para la prestación de servicios de telecomunicaciones al Instituto Vasco de Educación Física.
- Que vista la citada solicitud, el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, por Resolución de la Concejala-Delegada del Servicio de Vía Pública de 18 de mayo de 2010, manifiesta que *“La red propuesta circula paralela a la red de Telefónica existente en la zona. Deberían justificar que no hay conducciones suficientes en el prisma de Telefónica antes de pedir una nueva ocupación de dominio público”*.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que ante la imposición municipal de justificar la existencia o no de conducciones suficientes, Euskaltel procedió a la apertura de una arqueta de Telefónica en la zona constatando la existencia de un único conducto libre en el prisma de Telefónica, conducto que suele dejarse vacante por razones de mantenimiento.
- Que con fecha 11 de junio de 2010, Euskaltel presentó un nuevo escrito al Ayuntamiento poniendo de manifiesto la circunstancia anterior y solicitando la preceptiva autorización para ocupar el dominio público municipal a los efectos de instalación de sus propias infraestructuras.
- Que con fecha 29 de julio de 2010, al haber considerado el Ayuntamiento insuficiente la información aportada en el escrito de 11 de junio, Euskaltel procede nuevamente a presentar solicitud de ocupación de dominio público, aportando esta vez un plano de detalle donde se muestran los servicios existentes en la zona.
- Que tras la presentación del citado escrito, el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz se dirigió a esa entidad exigiendo la compartición de infraestructura con Telefónica en aplicación de la Oferta Marco y la obligatoriedad de suscribir un acuerdo con Telefónica con el objetivo de evitar que se realicen nuevas ocupaciones del dominio público municipal.
- Que, ante tal requerimiento, Euskaltel mantuvo diversos contactos con el Ayuntamiento para indicarles la imposibilidad de uso de la Oferta Marco dado que el despliegue de red pretendido por esa entidad, cuya conexión incluye tanto cables coaxiales como pares de cobre (red HFC), queda fuera del ámbito de aplicación de la citada oferta.
- Que con fecha 2 de diciembre de 2010, el Ayuntamiento notificó a Euskaltel la Resolución de 23 de noviembre de 2010 de la Concejala-Delegada del Servicio de Vía Pública, en virtud de la cual se otorgaba a esa entidad licencia de obra y ocupación del dominio público municipal para conexión del Instituto Vasco de Educación Física en la calle Portal de Lasarte nº 71, incluyendo en las condiciones especiales recogidas en dicha Resolución la siguiente: *“Esta licencia es únicamente para el tendido de cables de pares de cobre para la prestación de servicios de voz al cliente final”*.
- Que no estando de acuerdo con el contenido de dicha condición, Euskaltel ha interpuesto Recurso de Reposición contra la citada Resolución.

En base a lo anterior, Euskaltel solicita a esta Comisión que se pronuncie sobre la licitud de los siguientes extremos:

- Si resulta ajustado a la normativa sectorial vigente que el titular del dominio público obligue a un operador de comunicaciones electrónicas a prestar sus servicios a través de la Oferta Marco de Telefónica. Si resulta ajustado a la citada normativa sectorial el otorgamiento de una licencia de obra y de ocupación de dominio público



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

municipal limitando su posterior ocupación a un tipo de tecnología (pares de cobre) y a un uso determinado (voz).

II. HABILITACIÓN COMPETENCIAL

Según lo establecido en el artículo 48.3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tiene 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 competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, conforme a lo previsto por 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”*. Para el cumplimiento de este objeto, la Ley atribuye a esta Comisión determinadas funciones, además de cualesquiera otras que legal o reglamentariamente se le atribuyan o le encomienden el Gobierno o el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.

Por su parte, el Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por el Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, atribuye a esta Comisión, en el artículo 29.2 a) la competencia para *“resolver las consultas que puedan formularle los operadores de redes y servicios de telecomunicación y las asociaciones de consumidores y usuarios de estos servicios”*.

