



MIGUEL SÁNCHEZ BLANCO, Director de Asesoría Jurídica de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en sustitución, por vacante, del Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (artículo 6.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por la Resolución de su Consejo de 30 de marzo de 2012, B.O.E. nº 149 de 22.06.2012), 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 24/13 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 20 de junio de 2013, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la

Resolución por la cual se resuelve el conflicto de compartición presentado por la entidad Telefónica de España, S.A.U. frente a la entidad Canal Don Benito, S.L. concerniente a la ocupación de determinadas infraestructuras situadas en el municipio de Don Benito.

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Escrito de solicitud presentado por Telefónica de España, S.A.U. contra Canal Don Benito, S.L.

Con fecha 2 de octubre de 2012, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica), en virtud del cual plantea un conflicto de uso compartido de infraestructuras frente a la entidad Canal Don Benito, S.L. ante la ocupación por ésta de determinada infraestructura de Telefónica sita en el municipio de Don Benito.

En particular, Telefónica realiza las siguientes alegaciones:

- Que en el mes de enero de 2011, a través de sus servicios de mantenimiento y conservación, Telefónica detectó que las infraestructuras que posee esa entidad en la localidad de Don Benito, para la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas, habían sido ocupadas de forma irregular por Canal Don Benito.
- Que con el fin de aclarar la situación, con fecha 7 de marzo de 2011, el Alcalde de Don Benito convocó a ambas entidades a una reunión.

En la misma, Telefónica informó a Canal Don Benito de que carecía de autorización tácita o expresa de Telefónica para ocupar sus infraestructuras de conformidad con el régimen jurídico de compartición vigente.



Por su parte Canal Don Benito negó la necesidad u obligación jurídica de obtener autorización de Telefónica, como titular y usuaria de las infraestructuras ocupadas, al considerar que formaban parte del dominio público y su uso estaba abierto a la libre ocupación de los operadores alternativos.

- Que ante la reincidencia de Canal Don Benito en la ocupación por la vía de hecho de las infraestructuras de Telefónica, se efectuaron varios requerimientos telefónicos por parte de los responsables de Telefónica, informándoles de la legalidad vigente en materia de compartición de infraestructuras y de la necesidad de llegar a un acuerdo que permitiera preservar la seguridad y mantenimiento de las mismas.
- Que posteriormente, y ante la negativa de Canal Don Benito de desistir de su acción invasora de las infraestructuras de Telefónica, con fecha 30 de marzo de 2011, se remitió burofax a Canal Don Benito exigiendo el restablecimiento de las infraestructuras titularidad de Telefónica al estado en que se encontraban con anterioridad a la ocupación ilícita o, alternativamente, se proponía la firma de un Acuerdo de regularización y uso compartido de la mencionada infraestructura.
- Que con fecha 9 de mayo de 2011, Telefónica recibió burofax de respuesta por parte de Canal Don Benito donde solicitaban la aplicación del Convenio Marco en Don Benito, para el uso de las infraestructuras:

“(...) en referencia a la compartición de infraestructuras, que nos indican tienen cedidas por el Ayuntamiento de Don Benito, según convenio, y por el mismo modo con diversas constructoras de la localidad, solicitamos la aplicación del Convenio Marco en Don Benito, para el uso de las mismas”.

No obstante lo anterior, este acuerdo nunca se llegó a firmar.

- Que Canal Don Benito ha continuado ocupando, por vía de hecho, las infraestructuras de Telefónica en esa localidad.
- Que ante los requerimientos efectuados por Telefónica para la firma de un Acuerdo Marco, Canal Don Benito ha seguido negando la necesidad de tener que llegar a dicha solución cuando se trata de infraestructuras que discurren por el dominio público y cuya titularidad no acredita Telefónica.

Formuladas estas alegaciones, Telefónica solicita que esta Comisión:

- Ordene la retirada de las redes y equipos que fueron instalados de forma unilateral por Canal Don Benito en infraestructura en uso por Telefónica, procediendo a restablecer las mismas al estado en que se encontraban con anterioridad a la ocupación.
- En su defecto, que se obligue a Canal Don Benito a la formalización por escrito de un acuerdo de uso compartido por el cual se incluyan las condiciones económicas establecidas por la Resolución de 14 de mayo de 2009, por ser éste un caso similar al analizado en la citada Resolución.
- Advierta a Canal Don Benito de que se abstenga en adelante de realizar prácticas de ocupación unilateral de infraestructuras en uso por Telefónica.



