



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. JOSÉ GIMÉNEZ CERVANTES, 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 nº 05/03 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 6 de febrero de 2003, el Consejo ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual en el marco de la tramitación del procedimiento administrativo número RO2002/7478 se aprueba la siguiente

RESOLUCIÓN SOBRE EL CONFLICTO PLANTEADO POR 21 ST CENTURY COMMUNICATION (SPAIN) S.A. CONTRA DETERMINADOS OPERADORES QUE PARTICIPAN EN LA COMPARTICIÓN DE LA RED I21 POR EL INCUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES DE CARÁCTER ECONÓMICO.

HECHOS

Primero.- ANTECEDENTES PREVIOS

Con fecha 20 de diciembre de 1999 y 24 de marzo de 2000, la Secretaría General de Comunicaciones dictó sendos anuncios públicos otorgando un plazo de 20 días para que los operadores de redes públicas de telecomunicaciones con derecho de ocupación de la propiedad pública y privada, pudieran manifestar su interés en la utilización compartida de diversos tramos de dominio público viario de carreteras de la Red de Interés General del Estado (Proyecto red i21).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El solicitante inicial de la ocupación del dominio público, posterior promotor del proyecto, fue INTERROUTE TELECOMUNICACIONES S.A. en la actualidad 21ST CENTURY COMMUNICATION (SPAIN) S.A.

Dentro del plazo antes señalado, determinados operadores manifestaron su interés en la utilización compartida de la citada infraestructura de telecomunicaciones, concediéndoles la Secretaría General un nuevo plazo de veinte días para que fijaran libremente las condiciones de uso compartido de la infraestructura, todo ello en virtud de lo dispuesto en el art. 47.2 de la Ley General de Telecomunicaciones (en adelante LGTel) y 49 del Reglamento del Servicio Universal.

Transcurrido el plazo previsto sin que los operadores interesados alcanzaran acuerdo alguno sobre las condiciones que habrían de regular la compartición, se solicita a esta Comisión intervenga para la fijación de las citadas condiciones de uso compartido.

A la vista de dicha solicitud, esta Comisión procedió en su momento a la apertura y posterior tramitación de los exptes, 2341, 2340, 2342, 2339, 2308, 2343, 2926, 2927, 2828 y 2929, todos ellos del año 2000, en el marco de los cuales fueron dictadas las correspondientes Resoluciones fijando las condiciones técnicas, económicas y jurídicas que habrían de regular la compartición de la infraestructura común.

Segundo. ESCRITO INICIAL DE 21 st CENTURY COMMUNICATION SPAIN S.A.

Con fecha 14 de Agosto de 2002, Mr.Andrew E. Nicholson en nombre y representación de 21 st CENTURY COMUNICATION (SPAIN) SA., en adelante (21ST CENTURY), comunica a esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el presunto incumplimiento por determinados operadores participantes en la construcción de la red de telecomunicaciones de ámbito paneuropeo I21, de determinadas obligaciones de índole económico recogidas en las ya citadas Resoluciones dictadas por la CMT estableciendo, con carácter general, las condiciones de uso compartido de los diversos tramos de la citada red.

En el indicado escrito el interesado solicita la intervención de esta Comisión al objeto de que se resuelva el conflicto planteado.

En particular el interesado solicita:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

1. Que esta Comisión ratifique mediante Resolución, la no obligación del promotor de conceder a un operador el derecho de uso de la infraestructura compartida, ni ceder el beneficio de cualquiera de los derechos de paso obtenidos hasta que todas las obligaciones referidas hayan sido plenamente satisfechas al promotor.
2. Que en la Resolución que en su día se dicte por esta Comisión se determine la obligación de determinados operadores de restablecer las garantías depositadas originalmente a favor de 21ST CENTURY, así como que, el resto de los mandatos irrevocables en su poder sirvan de garantía, no sólo de las obligaciones de pago por la construcción de las infraestructuras de la red I21, sino también de aquellas cantidades que se debieran al promotor por determinados conceptos cuyo pago fuera necesario para el despliegue de la citada red.

Posteriormente, con fecha 3 de octubre de 2002, 21ST CENTURY presenta ante esta Comisión escrito de ampliación del conflicto de compartición en el que se concretan las obligaciones presuntamente incumplidas por dos de los operadores copartícipes en la infraestructura común: DESARROLLO DEL CABLE S.A (en adelante DDC) y RETECAL, Sociedad operadora de Telecomunicaciones de Castilla y León, S.A. (en adelante RETECAL) solicitando en consecuencia que la Resolución que en su día dicte esta Comisión se pronuncie igualmente sobre las siguientes cuestiones:

1. Que el presupuesto inicial no constituye un coste definitivo, máximo y cerrado sino que esta sujeto a las modificaciones que pudieran devenir por imposición del terreno.
2. Que en consecuencia DDC debe abonar a la promotora determinada cantidad económica, importe al que ascienden las certificaciones impagadas.
3. Que RETECAL debe abonar igualmente a 21ST CENTURY el importe de determinadas certificaciones incrementadas con el tipo de interés legal comercial.
4. Que las tasas y cánones que se deriven de la ocupación del dominio público y propiedad privada no están incluidos en el presupuesto inicial y en consecuencia deben ser prorrateados entre todos los copartícipes en proporción a su participación en el proyecto.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tercero.- APERTURA DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO.

Con fecha 17 de septiembre de 2002 se procedió a la apertura del correspondiente expediente administrativo para la resolución del conflicto planteado.

Posteriormente se notifica al resto de los interesados en el expediente: LOUIS DREYFUS COMUNICACIONES ESPAÑA S.A. (en adelante LDCOM), GC PANAEUROPEAN CROSSING ESPAÑA S.A. (en adelante GLOBAL CROSSING), RETECAL, Sociedad operadora de telecomunicaciones de Castilla y León S.A. (en adelante RETECAL), DESARROLLO DEL CABLE SA.(en adelante DDC), ALCATEL S.A., AIRTEL MÓVIL S.A.(en adelante AIRTEL), EUSKALTEL S.A., TELCARRIER S.A. y COLT TELECOM ESPAÑA S.A. (en adelante COLT) la citada apertura del expediente y el resto de circunstancias previstas en el artículo 42 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por Ley 4/1999 de 13 de enero (en adelante LRJPAC).

Con fecha 10 de octubre de 2002, se da traslado a los citados interesados del escrito de ampliación del conflicto al objeto de que lo tuvieran en cuenta en las alegaciones que en su caso formularan de conformidad con lo establecido en el artículo 79 de la LRJPAC.

Cuarto.- ALEGACIONES DE LOS INTERESADOS.

En cumplimiento de dicho trámite fueron formuladas alegaciones por RETECAL, LDCOM, DESARROLLO DEL CABLE S.A., COLT TELECOM y GLOBAL CROSSING.

En su escrito de alegaciones RETECAL manifiesta:

1. Que las garantías que los operadores prestaron a 21ST CENTURY responden únicamente del pago de aquellas obligaciones impuestas a los operadores que se contuvieran en las Resoluciones dictadas por la CMT, pero no de cualesquiera otros pagos que hayan surgido con posterioridad y que no estén reflejados en el presupuesto.
2. Que las últimas facturas impagadas por RETECAL, no han sido emitidas conforme a las especificaciones dictaminadas por la Dirección de obra y en consecuencia no procede su pago.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

3. Que la interpretación que hace la promotora de las Resoluciones dictadas por esta Comisión son subjetivas e infundadas y que de su lectura no puede concluirse la facultad de dicha promotora de mantener el control de las infraestructuras construidas.

En cuanto a LDCOM, formula alegaciones del siguiente tenor:

1. Niega la facultad de 21ST CENTURY de retener el beneficio de los derechos de paso toda vez que el otorgamiento de dicho derecho corresponde a la Administración titular del dominio público, siendo el uso compartido una obligación impuesta al operador promotor de conformidad con la normativa vigente y no una mera facultad atribuida al mismo que pueda o no conceder discrecionalmente a terceros.
2. Niega igualmente la facultad del promotor de retener el derecho de uso de la infraestructura común en cuanto no hay una atribución de la titularidad a 21ST CENTURY que luego esta deba ceder al resto de operadores, sino que la titularidad se atribuye directamente a los operadores copartícipes, ya en régimen de comunidad, ya en régimen de exclusividad.
3. Denuncia LDCOM la falta de información del promotor y contratista respecto al resto de los copartícipes en cuanto a las servidumbres constituidas para el despliegue de la red, alegando que la no participación en los contratos suscritos con terceros en cuanto a la constitución de dichas servidumbres pudiera afectar a sus derechos sobre la infraestructura compartida.
4. En cuanto a la devolución de las garantías pretendidas por 21ST CENTURY, manifiesta LDCOM que se actuó con el consentimiento expreso de la sociedad promotora, la cual al entablarse relaciones directas entre la contratista y determinados operadores copartícipes se vió exonerada de una serie de cargas y responsabilidades y en contrapartida restituyó los mandatos irrevocables de aval constituidos en su día a su favor.
5. Por último y en cuanto a los costes de Dirección de obra y Promoción, alega LDCOM, el mal funcionamiento de la Dirección de obra, no siendo justo el reparto a prorrata de los costes generados por su actuación en cuanto que la misma no defiende los intereses de los operadores. En lo relativo a los costes de Promoción, alega la operadora el incumplimiento por 21ST CENTURY de sus obligaciones de promotora, tales como la firma de un contrato de obra en representación de los copartícipes, la no realización de un proyecto de ejecución, no información al Comité de Seguimiento de determinadas modificaciones en el Proyecto de ejecución y no desglose de los gastos de promoción incurridos. Manifiesta igualmente que el porcentaje



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

del 6% que se aplica a los mencionados costes de Dirección de obra y Promoción, debe establecerse sobre el presupuesto real de obra, es decir, sobre facturas y no sobre el presupuesto inicial que entregó la compañía constructora.