Con carácter general, y conforme a lo señalado por esta Comisión en distintos acuerdos contestando consultas que le han sido planteadas, ha de entenderse que las consultas a las que se refiere el artículo 29.2 a) del Reglamento de la CMT pueden referirse a los siguientes ámbitos:

- Las normas que han de ser aplicadas por la Comisión;
- Los actos y disposiciones dictados por la Comisión;
- Y las situaciones y relaciones jurídicas sobre las cuales ha de ejercer sus competencias la Comisión.

La consulta que Euskaltel plantea a esta Comisión, se refiere a la interpretación normativa relativa a los derechos de los operadores de comunicaciones electrónicas de ocupación de dominio público. Teniendo en cuenta los criterios mantenidos hasta el momento, puede entenderse que la consulta formulada se encuentra en el ámbito previsto en el citado artículo 29.2 a).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

III. MARCO JURIDICO APLICABLE

a) Régimen jurídico general del derecho de ocupación del dominio público y uso compartido previsto en la LGTel.

La LGTel, siguiendo el marco normativo europeo de comunicaciones electrónicas, califica, en su artículo 2, las telecomunicaciones como servicios de interés general. Esta consideración conlleva, entre otras cuestiones, que a los operadores de comunicaciones electrónicas les son exigibles el cumplimiento de determinadas obligaciones –principalmente recogidas en el Capítulo I del título III de la LGTel- y les son reconocidos determinados derechos, entre los que destacan, a efectos de esta Resolución, los recogidos en el Capítulo II del mismo título III sobre los “Derechos de los operadores a la ocupación del dominio público”.

En concreto, la legislación española reconoce a los operadores de comunicaciones electrónicas el derecho a la ocupación del dominio público en la medida en que ello sea necesario para el establecimiento de la red de comunicaciones electrónicas de que se trate (artículos 26.1 de la LGTel y 57 del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por Real Decreto 424/2005, de 15 de abril).

Efectivamente, la actividad en que consiste la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas no puede llevarse a cabo sin incurrir en la utilización del terreno físico. Por tanto, para hacer posible dicha actividad es necesario permitir la ocupación del suelo o dominio público en el que deben ubicarse las infraestructuras de telecomunicaciones, a través de una autorización por parte de la Administración local competente. Este derecho a la ocupación del dominio público por los operadores no es absoluto ni exigible *erga omnes*, puesto que está supeditado por un lado, a la necesidad del establecimiento de una red de comunicaciones electrónicas por parte del operador, y por otro, a la posibilidad de que la Administración competente titular del dominio público pueda matizar e incluso denegar esta ocupación por razones establecidas en los artículos 28 y 29 de la LGTel. Estas relaciones entre las Administraciones titulares de dominio público y los operadores deben ser auspiciadas por los principios de no discriminación entre operadores y el mantenimiento de condiciones de competencia efectiva en el mercado (artículo 26.2 in fine LGTel).

El artículo 28 de la LGTel establece que será de aplicación en la ocupación del dominio público y la propiedad privada para la instalación de redes públicas de comunicaciones electrónicas, la normativa específica dictada por las Administraciones con competencias en medio ambiente, salud pública, seguridad pública, defensa nacional, ordenación urbana o territorial y tributación. Como establece el artículo 29, esta normativa debe reconocer, en todo caso, el derecho de ocupación del dominio público y la propiedad privada, pudiendo imponer condiciones al ejercicio de dichos derechos por los operadores, justificadas por los motivos apuntados en el precepto



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

citado, sin que dichas condiciones o límites puedan implicar restricciones absolutas al ejercicio de dicho derecho.

Por tanto, se debe concluir que el ordenamiento jurídico sectorial de comunicaciones electrónicas reconoce el derecho de los operadores al uso del dominio público. No obstante, estos derechos no son absolutos ya que la propia LGTel admite la posibilidad de establecer restricciones a la ocupación del dominio público local siempre que estas limitaciones puedan justificarse, por razones de medio ambiente, salud pública, seguridad pública, la defensa nacional o la ordenación urbana y territorial.