SEGUNDO.- Comunicación a los interesados del inicio del procedimiento

Mediante sendos escritos del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de fechas 29 de octubre de 2012, se notificó a los interesados el inicio del correspondiente procedimiento para resolver el conflicto de acceso planteado por Telefónica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).

A través de dicho acto de inicio de procedimiento, se concedió un plazo de diez días, de acuerdo con lo establecido en el artículo 76.1 de la LRJPAC, desde la notificación del acuerdo de inicio, para que las partes alegaran lo que tuviesen por conveniente y aportaran los documentos que considerasen oportunos.

Asimismo, por ser necesario para la determinación y conocimiento de los hechos puestos de manifiesto en el marco del expediente, se requirió a Canal Don Benito, al amparo de lo previsto en el artículo 78.1 de la LRJPAC, para que remitiese determinada documentación en relación con los hechos denunciados por Telefónica.

TERCERO.- Solicitud de informe al Ayuntamiento de Don Benito

Del mismo modo, con fecha 29 de octubre de 2012, se solicitó al Ayuntamiento implicado 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 notificada a las partes interesadas, comunicándoles, igualmente, la suspensión de la tramitación del expediente administrativo hasta el momento que se recibiera en esta Comisión el informe preceptivo; todo ello de conformidad con lo establecido en el artículo 42.5 c) de la LRJPAC.

Con fecha 21 de febrero de 2012, se requirió nuevamente la citada información al Ayuntamiento de Don Benito.

CUARTO.- Escrito de alegaciones de Canal Don Benito

Con fecha 26 de noviembre de 2012, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Canal Don Benito en el que realizaba las siguientes alegaciones en relación con los hechos expuestos por Telefónica:

- Que con fecha 22 de octubre de 2004, Canal Don Benito y el Ayuntamiento de Don Benito firmaron un convenio de colaboración para la implantación de una red de telecomunicaciones en ese municipio.
- Que con fecha 27 de diciembre de 2010, el Consistorio autorizó a Canal Don Benito la utilización de determinadas infraestructuras sitas en el municipio para el despliegue de su red de comunicaciones electrónicas (se aporta copia de la autorización).
- Que la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura establece el deber de la persona responsable de la ejecución y conservación de la urbanización, de la entrega de la misma al municipio, estableciendo expresamente el citado precepto que la recepción de las obras corresponderá siempre al municipio.



A su vez, el Plan General Urbanístico de Don Benito recoge expresamente que *“una vez finalizadas las obras de urbanización es de obligada cesión y de forma gratuita por parte del promotor todas aquellas infraestructuras creadas en dominio público”*.

- Que Telefónica fue informado, por el Ayuntamiento de Don Benito, tanto de la solicitud de utilización de las canalizaciones objeto del conflicto (se adjunta carta remitida por el Consistorio a Telefónica con fecha 26 de noviembre de 2010) así como de la autorización otorgada a Canal Don Benito para efectuar las ocupaciones de infraestructuras objeto del conflicto (se adjunta carta de 20 de enero de 2011).
- Que de la documentación aportada al expediente queda claro que Canal Don Benito tenía autorización para ocupar la infraestructura objeto del conflicto, así como que la propiedad de dicha infraestructura pertenece al Consistorio.
- Que su negativa a firmar un acuerdo de uso compartido de infraestructuras con Telefónica se debe a que este operador se ha negado a mostrarles aquellos convenios y/o contratos de cesión que acrediten la titularidad, a favor de Telefónica, de las infraestructuras en conflicto.

QUINTO.- Requerimiento de información a Canal Don Benito

Con fecha 14 de diciembre de 2012, 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 Canal Don Benito, al amparo de lo previsto en el artículo 78.1 de la LRJPAC, para que remitiese la siguiente información:

- Identificación exacta de las infraestructuras (arquetas, tubos, postes y cámaras de registro) utilizadas por esa entidad para proceder al despliegue de su red de comunicaciones electrónicas en la localidad de Don Benito (se adjuntó copia del informe pericial presentado por Telefónica en el marco del presente procedimiento a los efectos oportunos).

Con fecha 21 de febrero de 2012, se requirió nuevamente a Canal Don Benito la citada información.