DESARROLLO DEL CABLE, presenta escrito ante esta Comisión en el que se manifiesta lo siguiente:

1. Que dicha sociedad se adhirió como operador copartípepe única y exclusivamente en cuanto al Proyecto de Construcción del tramo Arganda- Valencia, regulado en la Resolución de esta Comisión ME2002/2342, y por tanto sólo le son de aplicación las condiciones contenidas en dicha Resolución.
 2. Que el impago por DESARROLLO DEL CABLE S.A. de determinadas facturas correspondientes a la obra civil se debe exclusivamente a que 21ST CENTURY ha incluido incrementos en el precio superiores al 10% del presupuesto sin haber solicitado previamente el parecer del Comité de seguimiento, según establecía la Resolución ME2002/2342. Que dichas facturas suponen un incremento de un 31% sobre el Presupuesto de ejecución inicial conteniendo unos precios abusivos no aceptados por DDC.
3. En cuanto a los gastos de Dirección de Obra alega que todas las facturas correspondientes a dicho concepto han resultado abonadas en plazo.
4. Por lo que se refiere a los gastos de promoción, se manifiesta por esta operadora que los mismos se encuentran incluidos en el Presupuesto de ejecución, y que en cuanto a los gastos generados por el Comité de Seguimiento a esta fecha no se ha recibido factura alguna, no teniendo problema alguno en su pago una vez se reciba y se comprueben los conceptos en ella incluidos.
5. Por último y en aras de esclarecer la situación actual DESARROLLO DEL CABLE reconoce que están pendientes de facturación los siguientes conceptos:
 - Gastos en que haya incurrido el promotor para el funcionamiento del Comité de Seguimiento.
 - En los subtramos en que haya habido desviaciones respecto al proyecto definitivo por imposiciones físicas del terreno, hasta un 10% máximo del presupuesto especificado para ese mismo subtramo en el Presupuesto de Ejecución.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Las modificaciones aprobadas por mayoría simple en el Comité de seguimiento, por importe de 21.035 Euros.

En cuanto a COLT TELECOM, presenta escrito con las siguientes alegaciones:

1.- COLT manifiesta y acredita no deber cantidad alguna a 21ST CENTURY por costes derivados de la construcción de la red, mantenimiento de sus elementos comunes, y costes por Dirección de Obra.

2.- En cuanto a los gastos reclamados por costes de promoción, manifiesta que dichos gastos no han sido especificados por la promotora ni aprobados por el Comité de Seguimiento, por lo que en consecuencia ni siquiera ha nacido para los copartícipes la obligación de proceder a su pago.

Que en todo caso y en cuanto al porcentaje del 6% que pretende aplicar la promotora para cubrir dichos gastos, de conformidad con las Resoluciones de esta Comisión, deben deducirse los pagos por Direcciones de Obra así como los subcontratados a ALCATEL como contratista. Una vez deducidos dichos conceptos deberían reunirse todos los operadores para evaluar las actividades de promoción que efectivamente se han llevado a cabo y decidir sobre su importe y forma de pago.

3.-Que las obras promovidas por 21ST CENTURY han sido finalizadas por la constructora ALCATEL, recepcionadas y pagadas en su totalidad por COLT, por lo que la obligación de renovación del Aval pretendida por la promotora no existe o no puede nacer.

4.- Por último en cuanto a la pretensión de la promotora de retener el derecho de uso de la infraestructura compartida y la cesión del beneficio de los derechos de paso obtenidos, manifiesta que, previamente a cualquier consideración, debería demostrarse o acreditarse el incumplimiento de los operadores, lo que constituye precisamente el objeto del presente conflicto.

Finalmente GLOBAL CROSSING presenta escrito con las alegaciones que a continuación se exponen:

1.- Que la devolución de los avales por determinados operadores, no se debe a una muestra de buena fe de la promotora sino a su interés de liberarse del coste económico y consiguiente riesgo frente a terceros que le suponía su condición de promotor.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2.-Que no se ha celebrado acto alguno del Comité de Seguimiento en donde se definan los gastos de promoción incurridos por lo que no se alcanza a entender la reclamación de 21ST CENTURY reclamando unos gastos no determinados.

3.- Que las facturas correspondientes a la Dirección de Obra están abonadas por Global Crossing con excepción de un pequeño montante objeto de discusión por una posible compensación entre partes.

4.- Por último manifiesta la falta de fundamento y justificación de las medidas propuestas por la promotora relativas al control sobre las infraestructuras construidas en cuanto ya han adquirido la plena propiedad de las mismas no teniendo justificación alguna las actuales pretensiones de retención.

Quinto.- TRÁMITE DE AUDIENCIA A LOS INTERESADOS.

De conformidad con el artículo 84 de la LRJPAC, se procedió a dar trámite de audiencia a los interesados en el expediente, al objeto pudieran alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimaran pertinentes a la vista del informe preliminar elaborado por los servicios de esta Comisión y notificado mediante escrito de 19 de diciembre de 2002.

En respuesta a dicho trámite fueron presentadas las siguientes alegaciones.

A) **LDCOM** insiste en su intención de no abonar los costes generados por las Direcciones de Obra atendiendo a que la irregular actuación de la promotora y contratista han impedido a dichas Direcciones ejercer su función.

En cuanto a los costes de Promoción considera abusivo el pago de cualquier tipo de tasa de promoción atendiendo a que 21ST CENTURY no ha actuado en modo alguno como promotora del proyecto en defensa de los intereses del resto de los operadores.

Por lo que se refiere a los Derechos de Paso obtenidos por el Promotor en propiedades privadas, alega dicha operadora que en los contratos suscritos por la promotora con los propietarios del terreno no consta la situación de compartición de la infraestructura por lo que los copartícipes carecen de ningún derecho formal sobre dichas servidumbres. Denuncia igualmente, con carácter general, la falta de información por 21ST CENTURY y ALCATEL al Comité de Seguimiento en materia de derechos de paso y principalmente de las servidumbres constituidas al efecto.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- B) **DESARROLLO DEL CABLE** se reitera en las alegaciones efectuadas en su escrito de 15 de noviembre de 2002.

En cuanto a las reclamaciones concernientes a los costes de construcción de obra civil manifiesta tener relaciones jurídicas exclusivamente con la empresa promotora y no con ALCATEL motivo por el que sus quejas y reclamaciones se han dirigido contra la promotora y no contra la empresa constructora, con quién únicamente mantiene relación a través del Comité de Seguimiento.

Con relación a dicho Comité reconoce conocer la existencia de las modificaciones al proyecto, si bien, alega que en ningún momento se llegó a especificar la trascendencia económica de las mismas, sino que estas fueron aportadas únicamente al momento de la facturación.

Declara pues que el impago de las facturas devueltas no se debe a una voluntad de incumplir con sus obligaciones sino a que entiende que las mismas no se encuentran ajustadas al presupuesto de ejecución acordado inicialmente, ni se encuentran justificadas ni aprobadas en virtud de los mecanismos otorgados por esta Comisión.

- C) **COLT TELECOM** manifiesta su total acuerdo con el informe presentado por los servicios de esta Comisión, si bien considera conveniente que adicionalmente se incluya en la propuesta de resolución una referencia a la obligación de 21ST CENTURY de informar documentalmente a los operadores copartícipes de la situación de los derechos de paso a lo largo de la red con el fin de solucionar la situación de incertidumbre y desinformación existente al respecto.

- D) **ALCATEL** presenta por vez primera alegaciones en el presente expediente manifestando al respecto su conformidad con el informe elaborado por los servicios de esta Comisión.

Sin perjuicio de ello, declara la conveniencia de modificar la propuesta en el sentido de que el abono de las facturas impagadas puedan ser realizados directamente por los operadores a ALCATEL en aras del principio de economía procedimental y financiera, salvando con ello la mediación de pagos articulada a través del promotor en evitación de mayores dilaciones sobre vencimientos ya muy demorados y con el consiguiente ahorro de comisiones y gastos bancarios.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. HABILITACIÓN COMPETENCIAL.

El artículo 1.Dos.2.e) de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, (en adelante Ley 12/1997) recoge como una de las funciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, *“la resolución vinculante de los conflictos que se susciten ...en los casos que se establezcan por norma de rango legal o reglamentario”*.

A este respecto, tanto el artículo 47 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (en adelante LGTel), como en el artículo 48 del Reglamento de desarrollo del Título III de la Ley General de Telecomunicaciones, en lo relativo al Servicio Universal, a las demás obligaciones de servicio público y a las obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación de las redes de telecomunicaciones, aprobado mediante Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, (en adelante R.S.U.) establecen que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones establecerá mediante resolución, y en defecto de acuerdo entre las partes, las condiciones para el uso compartido de infraestructuras de telecomunicaciones.

En el ejercicio de las competencias mencionadas esta Comisión procedió a dictar las correspondientes Resoluciones en el marco de los expedientes referenciados al inicio del presente informe, conteniendo todas y cada una de las citadas Resoluciones una cláusula sobre Resolución de Conflictos del siguiente tenor literal:

“Cualquier discrepancia o conflicto que pudiera surgir sobre la interpretación, cumplimiento o ejecución de la presente Resolución de uso compartido de infraestructuras, o sobre cualquier aspecto no previsto en ésta pero relacionada con la citada compartición, podrá ser sometida por cualquiera de las partes a esta Comisión, que dictará Resolución vinculante sobre los extremos objeto de la discrepancia o el conflicto. La Resolución, que será dictada previo el procedimiento administrativo procedente, será recurrible potestativamente en reposición ante la misma Comisión, y en todo caso, en vía contencioso administrativa”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Segundo.- PRINCIPIOS APLICABLES A LA RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO.