En consecuencia, en el caso que, justificado en los motivos anteriormente establecidos, la Administración titular del dominio público impusiera una condición que pudiera implicar la imposibilidad, por falta de alternativas, de llevar a cabo la ocupación del dominio público o la propiedad privada por separado, el establecimiento de dicha condición deberá ir acompañado de las medidas necesarias, entre ellas, el uso compartido de infraestructuras, para garantizar el derecho de ocupación de los operadores y su ejercicio en condiciones de igualdad.

De este modo, la LGTel obliga a la Administración a imponer la utilización compartida cuando no existan otras alternativas por razones medioambientales, de salud o seguridad pública y ordenación urbana y territorial. En efecto, el artículo 30.2 de la LGTel preceptúa que:

“Cuando los operadores tengan derecho a la ocupación de la propiedad pública o privada y no puedan ejercitar por separado dichos derechos, por no existir alternativas por motivos justificados en razones de medio ambiente, salud pública, seguridad pública u ordenación urbana y territorial, la Administración competente en dichas materias, previo trámite de información pública, acordará la utilización compartida del dominio público o la propiedad privada en que se van a establecer las redes públicas de comunicaciones electrónicas o el uso compartido de las infraestructuras en que se vayan a apoyar tales redes, según resulte necesario”.

Por tanto, la razón de ser del instituto de la compartición es hacer compatible la defensa de los bienes que protege la ordenación territorial urbanística, la salud pública o el medio ambiente, con el despliegue de redes de comunicaciones electrónicas, siendo los titulares del dominio público o los órganos con competencias en las citadas materias, los que deben apreciar la situación de necesidad que lleva a imponer la utilización compartida del dominio público en que se vayan a establecer las redes públicas de comunicaciones electrónicas o el uso compartido de las infraestructuras en que se vayan a apoyar tales redes.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

b) Nuevo contexto jurídico y regulatorio aprobado a raíz de la revisión de los mercados de banda ancha por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Con fecha 22 de enero de 2009, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones adoptó 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 y la imposición de obligaciones específicas (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 Telefónica 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.

Las obligaciones de no discriminación y transparencia establecidas en la citada Resolución han permitido la configuración de una oferta de acceso mayorista a las infraestructuras pasivas (Oferta Marco) que se encuentran ya a disposición de los operadores alternativos¹. No obstante, cabe precisar que esta facilidad tan sólo está disponible para aquellos operadores que tengan intención de desplegar redes de fibra óptica o cable coaxial siempre que las infraestructuras en uso por Telefónica que tengan intención de ocupar se encuentren dentro del ámbito territorial² definido en la Resolución de 19 de noviembre de 2009 sobre el análisis de la oferta de acceso a conductos y registros de Telefónica de España, S.A.

Por tanto, tras la aprobación de la citada Resolución de 22 de enero de 2009, se ha establecido un nuevo régimen jurídico aplicable al acceso a infraestructuras de obra

¹ Con fecha 19 de noviembre de 2009 se aprobó la Resolución sobre el análisis de la Oferta de acceso a conductos y registros de Telefónica de España, S.A. y su adecuación a los requisitos establecidos por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (MTZ 2009/1223).

² En concreto, la Oferta Marco debe estar disponible para el despliegue de la red de acceso del operador solicitante siempre y cuando éste se produzca en tramos urbanos entendiendo por “tramo urbano” aquel que discurre en su totalidad por suelo clasificado por la Ley del Suelo como urbanizado así como aquel para el que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística prevean o permitan su paso a la situación de suelo urbano (lo que tradicionalmente se conocía por suelo urbanizable).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

civil de Telefónica sitas tanto en dominio público como en dominio privado, que se aplicará como medida alternativa al ámbito general previsto en la normativa sobre el derecho al uso del dominio público (artículos 26 al 30 de la LGTel).

IV. IDENTIFICACIÓN Y DESCRIPCIÓN DEL TIPO DE RED A LA QUE SE REFIERE LA PRESENTE CONSULTA.

Antes de entrar en el análisis más pormenorizado de las cuestiones planteadas por Euskaltel, interesa clarificar a qué tipo de despliegue de red se está haciendo referencia en la presente consulta.