A fecha del presente informe Canal Don Benito no ha contestado a los citados requerimientos.

SEXTO.- Declaración de confidencialidad

Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 29 de octubre de 2012 se acordó, por afectar al secreto comercial e industrial y en respuesta a la solicitud de confidencialidad de Telefónica, declarar confidencial determinada información.

SÉPTIMO.- Informe del Ayuntamiento de Don Benito

Con fecha 15 de abril de 2013, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito del Ayuntamiento de Don Benito por el que emite el informe citado en el antecedente tercero.

En su Informe, el Consistorio realiza las siguientes manifestaciones:

- Que el 22 de octubre de 2004, Canal Don Benito y el Ayuntamiento suscribieron un convenio de colaboración para la implantación de una red de telecomunicaciones en la ciudad de Don Benito.



- Que en virtud de referido convenio, con fecha de 27 de diciembre de 2010, se autorizó a Canal Don Benito la utilización de las infraestructuras municipales para el despliegue de su red de telecomunicaciones.
- Que la mencionada autorización se realizó previo informe favorable de disponibilidad de las infraestructuras municipales destinadas a servicios de telecomunicaciones.
- Que el Ayuntamiento informó a Telefónica del otorgamiento de la citada autorización.
- En cumplimiento de lo dispuesto en la normativa reguladora de los bienes de las entidades locales, la normativa urbanística y del suelo contemplada en la Ley del Suelo y Ordenación del Territorio de Extremadura y las disposiciones reguladoras de la Ordenanza urbana del Municipio de Don Benito, el Ayuntamiento de Don Benito ha venido recepcionando todas las obras de urbanización e infraestructuras realizadas en las mismas por las que discurre la red de telecomunicaciones de la ciudad, pasando las mismas a ser de dominio público.

OCTAVO.- Informe de Audiencia

Mediante sendos escritos, de fecha 16 de mayo de 2013, 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 la apertura del trámite de audiencia previo a la resolución definitiva del expediente, así como el Informe elaborado por los Servicios de esta Comisión.

NOVENO.- Escrito de alegaciones de Telefónica

Con fecha 29 de mayo de 2013, y dentro del plazo conferido para realizar alegaciones en el trámite de audiencia, la representación de Telefónica presentó escrito de alegaciones en el Registro de esta Comisión.

En el citado escrito Telefónica expresa su conformidad con las conclusiones del Informe de los Servicios, solicitando que se eleven a definitivas dichas conclusiones.

DÉCIMO.- Escrito de alegaciones de Canal Don Benito

Con fecha 7 de junio de 2012, y dentro del plazo conferido para realizar alegaciones en el trámite de audiencia, la representación de Canal Don Benito presentó escrito de alegaciones en el Registro de esta Comisión.

En el citado escrito, además de reiterar las alegaciones expuestas en escritos anteriores, Canal Don Benito solicita que se desclasifique la documentación a la que se ha dado carácter confidencial (contenido de los convenios) indicando que la ocultación de esta documentación le ocasiona indefensión.

Por otro lado, Canal Don Benito denuncia la falta de habilitación competencial de esta Comisión para imponer condiciones económicas en un conflicto de compartición de infraestructuras.

A los anteriores antecedentes de hecho resultan de aplicación los siguientes



II FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contexto jurídico y regulatorio

En este sentido, debemos destacar que, de conformidad con la regulación y legislación actual, aquel operador que pretenda desplegar redes de comunicaciones electrónicas podrá optar por una de las siguientes opciones:

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

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).

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.

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 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 insertar 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, y 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, el artículo 30.2 de 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:

“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. “

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 y 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 adelante, PSM) 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 acceso y transparencia establecidas en la citada Resolución han permitido la configuración de una oferta de acceso mayorista a las infraestructuras pasivas que se encuentran ya a disposición de los operadores alternativos¹.

Por tanto, tras la aprobación de la Resolución de los Mercados 4 y 5, se establece un nuevo régimen jurídico aplicable al acceso a infraestructuras de obra civil de Telefónica 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.

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).



SEGUNDO.- Habilitación competencial.

El artículo 48.4.d) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) atribuye a la CMT la siguiente función:

*“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 establecen en el título II de esta Ley, así como en materias relacionadas con las guías telefónicas, la financiación del servicio universal 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 los preceptos transcritos, esta Comisión resulta competente para la resolución del conflicto de compartición que surja entre unos operadores.