Los principios generales aplicables a la presente Resolución, necesariamente deben ser los mismos que inspiraron las Resoluciones dictadas en su día por esta Comisión en los expedientes previamente referenciados, cuyo objeto fue el establecimiento de las condiciones de uso compartido de la red I21 panaeuropea, promovida inicialmente por INTERROUTE y a esta fecha por 21CENTURY COMMUNICATION (SPAIN), S.A como actual cesionaria de los derechos y obligaciones derivados de la promoción de dicho proyecto.

Los principios pues de Intervención mínima administrativa y de Proporcionalidad, suficientemente desarrollados en los Fundamentos de Derecho de las citadas Resoluciones, se estiman aplicables no sólo en el momento en que se fijaron inicialmente las condiciones de compartición, sino también a las condiciones que serán de aplicación durante el tiempo que dure la explotación de la infraestructura en cuestión.

Tercero.- ANÁLISIS DE LAS RELACIONES JURÍDICAS EXISTENTES ENTRE 21ST CENTURY COMO PROMOTORA DEL PROYECTO DE COMPARTICIÓN, ALCATEL COMO EMPRESA CONTRATISTA Y EL RESTO DE OPERADORES COPARTÍCIPIES.

Con carácter previo, y sin perjuicio de su desarrollo posterior al resolver otras cuestiones planteadas en el presente conflicto, es necesario referirnos al hecho de que la relación jurídica no es la misma entre 21ST CENTURY, ALCATEL y cada uno de los operadores copartícipes.

En efecto, en las Resoluciones dictadas en su día por la CMT fijando las condiciones de compartición, al regular las relaciones contractuales entre los operadores y la empresa constructora, se estableció un sistema en virtud del cual sólo mantenía relaciones jurídicas directas con dicha empresa (en adelante la contratista o ALCATEL), la propia empresa promotora (21ST CENTURY), mientras que el resto de operadores copartícipes en ningún caso se previó que mantuvieran relaciones directas con el contratista que ejecuta la obra sino es a través del Comité de Seguimiento. Por todo ello se propuso la modificación de la propuesta originaria de la promotora en el siguiente sentido:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“ El promotor contratará en su propia representación y en representación del resto de los operadores interesados, un contrato de obra con la compañía constructora donde se regulará la ejecución de las obras, los plazos de ejecución y su presupuesto y la forma de pago.”

La ausencia de relación contractual directa entre los operadores copartícipes y la empresa contratista, determinó lógicamente que la empresa contratista no facturara directamente a los operadores sino que facturara directamente a 21ST CENTURY los trabajos realizados de acuerdo con las actas de recepción aceptadas por los operadores. Posteriormente 21ST CENTURY facturaría a cada uno de los operadores la parte de los gastos correspondiente a cada operador de acuerdo con los criterios de distribución de costes establecidos.¹

No obstante lo anterior, en aquellos casos que pudieran darse en el futuro con obras de mayor importancia, esta Comisión previó la conveniencia de que los interesados establecieran un sistema de pagos al contratista y a la Dirección de Obra que no gravitara sobre el operador promotor.

Pues bien, amparándose en dicha posibilidad, aquellos operadores que participan en la totalidad de los tramos que forman el anillo I21, es decir COLT TELECOM, LDCOM y GLOBAL CROSSING, se desvincularon del sistema originario previsto en las Resoluciones y formalizaron cada uno de ellos un contrato de obra directo con el contratista (ALCATEL),² lo que originó en consecuencia un sistema de facturación directa entre ambas partes sin mediación de la promotora.

El establecimiento de relaciones directas entre los operadores antedichos y ALCATEL se hizo con el consentimiento expreso de 21ST CENTURY, la cual dirigió una carta a cada uno de dichos operadores manifestando expresamente su conformidad con dichas relaciones si bien con sujeción a determinadas condiciones y en los términos que quedaron expuestos en las citadas cartas que les fueron dirigidas al efecto.

¹ En las Resoluciones dictadas por la CMT se estableció que el Presupuesto total de ejecución de la obra sería distribuido según la variable de reparto definida como la sección de tubos por kilómetro longitudinal que posea cada operador. Idéntico criterio se estableció para la distribución de los costes por Dirección de Obra y de Promoción.

² Debe aclararse que los contratos de obra suscritos directamente entre ALCATEL y COLT, GLOBAL CROSSING y LDCOM respectivamente, tienen como objeto exclusivo la construcción de la obra civil y facturación en consecuencia de los costes de construcción. En cuanto al modo de pago del resto de los costes derivados de la Dirección de Obra, Promoción y tasas e impuestos, continúan rigiéndose por el sistema proyectado en las Resoluciones de esta Comisión.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Como consecuencia de lo anterior, 21ST CENTURY como sociedad promotora de la red I21 no mantiene las mismas relaciones con todos los operadores copartícipes, distinguiéndose en consecuencia:

- a) Las mantenidas con el grupo de operadores que han contratado directamente con ALCATEL, a saber: COLT TELECOM, LDCOM Y GLOBAL CROSSING y
- b) Las mantenidas con el resto de operadores que siguen el esquema previsto en las Resoluciones dictadas por esta Comisión: RETECAL, DESARROLLO DEL CABLE y resto de operadores copartícipes.

Del mismo modo ALCATEL como sociedad concontratista tampoco mantiene las mismas relaciones con los operadores copartícipes, distinguiéndose entre:

- a) Aquellos con los que ha formalizado directamente un contrato de obra, rigiéndose sus relaciones por dicho contrato y en lo no previsto en el mismo por las Resoluciones dictadas por esta Comisión. Las relaciones pues entre la contratista y los operadores mencionados en cuanto la facturación de la obra civil, se articulan de forma directa sin la mediación de 21ST CENTURY.
- b) Aquellos operadores cuya relación con la contratista continúa rigiéndose según el esquema concebido en las Resoluciones dictadas por esta Comisión. La relación jurídica entre las partes se asimila en determinados aspectos a las propias de un contrato de obra, si bien, son en todo caso atípicas en cuanto no se articulan de forma directa sino indirectamente a través de la promotora y el Comité de Seguimiento .

Cuarto.- RELACIÓN DE CUESTIONES A ANALIZAR PARA LA RESOLUCIÓN DEL PRESENTE CONFLICTO.

Al objeto de obtener una mayor sistemática y claridad en la exposición de la presente Resolución, con carácter previo a su desarrollo, relacionaremos las diversas cuestiones planteadas en el presente conflicto.

1. En primer lugar analizaremos si las obligaciones cuyo pago reclama 21ST CENTURY son exigibles legalmente a la luz del contenido de las diversas Resoluciones dictadas por esta Comisión fijando las condiciones de compartición. En particular se examinará la naturaleza del Presupuesto de Ejecución en cuanto a su carácter de máximo y cerrado y lo dispuesto por esta Comisión en cuanto a posibles modificaciones del mismo.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2. Determinada, en su caso, la exigibilidad de las obligaciones reclamadas por 21ST CENTURY, procederemos a analizar la legalidad de las medidas propuestas por dicha Sociedad en orden a compeler a los operadores a proceder al pago de las cantidades debidas, esto es: la no cesión por la promotora de los derechos de uso de la infraestructura compartida ni de los derechos de paso obtenidos hasta el total cumplimiento de las obligaciones por el operador afectado.

3. Como última cuestión a tratar, se analizará la posibilidad del restablecimiento a favor de la promotora de las garantías o avales que resultaron devueltos por determinados operadores así como la determinación de las obligaciones cuyo cumplimiento se encuentra afianzado por las citadas garantías.

Quinto.- SOBRE LA EXIGIBILIDAD DE LAS OBLIGACIONES CUYO CUMPLIMIENTO SE RECLAMA.

Las obligaciones cuyo pago reclama 21ST CENTURY, no obstante ser todas ellas de naturaleza económica, pueden clasificarse de la siguiente manera:

a) Costes de construcción de la obra civil: dentro de este concepto se incluyen todos los gastos incurridos como consecuencia de la ejecución de la infraestructura común, es decir, de la red I21, tanto los expresamente previstos en el Proyecto de Ejecución como aquellos costes surgidos con posterioridad como consecuencia de la aparición de dificultades físicas en los terrenos sobre los que se despliega la red o por otras circunstancias no previstas en el proyecto original.

b) Costes de Promoción y Dirección de obra. Se incluyen junto con los costes de promoción y dirección de obra "strictu sensu", todos aquellos gastos relativos a la redacción de proyectos, Visados, Coordinación de Seguridad y Salud, Promoción y Gestión y Documentación final.

c) Costes derivados de tasas, impuestos, arbitrios o derechos. Dentro de este concepto se incluyen todos aquellos gastos que deberán abonarse a las autoridades o a terceros como consecuencia del despliegue de la red: esto es, licencias de obra, tasas por ocupación de dominio público, canon por establecimientos de servidumbres de paso, etc...

Pues bien, el objeto del presente conflicto de compartición lo constituye la reclamación por la promotora, es decir 21ST CENTURY, a determinados operadores copartícipes, de determinados gastos o costes a cuyo pago



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

se encuentran obligados en su condición de copartícipes en la construcción y despliegue de la infraestructura compartida, es decir, de la red I21.

Entrando en el análisis específico de los distintos costes objeto de reclamación pueden distinguirse:

a) Reclamaciones de pago por **costes derivados de Dirección de Obra y Promoción.**

En lo que se refiere a los costes generados por la Dirección de Obra, atendida la conveniencia de que dichas funciones se realizaran por empresas independientes a la que realiza la construcción, el Comité de Seguimiento decidió, después de la convocatoria del correspondiente concurso y tras el análisis de las ofertas recibidas, adjudicar dichas funciones de Dirección de Obra a las empresas TSIP e IDOM.