De la documentación aportada por Euskaltel se desprende que la solicitud de ocupación de dominio público tiene por objeto el despliegue de un tramo de red de acceso, en concreto la licencia de obra solicitada se refiere al tramo que discurre en la C/ Portal de Lasarte, 71 de Vitoria- Gasteiz y con ella se pretende prestar servicios de telecomunicaciones al Instituto Vasco de Educación Física (IVEF).

Euskaltel describe su red de acceso como la suma de dos redes independientes y superpuestas: una encargada de llevar señales de televisión y datos, y otra para voz.

Las señales de televisión y datos se transportan mediante una red HFC (*Hybrid Fibre Coaxial*) que utiliza como medio de transmisión la fibra óptica hasta los nodos finales y cable coaxial en la parte de distribución.

El transporte de voz y datos se compone de dos partes: desde las cabeceras hasta los nodos finales es una red SDH (*Synchronous Digital Hierarchy*) que utiliza la misma infraestructura de fibra que la red HFC, y al llegar a los nodos ópticos finales se separan los canales SDH en pares de cobre trenzados que llegan hasta las viviendas y locales de los clientes.

Por tanto, la red de acceso de Euskaltel, objeto de la presente consulta, distribuirá la señal de televisión y datos a través del cable coaxial, mientras que el servicio de telefonía y, en algún caso también, el servicio de datos se ofrecerá a través de cables de pares.

Según Euskaltel esta red de acceso está constituida *“por una parte, por la Red de Distribución Horizontal que va desde el nodo óptico a las cajas y/o taps, y por otra por la Red de Acometida a Abonado o Red de Distribución Vertical que comprende desde el tap o caja hasta los puntos de terminación de red o PTRs, ubicados en la proximidad de la entrada de los clientes”*. La red de distribución horizontal *“presenta una estructura en estrella en el caso de la red de pares, y una estructura en árbol con cuatro ramas principales tras el nodo C, alimentando cada una de ellas a uno o varios amplificadores”*. Asimismo, se indica en el citado documento que para el caso de la conexión al Instituto Vasco de Educación Física (objeto de la Consulta) se contempla el tendido de cables de pares de cobre para la prestación del servicio de voz al cliente final.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Puede constatarse pues que el despliegue planteado por Euskaltel y que es objeto de la presente consulta consiste en una red donde cables coaxiales y cables de pares de cobre se despliegan en paralelo desde el nodo final (denominado Nodo-C) hasta el punto de terminación de red (PTR)³, siendo esta arquitectura habitual en despliegues de redes de cable.

V. CONTESTACIÓN A LAS CUESTIONES PLANTEADAS POR EUSKALTEL

Una vez determinado el marco normativo aplicable a la ocupación del dominio público por parte de los operadores para la instalación de redes públicas de comunicaciones electrónicas y las características técnicas del despliegue de red que Euskaltel pretende llevar a cabo, procede ahora examinar las cuestiones concretas expuestas por este operador.

Como se indicaba en los antecedentes de hecho de la presente Resolución, Euskaltel plantea consulta a esta Comisión ante las dificultades que está encontrando para desplegar un tramo de su red de acceso en el dominio público del municipio de Vitoria-Gasteiz.

Euskaltel manifiesta que el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz le está imponiendo una serie de condicionantes que dificultan su despliegue por el referido municipio. En concreto, Euskaltel expone que, ante una solicitud de uso de dominio público, el Consistorio ha procedido a autorizar la instalación de una nueva infraestructura de obra civil sobre su dominio público, no obstante, ha limitado el uso de la misma al despliegue de pares de cobre impidiendo el despliegue en paralelo de su cable coaxial. Para el despliegue de este último, el Ayuntamiento exige a Euskaltel que haga uso de la Oferta Marco de Telefónica.

En atención a los hechos relatados, Euskaltel plantea dos cuestiones a fin de que sean clarificadas en la presente consulta:

- **Si en el presente caso el operador debe hacer uso de la Oferta Marco de Telefónica**

En primer lugar esta Comisión estima necesario aclarar que la Resolución de los Mercados 4-5 impone a Telefónica, en tanto operador con PSM, la obligación de atender solicitudes razonables de acceso a sus infraestructuras de obra civil. Esta medida regulatoria se introduce con el objetivo de fomentar que los operadores alternativos se encuentren en igualdad de condiciones para acometer sus despliegues de acceso de nueva generación (NGA). Es decir, se pretende facilitar el despliegue de redes NGA.