No obstante, la competencia atribuida a la Comisión por el artículo 30 de la LGTel se asienta en una serie de presupuestos cuya concurrencia ha de analizarse en lo que respecta al presente conflicto:

- a) Establecimiento de una obligación de uso compartido por parte de la Administración competente.

La LGTel permite a las Administraciones que sean competentes en materia de medio ambiente, salud pública, seguridad pública u ordenación urbana y territorial, acordar por motivos justificados, la utilización compartida del dominio público o la propiedad privada en que se vayan a establecer las redes públicas de comunicaciones electrónicas o el uso compartido de las infraestructuras en que se vayan a ubicar tales redes, si así resulta necesario por no poder ejercitar por separado dichos derechos (artículo 30.2 de la LGTel).

De este modo, a la Administración competente en alguna de las citadas materias, le corresponde acordar el uso compartido o la ubicación compartida, siempre y cuando se



esté en un marco en que la justificación del uso compartido resida en los motivos indicados.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, ha quedado acreditado que el Ayuntamiento de Don Benito autorizó la compartición de las infraestructuras de telecomunicaciones objeto del presente conflicto. Ello se deriva tanto de los documentos presentados por Canal Don Benito (Convenio de colaboración firmado el 22 de octubre de 2004 entre Canal Don Benito y el Ayuntamiento para la implantación de una red de telecomunicaciones en la ciudad de Don Benito, y autorización del Consistorio de 27 de diciembre de 2010 a Canal Don Benito para la utilización de las infraestructuras municipales para el despliegue de su red de telecomunicaciones) así como de las propias manifestaciones realizadas por el Consistorio, en su escrito de 15 de abril de 2013.

En conclusión, esta Comisión ha de entender que concurre el presupuesto previsto en el artículo 30 de la LGTel, en cuanto que existe una obligación de uso compartido adoptada por una Administración competente sobre la base de sus competencias de disciplina urbanística.

b) Falta de un acuerdo entre las partes sobre las condiciones de la compartición.

La competencia atribuida a la CMT por el artículo 30 de la LGTel para la determinación de las condiciones de compartición entre unos operadores tiene como presupuesto también, conforme a dicho artículo, la falta de acuerdo entre estos operadores acerca de la determinación de dichas condiciones: *“El uso compartido se articulará mediante acuerdos entre los operadores interesados. A falta de acuerdo, las condiciones del uso compartido se establecerán (...) mediante Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.”*

A este respecto, ha de ponerse de relieve que, con fecha 30 de marzo de 2011, Telefónica remitió una propuesta de acuerdo de uso compartido a Canal Don Benito sin que a fecha de la presente se haya producido acuerdo entre ambos operadores, tal y como se evidencia de las actuaciones practicadas en el expediente.

No hay obstáculo, por tanto, a este respecto, para la intervención dirimente de esta Comisión.

c) Solicitud de resolución del conflicto instada por una de las partes.

En consonancia con el principio de subsidiariedad que se deriva del artículo 30.3 de la LGTel (intervención de la CMT a falta de un acuerdo entre los operadores), la resolución del conflicto de compartición ha de ser instada por uno de los interesados en la misma.

En este sentido, el presente procedimiento, relativo a la resolución de un conflicto entre Telefónica y Canal Don Benito acerca de las condiciones económicas que deben regir en la compartición de determinadas infraestructuras, se sigue a instancias de uno de ellos, Telefónica.

En conclusión, de acuerdo con todo lo anterior, esta Comisión es competente para fijar las condiciones de compartición (técnicas y económicas) de la infraestructura sita en el Municipio de Don Benito dado que concurren los requisitos que permiten a esta Comisión resolver los conflictos de compartición entre operadores.



TERCERO.- Identificación y descripción de las infraestructuras afectadas.

Como ya se ha indicado con anterioridad, el procedimiento de referencia tiene por objeto la resolución de un conflicto de compartición entre Telefónica y Canal Don Benito respecto de las infraestructuras ya instaladas en distintas calles del municipio de Don Benito. 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.

- Ubicación de las infraestructuras.