Las citadas empresas, desde su elección hasta la fecha actual, se encuentran realizando las funciones que le resultaron encomendadas, siendo las mismas, según se establece en las Resoluciones dictadas por esta Comisión: *“.....planificar y coordinar los trabajos de ejecución, certificar mensualmente las obras ejecutadas y controlarlas técnicamente de acuerdo con el proyecto y anexo técnico aprobado por la Dirección General de Carreteras.”*

Realizadas pues dichas funciones es evidente que se ha generado una obligación para cada uno de dichos operadores copartícipes de contribuir a los citados costes y ello atendiendo al sistema de facturación convenido, según el cual los costes de las Direcciones de Obra son inicialmente soportados por el Promotor y posteriormente repercutidos en el resto de operadores, según su participación en el proyecto.

Debido a lo anterior, las facturas generadas por las labores de Dirección encomendadas por el Comité de Seguimiento deben ser abonadas por todos y cada uno de los copropietarios en proporción a su participación en el proyecto, declarándose en consecuencia la obligatoriedad de cada operador copartícipe de abonar las facturas giradas y que puedan girarse en el futuro por 21ST CENTURY por el citado concepto, siempre que las mismas se hayan elaborado atendiendo a los precios y demás condiciones pactadas.

Debe significarse que dicha obligación es expresamente reconocida por todos los operadores que han presentado alegaciones en el presente expediente, con excepción de LDCOM, quien realiza y reitera unas manifestaciones carentes de cualquier fundamento, a juicio de esta Comisión, poniendo en entredicho la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

imparcialidad de esta empresas sin aportar, no obstante, el más mínimo indicio de prueba.

En lo que se refiere a los gastos derivados de los **Costes de Promoción**, las reclamaciones de 21ST CENTURY se plantean en términos absolutamente ambiguos y contradictorios.

Así reclama a los operadores el pago de dichos gastos cuando a renglón seguido manifiesta que en ese momento los está calculando. Difícilmente podrán los operadores proceder a su pago si ni siquiera 21st CENTURY conoce su importe y en consecuencia no se ha girado factura alguna por dicho concepto.

La ambigüedad a la que nos referimos se da no sólo en cuanto al importe de los gastos sino también en cuanto al propio concepto de “promoción” y en cuanto al porcentaje del 6% que pretende 21ST CENTURY aplicar en reclamación de dichos costes, amparándose para ello en lo establecido en algunas de las Resoluciones dictadas por esta Comisión³.

En efecto, en las citadas Resoluciones se decía textualmente:

“ Por la labor de promoción, edición de proyectos definitivos, gestión de licencias, permisos, autorizaciones, visados, realización de documentación, seguridad y salud laboral y Dirección de obra se establece un porcentaje del 6% sobre el importe total de ejecución de la obra antes de IVA, que se distribuirá en proporción al número de tubos instalado en la canalización y a la longitud total que ocupe.”

Mas adelante en las citadas Resoluciones se venía igualmente a disponer:

“.. teniendo en cuenta el importe total de la obra a realizar en el tramo considerado, se considera adecuada la propuesta de INTEROUTE que valora en el 6% sobre el importe total de la obra antes del IVA el importe correspondiente a la Dirección de obra, teniendo en cuenta que ésta no sólo incluye la dirección de obra strictu sensu, sino también la redacción de proyectos visados, coordinación de seguridad y salud, promoción y gestión y documentación final.”

De los citados preceptos se concluye inequívocamente que el porcentaje del 6% incluye no sólo la promoción, sino otra serie de actividades, incluida la propia Dirección de Obra.

³ Resoluciones ME2000/2341, ME2000/2926, ME2000/27 y ME2000/2928



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Ahora bien, según hemos visto en el apartado precedente, la Dirección de Obra es facturada por 21ST CENTURY a los operadores como concepto independiente (es decir exclusivamente Dirección de Trabajos) y así lo manifiesta y reconoce la promotora en su propio escrito de interposición del conflicto.

En cuanto al resto de las actividades relacionadas, es decir: “promoción, edición de proyectos definitivos, gestión de licencias, permisos, autorizaciones, visados, realización de documentación, seguridad y salud laboral”, revisada por esta Comisión los presupuestos entregados a los operadores copartícipes, se ha podido comprobar que en todas las descripciones de las unidades de obra aparece la siguiente mención: “...; incluso parte proporcional de realización de proyectos y documentación, gestión de proyectos y obtención de permisos, promoción, seguridad y salud, control de calidad y realización de as built”.

De lo que se deduce que dichas actividades se han subcontratado por 21ST CENTURY a ALCATEL y su facturación es incluida por dicha sociedad en las facturas correspondientes a los costes de construcción de la red.

Visto en consecuencia el modo de proceder de las partes, de aplicarse el porcentaje del 6% previsto, del mismo debería de descontarse necesariamente: por un lado los gastos ya abonados en concepto de Dirección de Obra y por otro los gastos de documentación, proyectos, salud, promoción, etc..., ya abonados a la sociedad contratista en las facturas de obra civil. El remanente sería el porcentaje real y legal que podría cobrarse a cada copartícipe⁴.

En consecuencia a lo anterior y visto el modo en que, no obstante lo previsto en nuestras Resoluciones, se han ido desarrollando las relaciones de facto entre los operadores, esta Comisión estima que no procede aplicar el porcentaje del 6% inicialmente previsto.

Se propone pues que sea 21ST CENTURY quien previamente defina y especifique cuales son exactamente los gastos en los que ha incurrido como promotora del proyecto que no puedan encuadrarse en los conceptos ya facturados, (ejemplo de gasto no abonado y por tanto susceptible de ser reclamado al resto de los operadores lo constituyen los pagos que dicha promotora ha realizado para el alquiler de los locales en los que se ha venido reuniendo el Comité de Seguimiento).

Definidos los mismos, deberá convocarse al Comité de Seguimiento al objeto se discutan y aprueben dichos gastos y se convenga sobre su forma de pago.

⁴ El porcentaje a aplicar a cada operador sería en cualquier caso distinto en función de lo que hubiera o no abonado por los otros conceptos de Dirección de obra y promoción general.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Una vez aprobados por el Comité los citados gastos, se distribuirán entre todos los operadores y se facturarán a cada uno de ellos en proporción a su participación en el proyecto. Cada operador estará obligado al pago de la(s) factura(s) que al efecto les sean presentadas por la promotora.

A este respecto, esta Comisión estima que la presente solución no debe suscitar problema alguno, en cuanto que los operadores, si bien consideran improcedente el pago de una tasa de promoción, por el contrario en las alegaciones presentadas ante esta Comisión manifiestan expresamente su voluntad de proceder al pago de los citados gastos una vez se definan por la promotora y se aprueben en el seno del Comité de Seguimiento.

b) Reclamaciones efectuadas por 21ST CENTURY en concepto de pago de tasas, impuestos, arbitrios y derechos.

Para el pago de las citadas tasas, impuestos, arbitrios y derechos devengados como consecuencia del despliegue de la red⁵, las diversas Resoluciones dictadas por la CMT establecieron igualmente el criterio de la proporcionalidad de la participación de cada operador en el proyecto de compartición. En consecuencia cada copartícipe deberá contribuir al pago de los citados conceptos en proporción al número total de tubos instalados en la canalización.

Fijado el criterio de contribución, así como la obligatoriedad de los copropietarios a contribuir al pago de dichas tasas, alega RETECAL que el pago de las cantidades abonadas por 21ST CENTURY a los Ayuntamientos u otros organismos públicos ya se encuentran integradas en el Presupuesto de Ejecución por lo que no cabe en este momento reclamar estas cantidades de manera desagregada por haberse abonado en anteriores facturas.

A juicio de estos servicios, esta alegación no debe tomarse en consideración, toda vez que en los diversos Presupuestos de Ejecución enviados por la Promotora a los operadores y aceptados por estos, se encuentra expresamente excluidos de dichos presupuestos las citadas partidas, y así en la hoja correspondiente al Resumen por Capítulos en donde se recoge el total del Presupuesto de Ejecución, se dispone literalmente: “ *Asciende el presente Presupuesto de EJECUCIÓN MATERIAL, **excepto cualquier tasa, impuesto, arbitrio o derecho que haya que sufragar, a la citada cantidad de***”

⁵ En estos conceptos incluimos cualquier tipo de pagos que hayan sido requeridos por terceros (ya sean organismos públicos o privados) para autorizar o facilitar al despliegue de la red, incluidos los pagos o cánones a los propietarios de terrenos para la constitución de las servidumbres de paso.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En consecuencia, esta Comisión manifiesta que los conceptos antedichos no están incluidos en el Presupuesto de Ejecución y por tanto deberán abonarse a 21ST CENTURY de forma independiente por cada uno de los operadores obligados de conformidad con su participación en el proyecto.

A este respecto se declara la obligación de RETECAL y DESARROLLO DEL CABLE, así como de cualquier otro operador en similar situación, de abonar a la Sociedad promotora las cantidades que por dichos conceptos hayan sido debidamente facturadas y a esta fecha se encuentren impagadas.

Idéntica solución se aplica al Canon que en su día solicite la Dirección General de Carreteras a 21ST CENTURY como beneficiaria del derecho de ocupación del dominio público. Una vez fijado el mismo por dicha Dirección General, su importe deberá ser distribuido a prorrata entre todos los copartícipes en proporción a su participación en el proyecto, declarando en consecuencia la obligatoriedad de que cada uno de los copartícipes abone a la Sociedad promotora la factura girada por dicho concepto.

C) Reclamaciones concernientes a los costes de construcción de obra civil.