³ Aunque como reconoce la documentación de Euskaltel también pueden requerirse enlaces de fibra óptica para clientes que demandan una gran cantidad de servicios.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Teniendo en cuenta lo anterior, de conformidad con la regulación y normativa actual, aquel operador que pretenda desplegar redes NGA podrá optar, o bien por (i) acudir a la Oferta Marco de Telefónica (compartiendo la infraestructura en uso por Telefónica), o si lo prefiere, (ii) solicitar el uso de dominio público a la Administración titular de dicho bien, de conformidad con lo establecido en los artículos 26 a 29 de la LGTel, (para realizar su propia infraestructura).

Por tanto, la decisión de solicitar acceso a la Oferta Marco ha de ser tomada por el propio operador en función de sus necesidades de despliegue y no puede ser impuesta a voluntad de la Administración titular del dominio público sin justificación alguna, en cuanto que la obligación de atender solicitudes razonables de acceso es una medida regulatoria impuesta a Telefónica pero que, en modo alguno, debe condicionar el despliegue de los operadores alternativos que no deseen acogerse a la oferta de referencia de este operador⁴.

Todo ello sin perjuicio de que, recibida una solicitud de uso del dominio público y una vez constatada la imposibilidad de ejercitar de forma separada los derechos de ocupación del mismo (por motivos de medio ambiente, salud pública, seguridad pública u ordenación urbana y territorial), la Administración competente pueda declarar la necesidad de compartir las infraestructuras existentes, en virtud del artículo 30 de la LGTel.

En el caso que nos ocupa, Euskaltel manifiesta que hasta la fecha no ha firmado un Acuerdo Marco con Telefónica dado que la tecnología que utiliza para desplegar su red de acceso no se encuentra recogida en el ámbito de aplicación de la propia oferta.

Efectivamente, la Resolución de 19 de noviembre de 2009, establece expresamente que la obligación de Telefónica de dar acceso a su infraestructura de obra civil está limitada a despliegues de redes NGA, entendiendo por NGA aquellas tecnologías cuyo denominador común sea la utilización principal de fibra óptica y la capacidad de transmisión de datos a gran velocidad. Es decir, el ámbito de aplicación de la Oferta Marco se reduce a despliegues de fibra óptica y cable coaxial, dejando fuera de la misma el tendido de pares de cobre por no tener esta tecnología la consideración de NGA.

La posibilidad de despliegue de redes de acceso típicas de los operadores de cable (coaxial-multipar) en aplicación de la Oferta Marco ha sido objeto de análisis en la Resolución de 8 de abril de 2010⁵. En la citada Resolución, aceptando el hecho de que la infraestructura de obra civil es un recurso limitado, y en ocasiones escaso, se estimó necesario priorizar ciertos criterios de eficiencia en el uso compartido de las citadas infraestructuras con el objetivo de evitar que dicho recurso se agotase. Dado lo

⁴ En cuyo caso entrarían en juego los mecanismos fijados en la LGTel para llevar a cabo la ocupación (artículo 26 a 29) o, en casos justificados, el uso compartido del dominio público (artículo 30).

⁵ Resolución de 8 de abril de 2010, por la que se resuelve el recurso de reposición interpuesto por varias entidades contra la Resolución de 19 de noviembre de 2009.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

anterior, y teniendo en cuenta que los operadores de cable realizan generalmente un despliegue conjunto coaxial-multipar, se indicó expresamente que este despliegue tampoco estaba incluido en el ámbito de aplicación de la Oferta Marco. En concreto, la citada Resolución indicaba lo siguiente:

“En definitiva, y en el caso que nos ocupa, el principio de neutralidad tecnológica establecido en el artículo 3 de la LGTel ha de conjugarse con el criterio de eficiencia en el uso de un recurso, como las canalizaciones y demás elementos de la infraestructura pasiva, que es limitado, lo que nos lleva a entender que resulta justificado limitar el derecho de acceso a las infraestructuras a los despliegues de fibra óptica o tecnologías distintas a ésta pero sustitutivas en términos de eficiencia.