Telefónica identifica como infraestructuras objeto del presente conflicto, por haber sido ocupadas por Canal Don Benito sin haber alcanzado un previo acuerdo de compartición, las siguientes:

Segmento 1

Infraestructuras afectadas:

C/ Pino	C/ Molino
C/ Quintana	C/ Santiago
Plaza Ntra. Sra. De Guadalupe	C/ Bustos
C/ Virgen De La Soledad	C/ Esquero
C/ San Marcos	C/ Groizard
C/ 1º De Mayo	C/ Constitución
C/ Maestros	C/ La Corte
C/ Humanistas	C/ Donoso Cortes
C/ Poetas	C/ San Francisco
C/ J. Antonio Alvarez	

Elementos de registro objeto de la ocupación:

- Número de arquetas: 45
- Metros de conducto entre arquetas: 952m
- Metros de conducto entre elementos de registro y viviendas: 94,50m

Segmento 2

Infraestructuras afectadas:

C/ Burdalo	C/ Roble
C/ Guadalquivir	C/ Isabel II
Avda. Villanueva	C/ Almendralejo



C/ Guijo	C/ Plasencia
C/ Caramanchos	Avda. Cánovas
C/ Castaño	C/ Cáceres
C/ Fuente Los Barros	C/ Sarmiento
C/ Cedro	C/ Cañamero
C/ Naranjo	C/ Cañón
C/ Manzanedo	C/ José Ramírez
C/ Nogal	C/ Luis Pasteur
C/ Zalamea	C/ Juan Ramón Jiménez
Avda. De Córdoba	C/ Camilo José Cela
C/ Abeto	C/ Doctor Fleming

Elementos de registro objeto de la ocupación:

- Número de arquetas: 45
- Metros de conducto entre arquetas: 4.819m
- Metros de conducto entre elementos de registro y viviendas: 34m

Segmento 3

Infraestructuras afectadas:

C/ Encina	Plaza Albercas
C/ Manzano	C/ J. Pablo II
C/ Juan Casado	C/ Castuera
C/ Avda. Pilar	C/ Fernando De La Rocha
Plaza Séptimo Arte	Avda. Córdoba
C/ Olivenza	C/ Espronceda
C/ Zafra	C/ Salvador Dalí
C/ Suiza	C/ Picasso
C/ Ayala	Avda. De Madrid
C/ Encina	Plaza Albercas

Elementos de registro objeto de la ocupación:

- Número de arquetas: 30
- Metros de conducto entre arquetas: 848m
- Metros de conducto entre elementos de registro y viviendas: 30m



- Naturaleza de las infraestructuras a que se refiere el conflicto: Bienes de dominio público municipal.

Canal Don Benito manifiesta que las infraestructuras objeto del presente procedimiento no son propiedad de Telefónica sino que son bienes de dominio público municipal dado que, de conformidad con la normativa urbanística, una vez terminado todo proceso urbanizador, las instalaciones y dotaciones de servicios deben ser cedidas o revertir en la Administración actuante. En base a ello, Canal Don Benito entiende que Telefónica no tiene derecho a ninguna compensación económica por bienes que no son suyos.

En este sentido debemos aclarar que no es materia de debate en el presente procedimiento el título jurídico que detenta Telefónica sobre las infraestructuras que van a ser objeto de uso compartido. Lo cierto es que Telefónica, 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.

En este mismo sentido se ha pronunciado la Audiencia Nacional en su Sentencia de 22 de mayo de 2012, que resuelve el recurso interpuesto contra las resoluciones de esta Comisión de fecha 14 de mayo de 2009² y 1 de octubre de 2009³. A este respecto el Tribunal establece que:

“El Tribunal comparte los fundamentos de la resolución de 1 de octubre de 2009, decisoria de la reposición, en el sentido de resultar irrelevante, a efectos de acordar el uso compartido de las infraestructuras y para fijar las condiciones económicas de dicha compartición, el título jurídico (o, justamente al contrario, la carencia de éste) que TELEFÓNICA pueda ostentar sobre las canalizaciones y demás infraestructuras existentes en el dominio público municipal.

También es irrelevante, con independencia de aquel título, si TELEFÓNICA ostentaba cuanto menos la posesión de aquellas infraestructuras cosa que, como hemos visto, sigue ésta defendiendo en sus argumentos defensivos en el presente recurso (...).

Una vez sentado lo anterior y dejada constancia de la intrascendencia relativa del título ostentado (propiedad de las infraestructuras o posesión, uso privativo o aprovechamiento especial de dominio público municipal) carece también de relevancia, a estos efectos, la actividad realizada por EUSKALTEL ante las correspondientes corporaciones locales.