Dichas reclamaciones se dirigen contra determinados operadores que mantienen con 21ST CENTURY la relación prevista en las Resoluciones de la CMT, es decir no tienen relaciones directas con la compañía constructora sino es a través del Comité de Seguimiento y en consecuencia los trabajos realizados por la compañía constructora son facturados directamente a 21ST CENTURY quien a su vez facturará a cada operador su parte de gastos correspondientes en proporción a su participación en el proyecto de compartición.

Concretamente la reclamación en cuanto al pago de los citados costes de construcción se dirige contra los operadores RETECAL y DESARROLLO DEL CABLE alegando la sociedad promotora el impago por dichos operadores de determinadas facturas correspondientes a la ejecución de obra civil.

Por lo que se refiere a RETECAL, la razón del impago de determinadas facturas entendemos no se debe a ningún motivo de fondo sino a la disconformidad en cuanto a su importe debido a la facturación de determinadas unidades contradictorias proporcionadas por ALCATEL que estiman improcedentes. A estos efectos aportan el informe realizado por la Dirección de Obra –IDOM- con fecha 29 de octubre de 2001, en el que se analiza la coherencia entre las distintas unidades de obra catalogadas por ALCATEL



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

como contradictorias (es decir, no previstas según ellos en el presupuesto de ejecución) con las diversas partidas contenidas en el presupuesto de ejecución citado.

Tras el pertinente análisis, la Dirección de obra llega a la conclusión que, de las diez unidades de obra presentadas como contradictorias por la contratista, tres de ellas (Relleno de arena, hitos de señalización y hilo plynnox) no procede su aplicación en cuanto que dichas partidas estaban previstas en el presupuesto de ejecución y por tanto no deben suponer un aumento del presupuesto de ejecución inicial.

Esta Comisión no tienen por menos que aceptar plenamente lo dispuesto en el informe elaborado por la Dirección de obra, al que valoramos como un informe pericial atendida la imparcialidad y especialización profesional de la empresa que realiza las citadas labores.

Dicha Dirección de Obra tiene la condición de tercero a los efectos previstos en el artículo 1.598 del Código Civil cuando dispone: “ *Si la persona que ha de aprobar la obra es un tercero, se estará a lo que este decida.*”

En consecuencia a lo anterior las facturas giradas por 21ST CENTURY que recojan las citadas valoraciones contradictorias deberán adaptarse a las determinaciones contenidas en el citado informe y una vez rectificadas, si no lo han hecho a esta fecha, deberán remitirse a RETECAL que queda obligada a su abono a la sociedad promotora.

En cuanto al resto de las facturas impagadas por RETECAL a 21ST CENTURY correspondientes a certificaciones de obra, la propia operadora en su carta de 11 de julio del año en curso anuncia a la promotora su pago inmediato, por lo que deberá procederse, sin más dilación, conforme a lo anunciado.

En cuanto a DESARROLLO DEL CABLE, el motivo del impago de determinadas facturas relativas a costes de construcción de la infraestructura, se deben a que entiende que el operador promotor ha incluido nuevos incrementos al precio de construcción superiores al 10% del presupuesto sin justificar en ningún momento las causas de dichos aumentos ni sometiendo los mismos a los procedimientos de aprobación previstos en las Resoluciones dictadas por esta Comisión (en concreto la Resolución ME 2000/2342).

Conviene en consecuencia analizar la naturaleza del Proyecto de Ejecución a la luz de las Resoluciones dictadas por esta Comisión.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Que dicho proyecto de ejecución no es algo cerrado e inamovible se deriva de las propias Resoluciones que prevén su posible modificación, regulando expresamente las dos circunstancias que la posibilitan:

- Por la inclusión de nuevas necesidades por parte de uno o varios operadores en un momento posterior a la presentación a la DGC del Proyecto de ejecución.
- Durante la realización de las obras por aparecer dificultades físicas en los terrenos u otras circunstancias , no previstas en el Proyecto de Ejecución que dificultan imposibilitan el avance del proyecto.

Esta posibilidad de modificación del proyecto de ejecución y en consecuencia del presupuesto derivado del mismo, es de todo punto lógico si atendemos a la naturaleza y magnitud de la obra proyectada – la construcción de una red troncal de fibra óptica con una longitud aproximada de 1.490 Km.- que hacía absolutamente imposible prever, en el momento en que se elaboró el proyecto y su correspondiente presupuesto, todas las variables que pudieran acaecer en las labores de construcción y despliegue de la misma.

Ahora bien, la posibilidad de modificación del proyecto inicial está limitada, por evidentes razones de seguridad jurídica, a aquellos supuestos expresamente previstos en las Resoluciones citadas: esto es, por a) por dificultades físicas en los terrenos y b) por otras circunstancias que dificulten o imposibiliten el avance del proyecto.

En consecuencia a lo anterior cualquier modificación en cuanto al proyecto de ejecución inicialmente previsto así como en cuanto a los precios contenidos en el presupuesto de ejecución deberá fundamentarse en cualquiera de estas dos circunstancias para que puedan estimarse conformes.

A su vez dependiendo del importe del presupuesto a modificar, se adoptarán determinadas cautelas en orden a garantizar los intereses de todos los operadores copartícipes.

A este respecto se dispone expresamente en las citadas Resoluciones:

“ En el supuesto de que durante la realización de las obras, apareciesen imposiciones físicas de los terrenos no contempladas en el Proyecto original ni en el Proyecto de ejecución, el operador promotor las autorizará sin necesidad de autorización expresa por parte del resto de los operadores interesados. El operador promotor informará al Comité de Seguimiento sobre todas las modificaciones realizadas al Proyecto de ejecución, y con carácter previo, sobre las modificaciones que produzcan variaciones en el presupuesto



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

superiores al 10%. Estas modificaciones deberán ser aceptadas por la mayoría simple del Comité de seguimiento.

En el caso de que algunos operadores interesados desee introducir modificaciones particulares al Proyecto de ejecución, deberá notificarlo al Comité de seguimiento para su aprobación. En el caso de que las modificaciones propuestas impliquen un aumento del presupuesto de ejecución de la obra, las modificaciones deberán ser aprobadas por la mayoría absoluta de los miembros del Comité de Seguimiento. En el caso de que no impliquen aumento del presupuesto, serán aprobadas por mayoría simple.”

Pues bien, de acuerdo con el presunto incumplimiento por 21ST CENTURY de esta cláusula, DESARROLLO DEL CABLE, una vez cubierto con los pagos realizados por su parte el Presupuesto de ejecución inicial aceptado, dejó de abonar las dos últimas facturas que al efecto le fueron giradas por 21ST CENTURY por entender que las mismas contenían modificaciones al presupuesto inicial superiores al 10% y las mismas no habían sido aceptadas por la mayoría simple del Comité de Seguimiento como exigen las Resoluciones.

Con relación a esta cuestión planteada, conviene precisar en primer lugar, que DESARROLLO DEL CABLE responsabiliza a 21st CENTURY de los incrementos de los precios y de las modificaciones al proyecto inicial, cuando dichos incrementos o modificaciones al proyecto, es obvio, que no se realizan por la promotora sino por quien construye la red, es decir por la sociedad contratista ALCATEL. Es más, la propia 21ST CENTURY, como sociedad promotora del proyecto, es la que encarga a las dos sociedades que realizan las funciones de las Direcciones de Obra, la elaboración de sendos informes en los que se valore la justificación o no de las unidades de obra contradictorias propuestas por ALCATEL para determinados tramos del proyecto, así como el análisis de los precios propuestos por dicha contratista comparándolos con los precios de mercado dentro del ámbito de la construcción y obra civil.

Lo anterior es de todo punto lógico si atendemos a que 21ST CENTURY además de promotora es copartícipe en la infraestructura y en consecuencia se ve igualmente perjudicada que el resto de los operadores por cualquier incremento que experimenten los precios de las obras. Por ello cualquier variación de los precios inicialmente convenidos no debe atribuirse a una actitud arbitraria y caprichosa de la entidad promotora como parece derivarse de las alegaciones efectuadas por DESARROLLO DEL CABLE.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Conviene aclarar en este punto que la figura del promotor, tal y como se conoce en el sector inmobiliario y a la que parece referirse DDC, no responde exactamente a la función de promotor que desarrolla 21ST CENTURY.

Así, el promotor tradicional es esencialmente el que comercializa la construcción, es decir, el que contrata la construcción para la posterior venta a terceros con un precio cerrado. La relación que le liga al tercer adquirente del piso o local es el de la compraventa. Estos terceros no tienen relación alguna con la contratista.

Por el contrario, en el presente proceso de compartición y a la vista de lo dispuesto por las Resoluciones dictadas por esta Comisión, es evidente que nos encontramos ante un **“proyecto de construcción conjunta de las infraestructuras”**, en el que cada uno de los copartícipes se les reconoce y garantiza el derecho de intervenir en la construcción misma de las canalizaciones con instalación de los materiales que tenga por conveniente, así como la posibilidad de supervisar la ejecución de las obras y todo ello sin perjuicio de que, en aras de una mayor agilidad y simplificación de las relaciones, dado el número de copartícipes existentes, estos no tengan relación directa con la contratista sino de forma indirecta a través del Comité de Seguimiento, lo que manifiesta expresamente DDC en sus alegaciones y confirma esta Comisión.

Precisada esta cuestión, y con independencia de que el aumento del presupuesto sea o no superior al 10% del presupuesto inicial, ya sea entendido este como el presupuesto total de ejecución o únicamente del tramo en cuestión, la actitud de DESARROLLO DEL CABLE negándose al pago de las dos últimas facturas giradas por 21ST CENTURY no puede ser justificada por esta Comisión atendiendo a la propia actitud de dicha operadora manifestada durante y después de la construcción de la propia infraestructura.