En respuesta al planteamiento de ONO, en primer lugar debe reiterarse el criterio ya sentado en la Resolución recurrida de que el tendido de par de cobre no puede ser considerado en ningún caso una tecnología de acceso de nueva generación, y por tanto en ningún caso puede tener cabida su despliegue en las canalizaciones atendiendo a los criterios de eficiencia ya expuestos. Siendo esto así, todavía está menos justificado autorizar el despliegue de una línea de cobre que se utiliza exclusivamente para dar un servicio de voz, como ocurre en el caso de ONO. Por otro lado, siguiendo un razonamiento de optimización de recursos, tampoco puede admitirse en el ámbito de aplicación de la Oferta el despliegue del conjunto coaxial-multipar”.

Por tanto, dado que el despliegue que pretendía realizar Euskaltel en el municipio de Vitoria-Gasteiz no podría llevarse a cabo en uso de la Oferta Marco, esta entidad se dirigió a ese Consistorio para solicitar el uso de dominio público con el objeto de crear su propia infraestructura sobre el citado bien.

- Si las limitaciones impuestas por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz pueden ser consideradas conformes a la normativa sectorial de Telecomunicaciones

Como ha quedado señalado con anterioridad, el artículo 26.1 de la LGTel reconoce el derecho de los operadores a la ocupación del dominio público en la medida en que ello sea necesario para el establecimiento de la red pública de comunicaciones electrónicas.

Asimismo, la LGTel exige que las Administraciones Públicas garanticen el ejercicio del derecho de ocupación en **igualdad de condiciones**, así como que cualquier limitación del mismo resulte **proporcionada** en relación con el interés público que se trate de salvaguardar.

Es decir, este derecho que asiste a los operadores no puede verse condicionado por las Administraciones públicas titulares del dominio público *per se*, sino que, la limitación de este derecho debe ser algo excepcional y únicamente por las razones



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

tasadas en la Ley, no pudiendo suponer tales limitaciones nunca una restricción absoluta al derecho de la ocupación del dominio público.

Estos condicionantes en el ejercicio de sus competencias a las Administraciones titulares del dominio público han sido, a su vez, consagrada por el Tribunal Supremo en varias ocasiones, Sentencia de 24 de enero de 2000, Sentencia de 18 de junio de 2001 y Sentencia de 15 de diciembre de 2003, de la siguiente forma:

*“(...) El ejercicio de dicha competencia municipal en orden al establecimiento de exigencias esenciales derivadas de los intereses cuya gestión encomienda el ordenamiento a los Ayuntamientos no puede traducirse, en ningún caso, en restricciones absolutas al derecho de los operadores al uso u ocupación del dominio público municipal, ni siquiera en limitaciones que resulten manifiestamente desproporcionadas. Por ello, puede resultar útil, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional y la Jurisprudencia de esta Sala, el examen de los preceptos cuestionados desde las perspectivas de los parámetros que sirven para determinar la **existencia de proporcionalidad**; esto es, la idoneidad, utilidad y correspondencia intrínseca de la entidad de la limitación resultante para el derecho y del interés público que se intenta preservar”.*

Por tanto, no obstante la regla general es que los operadores tienen derecho a la ocupación del dominio público, las Administraciones titulares del espacio físico podrán imponer condiciones al ejercicio de este derecho a los operadores de forma excepcional y siempre que las mismas estén suficientemente justificadas por los requisitos establecidos en la LGTel. Visto lo anterior, debemos analizar si la actuación del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz puede suponer una vulneración de la normativa de telecomunicaciones. En concreto esta Comisión va a analizar, por un lado, si existe una proporcionalidad entre la limitaciones impuestas por el consistorio y el interés público a proteger y, por otro lado, si la decisión del Consistorio pueden dar lugar a una situación de trato desigual en las condiciones de acceso por parte de los operadores a las infraestructuras de obra civil.