Y es que dichas corporaciones pudieron otorgar licencias de obras o urbanísticas de cualquier clase e imponer tasas para el rescate del coste del servicio dispensado. También pudieron otorgar autorizaciones para aprovechamiento especial del dominio público (art. 77 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales y art. 86 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas) o

² 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 del País Vasco (RO 2007/46).

³ Resolución relativa al recurso de reposición interpuesto por la entidad Euskaltel, S.A., contra la Resolución de fecha 14 de mayo de 2009, relativa al conflicto de compartición entre Telefónica de España, S.A.U y Euskaltel, S.A. concerniente a la ocupación de determinadas infraestructuras situadas en varios municipios del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma Vasca.



concesiones legitimantes de un uso privativo (art. 78 de aquel mismo Reglamento y 86 de la Ley 33/2003) y obtener también una tasa (no un precio público).

Pero todos esas posibles hechos antecedentes, ciertamente diversos, en nada afectan a una decisión de redistribución de costes por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que tiene por causa la preservación de las adecuadas condiciones de competencia con ocasión de decidir la compartición de infraestructuras”.

Por tanto, en el 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.

Sin embargo cabe aclarar que, la mera declaración de uso compartido realizada por un Ayuntamiento, no es requisito suficiente para ocupar una infraestructura sita en dominio público cuando la misma ya esté siendo ocupada por otro operador. En este sentido debemos recordar los requisitos establecido a tal efecto en el artículo 30 de la LGTel:

*“2. 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.***

*3. **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, 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”*

Es decir, la LGTel establece la necesidad de que la Administración competente declare expresamente el uso compartido de las infraestructuras sitas en el dominio público pero además exige que esta declaración sea seguida por el correspondiente acuerdo entre los operadores implicados.

CUARTO.- Condiciones económicas de la compartición.

Tal y como se desprende de las alegaciones de las partes, el objeto principal del conflicto planteado por Telefónica radica en la falta de acuerdo sobre el establecimiento de precios que Canal Don Benito debería abonar a Telefónica por el uso compartido de las infraestructuras objeto del presente expediente.

Para poder llevar a cabo el citado objetivo esta Comisión deberá determinar, en un primer lugar, (i) qué costes de las infraestructuras en conflicto han sido soportados por Telefónica



y, en segundo lugar, (ii) qué contraprestaciones económicas, por el uso y mantenimiento de la infraestructura compartida, tiene derecho a percibir Telefónica.

(i) Determinación de los costes de infraestructuras soportados por Telefónica

Canal Don Benito defiende la no obligación de pagar a Telefónica por el uso de unas infraestructuras que no son propiedad de esa operadora sino que son de titularidad pública municipal.

Como ya se ha manifestado, 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 Telefónica.

Por tanto, esta contraprestación económica deberá calcularse en atención al coste que haya soportado Telefónica en el momento de la construcción de la respectiva infraestructura.

En el presente caso, y una vez analizada la documentación obrante en el expediente se han podido alcanzar las siguientes conclusiones:

a) En relación con las infraestructuras donde Telefónica ha acreditado su participación en la construcción.

Junto a su escrito Telefónica presenta la siguiente documentación:

- Convenio de aportaciones ajenas (1BA-117), de 10 de septiembre de 2001, donde se acredita su intervención en la construcción de las infraestructuras sitas en las calles: Guijo, Caramanchos, Avenida Villanueva y Avenida de Córdoba.
- Convenio de aportaciones ajenas (30BA-30), de 15 de septiembre de 2004, donde se acredita su participación en la construcción de las infraestructuras sitas en las calles: Manzanedo, Isabel II, José Ramírez de Arellano, Doctor Fleming, Juan Ramón Jiménez, Camilo José Cela, Luis Pasteur, Vicente Alexandre, Severo Ochoa y Gregorio Marañón (las tres últimas calles no son objeto del conflicto).
- Convenio de colaboración con el Ayuntamiento de Don Benito, de 31 de agosto de 1998, donde se acredita su participación en la construcción de la infraestructura sita en la Avenida Cánovas.