En efecto, según se ha comentado en apartados anteriores del presente informe, la Dirección de Obra es la encargada de *“...planificar y coordinar los trabajos de ejecución, certificar mensualmente las obras ejecutadas y las mediciones efectuadas de las mismas así como controlarlas técnicamente de acuerdo al proyecto y anexo técnico aprobados por la Dirección General de Carreteras.”*

En cumplimiento de su cometido, las dos Sociedades a las que se encargó por el Comité de Seguimiento las citadas funciones de Dirección de Obra mantienen mensualmente informados al Comité de Seguimiento de las incidencias de las obras informando en consecuencia a todos los operadores que participan en dicho Comité de las pruebas efectuadas (mandrilado y



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

presión) y en general de los avances de las labores conforme se efectúan por la contratista.

Quiere con ello decirse que los miembros integrantes del Comité de Seguimiento -entre los que se encuentra DESARROLLO DEL CABLE - están puntualmente informados por las Direcciones de Obra de todos aquellos incidentes que se producen en las obras y en concreto de cualquier desviación que pudiera producirse con relación al proyecto de ejecución inicial, cuestión esta que es la que ha motivado el conflicto actual.

Prueba de ello es que en la sesión del Comité de Seguimiento celebrada el 16 de octubre de 2001, a instancia de 21ST CENTURY, se acuerda encargar a las dos sociedades que realizan las funciones de la Dirección de Obra: IDOM y TSIP, que se informe al Comité sobre la justificación de las unidades de obra contradictorias reclamadas por ALCATEL que suponen una desviación del proyecto inicial -con el consiguiente aumento del presupuesto - e informe igualmente sobre la corrección de los precios aplicados según mercado.

Fruto de dicho encargo se elaboran por las citadas sociedades sendos informes, cada uno de ellos correspondiente a un tramo de la red donde se había modificado el proyecto inicial, en los que se van exponiendo la justificación o no de las diversas partidas propuestas. A título de ejemplo, en el informe elaborado por TSIP con relación al tramo de Cuenca, que es el que afecta al tramo de red en el que participa DESARROLLO DEL CABLE, se analiza una unidad contradictoria que implica una modificación al alza del presupuesto debida a la imposición física de los terrenos donde ejecuta la canalización, y se declara correcta, si bien se difiere en cuanto al precio aplicado.

En cuanto al informe de IDOM, igualmente se declaran correctas determinadas unidades contradictorias ya sea por imposición física de los terrenos o bien por exigencia de la Dirección General de Carreteras, declarando por el contrario la disconformidad en cuanto a tres partidas a las que nos hemos referido en apartados anteriores del presente informe.

Por ello diferimos de la interpretación que de dichos informes hace DESARROLLO DEL CABLE cuando, de forma genérica e imprecisa, considera que de los mismos se desprende la no procedencia de los aumentos de presupuesto.

En consecuencia a lo anterior es evidente que de dichos informes tuvo perfecto conocimiento DESARROLLO DEL CABLE, como miembro del Comité de Seguimiento, y por tanto, conocía las modificaciones al presupuesto realizadas por las circunstancias de hecho sobrevenidas. No parece pues corresponderse



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

con la realidad que de dichas modificaciones tuviera conocimiento dicha sociedad una vez finalizada la obra civil según manifiesta en su primer escrito de alegaciones.

A este respecto consta a esta Comisión que las citadas modificaciones al proyecto y los correspondientes informes de las Direcciones de obra, fueron objeto de discusión entre los operadores y que al final llegaron a algún tipo de acuerdo toda vez que en el Acta del Comité de Seguimiento de 14 de febrero de 2002, firmada por el representante de DESARROLLO DEL CABLE – D. Luis Fernando Alvarez- se hace constar que, tras la reunión del 29 de noviembre y tras la correspondencia mantenida, 21ST CENTURY considera que los trabajos adicionales realizados como consecuencia de dichas modificaciones al proyecto original deben ser compensadas, comunicando en consecuencia su intención de repercutir las facturas que al efecto gire ALCATEL al resto de los operadores de acuerdo con su afección y las Resoluciones de la CMT.

No consta en Acta ninguna manifestación en contra del representante de DDC con relación a dicha cuestión.

En el trámite de Audiencia DDC reconoce, sin embargo, conocer las citadas modificaciones al proyecto, si bien alega en esta ocasión que lo que desconocía era su importe económico, lo que resulta en todo caso difícil de aceptar toda vez que en el informe de la Dirección de obra se hace un análisis de los precios unitarios que presenta ALCATEL por las citadas modificaciones y en todo caso no parece probable, de acuerdo con la lógica de una gestión adecuada, que en la citada sesión del Comité de 14 de Febrero se conviniera en cuanto a facturar los trabajos adicionales y no se discutiera y conviniera igualmente sobre el montante económico que supondrían dichas modificaciones del proyecto.

La conducta pues de DESARROLLO DEL CABLE negándose al pago de las últimas facturas giradas por haber estas superado el presupuesto inicial acordado, meses más tarde de que fuera debatido el asunto, sin haber refutado ante el Comité de Seguimiento, ni por cualquier otra vía, las modificaciones acordadas en su seno, y a mayor abundamiento, una vez recepcionadas por su parte las infraestructuras, con despliegue de red a la fecha actual, entra de lleno en la llamada **Doctrina de los propios actos** o regla que decreta la inadmisibilidad de ir contra los propios actos surgida en el ámbito del Derecho Privado.

Dicha doctrina, según la ST del Tribunal Constitucional núm. 73/1998 de 21 de abril, entre otras, predica la *“..vinculación del autor de una declaración de voluntad, generalmente de carácter tácito, al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, lo que*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe que impone el deber de coherencia en el comportamiento y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos”

En consecuencia a lo anterior, al tratarse de modificaciones al proyecto de ejecución necesarias para garantizar el avance del proyecto, conocidas en su momento expresamente por la operadora, planteadas en el seno del Comité de Seguimiento y aceptadas tácitamente en cuanto a su ejecución y facturación, esta Comisión estima que DESARROLLO DEL CABLE debe abonar a 21ST CENTURY las facturas correspondientes a los costes de construcción que a esta fecha permanecen impagadas siempre que las mismas se hayan elaborado conforme a los criterios y especificaciones contenidos en el Informe de la Dirección de Obra al que nos hemos referido previamente. En caso contrario 21ST CENTURY deberá modificarlas para adecuarlas a dichas especificaciones y presentarlas nuevamente a DESARROLLO DEL CABLE, momento en el que dicha mercantil deberá proceder a su pago.

Por último y en cuanto a la última factura que DDC ha procedido a devolver alegando que su importe no se corresponde con los costes reales de construcción, se manifiesta que esta Comisión en ningún momento se ha pronunciado sobre el importe económico de las facturas sino sobre los principios o conceptos que legitiman a la sociedad promotora a girar las facturas que reclama, por ello habrá que estar a lo que en su caso hayan dispuesto sobre este asunto los informes de las Direcciones de Obra, o en su defecto recabar su dictamen sobre dicha cuestión.

Cuarto.- ANALISIS SOBRE LA PROCEDENCIA Y APLICABILIDAD DE LAS MEDIDAS PROPUESTAS POR 21ST CENTURY PARA COMPELER A LOS OPERADORES AL CUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES.

Una vez pronunciados en cuanto a la exigibilidad de los diversos tipos de obligaciones cuyo cumplimiento reclama la promotora, constituirá el objeto del presente apartado el análisis de la legalidad o conformidad a derecho de las medidas propuestas por la sociedad promotora como medidas de presión para compeler a los operadores al respectivo cumplimiento de sus obligaciones.

Las medidas propuestas son las siguientes:

- a) Que el promotor, es decir, 21ST CENTURY no conceda al resto de los operadores copartícipes en el proyecto el derecho de uso en la infraestructura compartida hasta que sus obligaciones estén plenamente satisfechas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- b) Que no ceda el beneficio de cualquiera de los derechos de paso obtenidos a dichos operadores entretanto no se cumplan la totalidad de las obligaciones reclamadas.

a) Sobre la no obligación del Promotor de conceder a un operador el derecho de uso en la infraestructura compartida.

Para decidir sobre la citada petición de la promotora, es indispensable el estudio previo del régimen de compartición tal y como fue proyectado en las Resoluciones dictadas por esta Comisión.

Una de las primeras cuestiones que tuvieron que resolverse por esta Comisión a la hora de fijar las condiciones técnicas, económicas y jurídicas del proceso de compartición de la red I21, fue la de precisar el ámbito de compartición de la infraestructura, es decir, qué es lo que realmente constituía el objeto de compartición. Dicha cuestión se concibió de todo punto transcendental toda vez que de la misma dependían cuales iban a ser las condiciones mínimas necesarias para regular el uso compartido de la citada infraestructura.

A esto efectos, en las citadas Resoluciones se vino a distinguir los dos posibles objetos de uso compartido: la propiedad misma o bien las instalaciones que sobre tal propiedad construya el operador beneficiario de la ocupación.

Se diferenciaban así desde el principio las siguientes posibilidades:

- que el operador inicial fuera el titular de las infraestructuras y cediera su uso al entrante o bien que
- se construyan conjuntamente las instalaciones constituyéndose una comunidad de bienes.