1) Si existe proporcionalidad entre las limitaciones impuestas por el Consistorio y el interés público a proteger.

En el caso que nos ocupa, el Consistorio ha otorgado una autorización de dominio público para construir una infraestructura de telecomunicaciones. No obstante, en la Resolución de autorización el Ayuntamiento limita la posibilidad de uso de esta infraestructura al despliegue de redes de una tecnología determinada y para un uso concreto, todo ello sin motivar ni justificar de modo alguno la adopción de las condiciones impuestas de conformidad con lo establecido en la LGTel. Es decir, el Ayuntamiento no hace explícitas las razones de interés público por las que toma tal decisión.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En este sentido las condiciones especiales 7 y 8 de la citada Resolución establecen expresamente lo siguiente:

“7. ESTA LICENCIA ES UNICAMENTE PARA EL TENDIDO DE CABLES DE PARES DE COBRE PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE VOZ AL CLIENTE FINAL.

8. Euskaltel deberá justificar adecuadamente este uso único, en ningún caso se distribuirá señal de televisión, ni datos por esta infraestructura”.

En este sentido cabe destacar que, desde un punto de vista estrictamente funcional, sería posible hacer discurrir los cables de pares y los cables coaxiales por infraestructuras de obra civil paralelas siempre que tuvieran un origen y un final común.

Tal opción tendría poco sentido desde un punto de vista técnico y económico, puesto que ubicar los cables en infraestructuras paralelas no supone ninguna ventaja para el operador que realiza el despliegue mientras que le acarrea unos costes de despliegue y operación superiores. En efecto, una vez construida una nueva infraestructura (como la necesaria en el caso planteado para el despliegue del cable de pares), el coste y plazo de instalación de un cable de pares junto a un coaxial es prácticamente el mismo al poder realizarse en la misma operación. En otras palabras, el coste incremental de la instalación del cable coaxial en una infraestructura donde se despliegue el cable de pares es prácticamente nulo.

Por el contrario, instalar el cable de pares por una infraestructura propia y el coaxial por los conductos de Telefónica supone duplicar las actuaciones para la instalación de los cables y añade a la planificación y ejecución de la obra civil la necesidad de tramitar en paralelo el acceso a los conductos de Telefónica y la propia instalación de los cables en su infraestructura.

Desde el punto de vista de los costes recurrentes, un despliegue de los cables en paralelo también supone mayores costes para el operador que despliega, al tener que efectuar periódicamente pagos a Telefónica por el alquiler de los conductos. Si bien tal operación es óptima cuando el operador que realiza el despliegue evita con ello la construcción de una infraestructura de obra civil alternativa, esta ventaja deja de existir cuando la construcción de conductos en paralelo es indispensable, tal y como sucede en el caso planteado al no poder Euskaltel recurrir a la infraestructura de Telefónica para instalar el cable de pares.

En definitiva, desde un punto de vista operacional, desplegar el cable coaxial por la infraestructura de Telefónica y el de pares por una infraestructura propia supone mayores complicaciones, al depender el operador alternativo para parte del despliegue de los servicios de Telefónica para servicios como la reparación de averías o las operaciones de mantenimiento preventivo.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En este sentido cabe recordar que, la obligación de acceso a las infraestructuras de obra civil impuesta a Telefónica, tiene como objetivo fundamental eliminar el cuello de botella detectado en relación con el acceso a las infraestructuras pasivas y fomentar que los operadores alternativos puedan actuar en igualdad de condiciones frente al operador declarado con PSM para acometer sus despliegues de redes NGA. No obstante, el uso de la Oferta Marco, tal y como plantea el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, lejos de facilitar el despliegue de este operador, lo que consigue es acrecentar y agravar sus costes de despliegue.

2) Si la decisión del Consistorio puede suponer un trato desigual respecto al resto de operadores.