Asimismo, Telefónica presenta otros tres Convenios de colaboración con el Ayuntamiento de Don Benito, de 31 de agosto de 1998, donde consta que Telefónica participó en las obras de (i) Urbanización VL1, (ii) Can sector 8-B y (iii) en la Unidad de actuación UA-5. Sin embargo, Telefónica no presenta documentación alguna que acredite que estas infraestructuras correspondan a las infraestructuras objeto del conflicto.

De la lectura de los convenios arriba referenciados se ha podido comprobar que, en estos casos, los gastos de obra civil fueron asumidos por el promotor mientras que los materiales telefónicos fueron costeados por Telefónica.



Por tanto, Telefónica tendrá derecho a percibir una cantidad económica tanto por los conductos como por las arquetas que se encuentren ocupadas por Canal Don Benito en las citadas infraestructuras.

En relación con lo anterior cabe indicar que los Convenios a los que se ha hecho referencia han sido analizados únicamente para comprobar si Telefónica habría incurrido o no en algún tipo de coste, pero no como base del cálculo del precio que el operador entrante deberá sufragar, para lo cual se han tenido en cuenta otras referencias tal y como se detalla más adelante en la presente Resolución. En base a lo anterior, esta Comisión no entiende que la declaración de confidencialidad de los citados documentos haya generado indefensión alguna como alega Canal Don Benito.

b) Infraestructuras donde Telefónica no ha acreditado ningún tipo de gasto ni convenio.

Para el resto de infraestructuras, no existe ningún documento que acredite que Telefónica incurrió en gasto alguno en su construcción. Es por ello que, a falta de justificación al respecto, Telefónica no podrá reclamar compensación alguna en relación con las mismas.

(ii) Determinación de los precios que deben aplicarse al presente caso

Una vez identificadas aquellas infraestructuras sobre las que Telefónica ostenta un derecho a ser compensado (por los gastos generados en su construcción), cabe finalmente determinar los precios que podrá repercutir este operador a Canal Don Benito por su uso.

A los efectos de calcular esta retribución, es necesario tener en cuenta todos aquellos criterios ya fijados por esta Comisión para supuestos similares al aquí planteado. En este sentido cabe indicar que esta Comisión se ha pronunciado en diversos procedimientos en cuanto al precio a aplicar en el uso compartido de infraestructuras⁴, habiéndose utilizado los siguientes criterios:

- Precios vigentes en la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado de Telefónica (OBA) para el tendido de cable externo.

Para todas aquellas ocupaciones que tuvieron lugar con anterioridad a la entrada en vigor de la Resolución de los Mercados 4 y 5 esta Comisión fijó como referencia los precios vigentes en la OBA para el servicio de tendido de cable externo con uso compartido de canalización existente de Telefónica.

Cabe recordar que el citado servicio es aquel que puede ser contratado por un operador que solicita el acceso al bucle desagregado o compartido de Telefónica cuando los equipos del operador no se ubican en el mismo edificio donde está alojado el repartidor principal de Telefónica. 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 Telefónica ya existentes. Si el operador elige esta

⁴ Entre ellos RO 2007/46 y RO 2011/2355.



opción, Telefónica está habilitada para repercutir una cantidad mensual al operador en concepto de uso compartido de canalización y arqueta existentes.

La similitud entre el citado servicio y el caso aquí tratado es incuestionable dado que en ambos se compartirán infraestructuras ocupadas ya por Telefónica y se permite a un tercer operador instalar sus cables en las canalizaciones ya realizadas.

- **Precios vigentes en la Oferta Mayorista de Acceso a Registros y Conductos de Telefónica (Oferta Marco).**

En aquellos casos en los que las infraestructuras en conflicto fueron ocupadas de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 30 de la LGTel (y se acreditaba que el operador había asumido gastos en su construcción) pero la ocupación efectiva se había llevado a cabo tras la aprobación de la Resolución de los Mercados 4 y 5 esta Comisión prefirió tomar como referencia los precios fijados en la Resolución de la Oferta Marco donde, a través de la contabilidad de costes de Telefónica, se fijó un marco de referencia que obliga a esa operadora a compartir sus infraestructuras de la red de acceso con orientación a costes.

- **Precios previamente negociados por las partes.**

En aquellos casos en los que se pudo comprobar que las partes habían alcanzado un acuerdo previo sobre determinados importes y, en virtud del principio de intervención mínima, esta Comisión consideró conveniente respetar y tomar como referencia aquellos precios que habían sido negociados por las operadoras en conflicto.