Esta Comisión se inclinó claramente por la segunda posibilidad considerando que la compartición pretendida “ *efectivamente lo es del dominio público viario sobre el que se establecerá la infraestructura y no de esta misma...*” haciendo suyas las alegaciones que al efecto formularon determinados operadores interesados al indicar: “ *el convenio propuesto por INTERROUTE no supone una propuesta de uso compartido de las infraestructuras, que implicaría la realización de las obras y la asunción del riesgo por parte del promotor del proyecto, para una vez finalizadas las mismas entregarlas a los operadores interesados, sino un proyecto de construcción conjunta de tales infraestructuras*”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Mas adelante y siguiendo con el razonamiento antedicho se dispone en las citadas Resoluciones:

“ ...Parece más razonable que se otorgue a estos operadores el derecho a intervenir en la construcción misma de las canalizaciones, instalar los materiales que tengan por conveniente – que serían de su exclusiva propiedad- supervisar la ejecución de la obra..etc

Ello hace necesario distinguir dos ámbitos en las infraestructuras compartidas: de un lado, los elementos de uso exclusivo de cada operador (tubos...etc) sobre los cuales estos mantienen una propiedad exclusiva; y de otro, aquellos elementos de la infraestructura construida cuyo uso es intrínsecamente común a todos los operadores, básicamente la troncal de canalización, cuya propiedad se rige en régimen de comunidad entre los operadores partícipes, sin perjuicio de que el único titular del derecho de ocupación frente a la Administración sea solamente el promotor o solicitante inicial: Interoute.”

El régimen previsto no es incompatible con el hecho de que se considere a la sociedad promotora como responsable de la ejecución de las obras y en este sentido se establezca que sea dicha sociedad la que suscriba en su nombre y en el de los demás operadores interesados los correspondientes contratos con la contratista y con la Dirección de obra.

Esto es así en cuanto que uno de los principales intereses de esta Comisión fue arbitrar las relaciones entre las partes de manera que se evitara en la medida de lo posible que la complejidad en las citadas relaciones, dado el número de operadores participantes, supusiera una rémora en la buena marcha del proyecto. Por ello se concibió el sistema por el cual 21ST CENTURY como único titular del derecho a la ocupación y redactor del proyecto inicial, le correspondía la función de promotor de la construcción de la infraestructura de telecomunicaciones y como tal liderar el citado proyecto y decidir sobre la empresa a contratar tanto la ejecución como la dirección de la obra. El respeto en todo caso a los intereses del resto de operadores interesados se conseguiría facultando al Comité de Seguimiento para fiscalizar la buena marcha de los trabajos entre otras funciones encomendadas.

Conviene igualmente traer a colación en este momento, lo ya dispuesto en el apartado c) del fundamento de derecho tercero del presente informe en cuanto a las relaciones contractuales existentes entre los operadores.

A este respecto reiteramos lo dicho con relación al promotor del presente proyecto de compartición y su no asimilación a la figura del promotor tradicional



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

en el ámbito inmobiliario. En este sentido el promotor del proyecto no mantiene con el resto de copartícipes una relación de compraventa en el sentido de entrega de la infraestructura a cambio de un precio previamente pactado y cerrado sino de copartícipes en una obra común en cuya construcción participan todos de forma conjunta.

Dicha relación es reconocida expresamente por 21ST CENTURY cuando en su escrito de interposición del presente conflicto manifiesta: *“...21st Century no puede ser tenida como una Compañía constructora que haya negociado y cerrado una obra a “tanto alzado” y/o “llave en mano” debiendo soportar de su cuenta y cargo el riesgo empresarial típico del negocio, sino que es un operador que por las determinaciones de uso compartido de la Ley General de Telecomunicaciones se ha visto obligado a incorporar a su proyecto a sus competidores...”*

De la valoración conjunta del régimen establecido en nuestras Resoluciones, esta Comisión estima que **no es coherente con sus determinaciones la pretensión de 21ST CENTURY de no conceder a un operador el derecho de uso de las infraestructuras compartidas hasta el total cumplimiento de sus obligaciones.**

Ello es así en cuanto el derecho de uso de la infraestructura compartida del que goza cada operador, no se encuentra vinculado a una concesión previa del promotor en el sentido de que sea este el que recepciona la infraestructura y tal cual se la entrega a cada copartícipe a cambio de un precio, sino que según se ha visto, cada uno de los operadores participa conjuntamente en la construcción de la obra y a tal efecto es cada uno de ellos el que recepciona la infraestructura del contratista, a través de las Direcciones de Obra (que actúa en nombre de todos y cada uno de los operadores que integran el Comité de Seguimiento).

En este sentido disponen las Resoluciones de esta Comisión: “ ... A la recepción provisional de las obras, deberán acudir el contratista, la dirección de obra, el operador promotor y los operadores interesados. La no asistencia a dicho acto por parte de alguno de los operadores interesados, se entenderá como recepción tácita de las obras por el operador ausente”

De lo anterior se deduce que la recepción provisional de la obra se hace por cada operador copartícipe, es decir, no hay una transmisión de la obra del contratista al promotor y de este al resto de los operadores, sino una transmisión directa del contratista a cada operador copartícipe.

Continúan diciendo las Resoluciones:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“ Una vez terminadas las obras de construcción y abonadas las facturas correspondientes por los operadores tras la firma del acta de recepción provisional conforme se establece en la cláusula 12, estos tomarán posesión de las canalizaciones y arquetas, siendo desde ese mismo momento los únicos y exclusivos propietarios de sus respectivas infraestructuras....

Es decir, el doble régimen de propiedad, común y privativo que adquieren los operadores, viene condicionado, según dicho precepto, por el pago de las facturas correspondientes, constituyendo pues dicho pago requisito previo y necesario para la adquisición de la propiedad común y privativa por cada operador. **Hasta el completo pago de las facturas giradas al efecto, el propietario de lo construido sigue siendo ALCATEL.**

No es pues 21ST CENTURY la que puede mantener el control de la infraestructura hasta su completo pago porque en ningún momento ha ostentado dicha propiedad, no pudiendo disponerse de lo que no se es propietario.

Esta interpretación es a su vez coherente con la forma de pago de las facturas que se proyectó en nuestras Resoluciones y que de hecho se viene aplicando entre 21ST CENTURY y aquellos operadores que no tienen una relación directa con ALCATEL⁶.

Según este sistema la empresa contratista factura directamente a 21ST CENTURY los trabajos realizados y esta los repercute en cada operador en proporción a su participación en el proyecto. Una vez cobrados los gastos se reembolsan por la promotora a ALCATEL. Es decir, 21ST CENTURY actúa como una gestora en cuanto a la recaudación del precio.

Conviene incidir en el hecho de que 21ST CENTURY no abona a ALCATEL las facturas giradas y posteriormente las repercute en los operadores (en cuyo caso podría haber adquirido por el pago la propiedad de la infraestructura de cada operador) sino que el proceso es a la inversa: reclama a cada operador sus correspondientes facturas, estos las abonan (por lo que adquieren la propiedad del tramo abonado) y una vez satisfechas las mismas 21ST CENTURY reembolsa a ALCATEL dichas cantidades.

A sensu contrario si uno de los operadores no abona la parte que le corresponde no hay reembolso de 21ST CENTURY a ALCATEL, siendo dicha constructora la perjudicada en última instancia por el impago de los costes de construcción.

⁶ En los casos en los que se suscribieron contratos unilaterales entre un operador y Alcatel, se reguló un sistema de facturación directa entre las partes sin intermediación alguna de 21ST CENTURY, según se ha expuesto a lo largo de la presente Resolución.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por todo lo anterior concluimos que 21st CENTURY, carece de la facultad que pretende de mantener el control sobre la infraestructura construida hasta que el operador adquiera su propiedad mediante el pago de su precio, facultad que corresponde a ALCATEL en su condición de propietaria de la infraestructura hasta el total abono de las citadas facturas.

Ahora bien, lo anterior no obsta a que dicha promotora pueda ejercer cualquier otra medida de las previstas en Derecho para reclamar las cantidades adeudadas a los operadores copartícipes, entre ellas, la constitución o ejecución en su caso del Aval Bancario al que se refieren las Resoluciones de esta Comisión, instrumento que se constituyó expresamente con la finalidad de garantizar los pagos que debían realizarse dentro del marco de dicho acuerdo.

Ello es así en cuanto que, según se ha expuesto en diversos apartados de esta Resolución, las relaciones entre las partes (contratista, promotor y resto de operadores) se concibieron de manera que fuera el promotor el único que mantuviera relaciones directas con la contratista y los demás a través del Comité de Seguimiento, lo que determinó que no existiera facturación directa entre los operadores y ALCATEL. Dicha relación, con excepción de los operadores que en su día firmaron contratos directos con ALCATEL, se ha mantenido hasta la fecha.

Por ello, no se justifica en modo alguno, a juicio de esta Comisión, la pretensión actual de ALCATEL de que se le abonen directamente las facturas impagadas por los operadores, prescindiendo de 21st CENTURY, en cuanto ello supondría una modificación injustificada del sistema de pago proyectado en nuestras anteriores Resoluciones y que, con las excepciones vistas, ha funcionado con plena aceptación de todas las partes hasta el momento actual.

El hecho pues de que la relación jurídica entre ALCATEL y los operadores copartícipes se asimile en determinados aspectos con un contrato de obra (en el sentido de que estos participen conjuntamente con el promotor en la construcción de la infraestructura), no afecta en modo alguno a la posición de 21ST CENTURY como titular del derecho a recibir el pago de las facturas y de la recíproca obligación de entregarlo a la contratista.

Por ser 21ST CENTURY, en su condición de promotora del proyecto, la persona legitimada jurídicamente para reclamar y recibir los pagos, de conformidad con lo proyectado en las Resoluciones que fijan las condiciones de compartición, es en consecuencia la persona autorizada titular del crédito, a la que se refieren los artículos 1162 y 1164 del Código Civil, y por ello cualquier pago hecho por los operadores a la misma tiene absoluto carácter liberatorio para ellos.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La finalidad a la que destine 21ST CENTURY dichos pagos no afecta en absoluto a los operadores que han cumplido su obligación entregando el pago a la persona legitimada para recibirlos. Lo que se entiende sin perjuicio de las acciones que pudieran corresponder a ALCATEL contra 21ST CENTURY si no destina los cobros realizados al fin para el que han sido entregados.