El principio de igualdad en el trato que las Administraciones Públicas dispensan a los operadores de comunicaciones electrónicas se encuentra recogido en la legislación de telecomunicaciones como corolario del régimen de competencia que mediante dicha legislación se promueve, y tiene su reflejo concreto en varios preceptos. Así, el artículo 3 de la LGTel señala como objetivos y principios de esta Ley, que por tanto deberán inspirar la actuación de todas las Administraciones Públicas, entre otros:

- a) *“Fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones y, en particular, en la explotación de las redes y en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y en el suministro de los recursos asociados con ellos. Todo ello promoviendo una inversión eficiente en materia de infraestructuras y fomentando la innovación. (...)”*
- c) *Promover el desarrollo del sector (...) en condiciones de igualdad (...).*
- d) *Hacer posible (...) el acceso a los derechos de ocupación de la propiedad pública y privada”.*

Asimismo los artículos 26 y 29 de la LGTel se refieren a esta igualdad entre los operadores y exige que las Administraciones Públicas garanticen el ejercicio del derecho de ocupación en **igualdad de condiciones**.

En este sentido cabe indicar que la autorización otorgada por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz a Euskaltel para realizar la citada infraestructura impone como condición adicional la de realizar un proyecto que contemple canalización excedentaria que permita el paso a un futuro operador. La Resolución expresamente indica:

“1. El proyecto debe contemplar canalización excedentaria disponible para futuros operadores. El beneficiario de la licencia se compromete a no condicionar y facilitar la ejecución de las obras e implantación de elementos que una hipotética nueva operadora pudiera necesitar para hacer funcionar la canalización excedentaria.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2. El operador titular de la licencia se compromete a permitir el hipotético paso de un futuro operador con derecho a utilizar la canalización excedentaria, a través de todas las arquetas”.

Es decir, mientras la Resolución de 23 de noviembre de 2011 de la Concejala-Delegada del Servicio de Vía Pública del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz limita el despliegue de la red de Euskaltel tanto por la tecnología (únicamente pares de cobre) como por su uso (únicamente para dar un servicio de voz), estas limitaciones no serán aplicables a futuros operadores que tengan la intención de desplegar redes en el citado municipio sobre la infraestructura de obra civil desarrollada por Euskaltel. Es decir, con esta decisión el Consistorio estaría dando un trato más beneficioso a los futuros operadores, en relación con el trato que se dispensa a Euskaltel frente al acceso a las canalizaciones de Telefónica.

En base a todo lo indicado anteriormente, esta Comisión debe concluir que las condiciones de despliegue impuestas por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz deben ser consideradas como una restricción carente de justificación objetiva, contraria al derecho de ocupación de bienes demaniales que recoge tanto el artículo 26 como el 29 de la LGTel, por tanto, las mismas deberían ser suprimidas.

VI. CONCLUSIONES

Primera.- El ordenamiento jurídico sectorial de comunicaciones electrónicas reconoce el derecho de los operadores al uso del dominio público. Este derecho no es absoluto, ya que la propia LGTel admite la posibilidad de establecer limitaciones a la ocupación del dominio público local, siempre que estas limitaciones puedan justificarse por razones de medio ambiente, salud pública, seguridad pública, la defensa nacional o la ordenación urbana y territorial, y siempre que dichas condiciones o límites no impliquen restricciones absolutas al ejercicio de dicho derecho.

En todo caso, constatada la imposibilidad de ejercitar por separado los derechos de ocupación del dominio público, la Administración competente podría declarar la necesidad de compartir las infraestructuras existentes de conformidad con lo establecido en el artículo 30 de la LGTel.

Segunda.- Las condiciones de despliegue impuestas por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz a Euskaltel dificultan y encarecen de manera innecesaria la instalación y la gestión de la red que se pretende instalar, son contrarias al principio de neutralidad tecnológica que se recoge en la Directiva Marco y no garantizan el derecho de ocupación en condiciones de igualdad de acuerdo con la LGTel. Por ello, deben ser consideradas contrarias al derecho de ocupación de bienes demaniales que recogen tanto el artículo 26 como el 29 de la LGTel, dado que no se ha justificado ninguna razón de interés público que justifique su imposición.

Tercera.- Las condiciones impuestas por el Consistorio no resultan proporcionadas en relación con el interés público que se pretende salvaguardar.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y en el artículo 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior aprobado por Resolución del Consejo de la Comisión de fecha 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.

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