La propia Telefónica, en su escrito de fecha 2 de octubre de 2012, solicita que le sean compensados los gastos generados en la construcción de la infraestructura objeto del presente conflicto en base a los citados criterios ya fijados por esta Comisión⁵.

⁵ En concreto, en la Resolución de 14 de mayo de 2009, se fijaron las siguientes contraprestaciones económicas:

- Para aquellas infraestructuras ocupadas con anterioridad a la Resolución de los Mercados 4 y 5:
 1. Contraprestación económica por el uso de conductos.

En virtud del principio de intervención mínima, esta Comisión consideró conveniente tomar como referencia aquellos precios que habían sido negociados por las propias operadoras en conflicto:

 - 9,5 euros/metro de conducto, como pago único para infraestructuras de aportación ajena.
 - 20,71 euros/metro de conducto, como pago único para infraestructuras construidas por medios propios.
 2. Contraprestación económica por el uso de arquetas.

A falta de acuerdo respecto a este tipo de infraestructura se estimó procedente tomar como referencia el precio fijado en la OBA para el servicio de tendido de cable externo.
 3. Contraprestación económica por los gastos de mantenimiento.

Los costes deben repartirse entre los operadores 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.
- Para aquellas infraestructuras ocupadas con posterioridad a la Resolución de los Mercados 4 y 5.

Se estableció que todas aquellas ocupaciones realizadas con posterioridad a la citada Resolución debían regirse por las condiciones y precios fijados en la oferta Marco.



Por tanto, a la hora de imponer los precios del presente conflicto esta Comisión tendrá como referencia otros procedimientos o situaciones similares a las que se están analizando y que ya han sido auditadas por esta Comisión.

Dicho lo anterior, cabe ahora analizar qué criterios de los descritos hasta el momento pueden ser o no aplicados al caso que nos ocupa. En este sentido, esta Comisión considera que existen varios aspectos económicos que deben valorarse teniendo en cuenta el momento temporal en el que se llevó a cabo la ocupación:

- Si la ocupación se produjo antes de la entrada en vigor de la Resolución de Mercados 4 y 5

(i) Contraprestaciones económicas por el uso de conductos y arquetas

Para establecer el precio que debe pagar Canal Don Benito por el uso de los conductos y arquetas ocupados se tomará como referencia, como ya se hizo en ocasiones anteriores, los precios vigentes en la OBA para el tendido de cable externo.

En base a lo anterior el precio quedará cifrado mensualmente en:

- 0,17€ por metro de conducto, resultando una cuota anual de 1,92€/m por conducto.
- 2,36€ por arqueta, lo que se traducirá en un coste de uso anual de 28,32€/arqueta.

(ii) Contraprestación económica por los gastos de mantenimiento preventivo

Los operadores deberán acordar cuál de ellos se encargará de los trabajos correspondientes al mantenimiento. Los costes deberán 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.

(iii) Contraprestación económica por los gastos de mantenimiento correctivo

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.

- Si la ocupación se produjo tras la entrada en vigor de la Resolución de los Mercados 4 y 5

Aquellas infraestructuras que hayan sido ocupadas tras la entrada en vigor de la Resolución de los Mercados 4 y 5 deberán regirse por los precios de referencia fijados en la Oferta Marco.



RESUELVE

Primero.- Canal Don Benito, S.L. y Telefónica de España, S.A.U. deberán, en el plazo de 20 días hábiles a partir de la fecha de la presente Resolución, hacer efectiva la formalización por escrito del acuerdo de uso compartido de las infraestructuras de telecomunicaciones sitas en el municipio de en el que se deberán incluir las condiciones económicas establecidas en el presente informe, debiendo asimismo enviar copia del acuerdo 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, y en el artículo 22.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior aprobado por Resolución del Consejo de la Comisión de fecha 30 de marzo de 2012 (BOE núm. 149, de 22 de junio de 2012), 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 la Disposición adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 107, 116 y 117 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 Director de Asesoría Jurídica de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, Miguel Sánchez Blanco (P.S. del Secretario, art. 6.2 del RRI de la CMT, Resolución del Consejo de la CMT de 31.03.2012, BOE nº 149 de 22.06.2012), con el Visto Bueno del Presidente, Bernardo Lorenzo Almendros.