En conclusión, no existe en la actualidad motivo alguno que justifique que esta Comisión modifique la relación jurídica proyectada en su momento y que han regido las relaciones entre las partes hasta el día de hoy. Por ello si a ALCATEL le interesa un sistema de facturación directa, deberá llegar a un acuerdo con los operadores y con la promotora al igual que lo hizo en su momento con determinados operadores copartícipes.

Lo anterior no obsta sin embargo a que ALCATEL, con relación a aquellos pagos aún no efectuados por determinados operadores relativos a la construcción de la obra civil, pueda ejercitar conjuntamente con 21ST CENTURY, en su condición de perjudicado por dicho impago, las distintas acciones de reclamación que regula nuestro ordenamiento jurídico.

b) Sobre la posibilidad de que el promotor no ceda a los operadores el beneficio de cualquiera de los derechos de paso obtenidos entretanto no se cumplan la totalidad de las obligaciones reclamadas.

En cuanto a los derechos de ocupación del dominio público viario, disponen las Resoluciones dictadas por esta Comisión que “ *INTERROUTE como solicitante inicial de la ocupación de dominio público objeto de compartición, es el único beneficiario de la concesión de ocupación del dominio público considerado, sin perjuicio de que el titular de la propiedad le obligue al uso compartido en los términos de la presente Resolución, tal y como establece el artículo 49, párrafo 5 del Reglamento del Servicio Universal*”.

A su vez el citado artículo 49 en su párrafo 5 viene a disponer:

“ *El órgano competente para resolver el expediente de ocupación del dominio público o la expropiación forzosa deberá recoger, entre las obligaciones impuestas al beneficiario, las de permitir su uso compartido, de conformidad con lo previsto en este artículo.*”

De la interpretación conjunta de ambos preceptos, se deriva que con independencia de que exista un único beneficiario de la concesión de ocupación, y como tal un único responsable frente a la Administración, dicha



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

concesión está sujeta a una obligación consistente en permitir el uso compartido de la infraestructura en cuestión a aquellos operadores que han comparecido en el expediente incoado al efecto y han manifestado su interés en la utilización compartida.

Dicha obligación es en consecuencia una exigencia legal recogida en los artículos 47 de la L.G.Tel y 48 y 49 del Reglamento del Servicio Universal cuya última razón de ser es garantizar una competencia efectiva entre los operadores evitando a su vez un despliegue incontrolado de redes de telecomunicaciones con los consiguientes perjuicios urbanísticos y medioambientales.

En el caso que nos ocupa, que en el proyecto de despliegue de la red I21 participen varios operadores con derecho a su compartición en los términos en su día previstos por las citadas Resoluciones, no es una concesión graciosa de 21ST CENTURY al resto de operadores, sino una obligación que se le ha impuesto por Ley y que se encuentra recogida formando parte indisoluble de los diversos expedientes de ocupación del dominio incoados al efecto.

De lo anterior se deduce que 21st CENTURY carece de capacidad para impedir a cualquier operador que se beneficie de los derechos de paso obtenidos en tanto dicho beneficio no se concibe como una facultad del solicitante inicial de la que pueda o no disponer discrecionalmente sino, según se ha dicho, como una exigencia legal cuya última razón de ser es fomentar la competencia efectiva en el sector de las telecomunicaciones.

Por ello esta Comisión estima que 21ST CENTURY carece de legitimación para impedir a cualquier operador el uso o utilización del dominio público ocupado, potestad que corresponde a quien sea su titular.

En este punto conviene hacer referencia a las alegaciones formuladas por LDCOM y COLT TELECOM en cuanto a la falta de información por parte del Promotor al Comité sobre la situación legal de los derechos de paso obtenidos a lo largo de la red, particularmente en cuanto a los contratos de servidumbres de paso suscritos con los propietarios de los terrenos.

Alega en concreto LDCOM que en los citados contratos suscritos por ALCATEL con los propietarios de los terrenos, no se hace constar la situación de compartición de la infraestructura lo que priva a los operadores copartícipes de cualquier tipo de derecho formal sobre dicha servidumbre.

Dicha circunstancia no ha podido ser contrastada por esta Comisión, lo que en todo caso no impide declarar que, no obstante ser 21ST CENTURY el



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

titular único de los derechos de paso frente a terceros, el resto de los copropietarios son titulares de un derecho de uso sobre la infraestructura compartida y consecuentemente sobre el terreno sobre el que está construida, circunstancia esta que, de no haberse efectuado, necesariamente deberá reflejarse en los contratos que se han suscrito hasta la fecha mediante su oportuna modificación.

Igualmente debe declararse la obligación de 21ST CENTURY de informar puntual, amplia y documentalmente al Comité de Seguimiento sobre la situación actual de los derechos de paso obtenidos a lo largo de la red, y ello como obligación recíproca a la correlativa que corresponde a los operadores copartícipes de contribuir al pago de las tasas y cánones derivados de la ocupación del citado dominio.

Quinto.- SOBRE LA OBLIGACIÓN DE DETERMINADOS OPERADORES DE REESTABLECER LOS MANDATOS IRREVOCABLES DE AVAL CONSTITUIDOS EN SU DÍA A FAVOR DE LA PROMOTORA. SOBRE LA NATURALEZA DE LAS OBLIGACIONES GARANTIZADAS POR LOS CITADOS MANDATOS IRREVOCABLES.

Al objeto de garantizar la continuidad de la ejecución de la obra, sirviendo de resguardo a las posibles eventualidades financieras de los operadores, se estableció en las Resoluciones dictadas en su día por esta Comisión un sistema de Garantías articuladas sobre los siguientes instrumentos:

- El otorgamiento por los operadores interesados de un mandato irrevocable de constitución de aval a favor del operador promotor en un plazo de 10 días desde la recepción de las correspondientes Resoluciones.
- La constitución de una aval por importe no inferior al 20% del volumen de participación de cada operador, incluido el operador promotor, sobre el importe total del proyecto de ejecución.
- Finalmente, para garantizar la buena marcha de los trabajos por parte de la empresa constructora, se reguló la retención de un 5% en sus facturas como fondo de garantía de calidad en la construcción.

Según se expuso al inicio del presente informe, determinados operadores que participaron en la totalidad de los tramos que forman el anillo I21, es decir COLT TELECOM, LDCOM y GLOBAL CROSSING, se desvincularon del sistema originario previsto en las Resoluciones y formalizaron cada uno de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ellos un contrato de obra directo con el contratista (ALCATEL), lo que originó en consecuencia un sistema de facturación directa entre ambas partes sin mediación de la promotora.

El establecimiento de relaciones directas entre los operadores antedichos y ALCATEL se hizo con el consentimiento expreso de 21ST CENTURY, la cual dirigió una carta a cada uno de dichos operadores manifestando su conformidad con el establecimiento de relaciones directas si bien con sujeción a determinadas condiciones y en los términos que se establecieron en la citada carta que les fue dirigida al efecto.

En las citadas cartas, en su punto nº 4, 21ST CENTURY venía a disponer:

“ Simultáneamente a la suscripción del presente documento y del contrato que regulará las relaciones directas entre su sociedad y ALCATEL , nuestra sociedad procederá a restituir a la suya el mandato irrevocable para la constitución del aval al que se refieren las resoluciones de la CMT.”

En cumplimiento pues de lo previsto, firmados que fueron los correspondientes contratos de obra entre ALCATEL y cada uno de los citados operadores interesados, se procedió por la promotora a devolverles los citados mandatos, reclamándose actualmente por 21ST CENTURY la restitución a su favor de los mismos en garantía del cumplimiento de sus respectivas obligaciones.

En efecto, 21ST CENTURY, acordó con cada uno de estos operadores la devolución del mandato irrevocable del aval como contrapartida al hecho de que, a partir de dicho acuerdo, quedaba liberada de determinadas cargas y responsabilidades que como promotora le correspondían, fundamentalmente la de la obligación de facturación a los citados operadores y posterior reembolso a la contratista.

Atendiendo pues que el sistema de pagos previstos no iba a gravitar en el futuro sobre la promotora, las partes decidieron, libre y voluntariamente, la devolución de las citadas garantías por desaparición del riesgo que cubrían las mismas.

21ST CENTURY procedió en consecuencia a dicha devolución conociendo, no obstante que, junto con los gastos de construcción de la infraestructura, existían otro tipo de gastos, como por ejemplo determinados gastos de promoción o cánones por dominio público, que los operadores debían abonarla directamente y así en los puntos 5º y 6º de las cartas que remite para su firma a los operadores les recuerda la existencia de dichos gastos y su obligación de abonarlos cuando se les notifique.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Si pretendía que el mandato irrevocable de aval cubriera también los citados gastos, no se entiende porqué se procedió en ese momento a la devolución de las garantías, toda vez que lo lógico hubiese sido la conservación de las mismas entretanto se cumplieran por los operadores la totalidad de sus respectivas obligaciones.

La pretensión actual de 21ST CENTURY de que a esta fecha se le devuelvan las garantías, cuando no existe ninguna circunstancia sobrevenida que modifique la situación prevista o que pudiera preverse en el momento en que se firmaron los acuerdos de devolución, va en contra, a juicio de esta Comisión, **de la ya expuesta doctrina de los actos propios que establece la vinculación del autor de una declaración de voluntad al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio.**

Por último nos referimos a la pretensión de 21ST CENTURY de que los mandatos irrevocables de constitución de Aval que se encuentran en su poder sirvan de garantía, no sólo de las obligaciones de pago por la construcción de la infraestructura sino también de las cantidades debidas al promotor en concepto de “ *fee de promoción, costes de las Direcciones de Obra, costes de construcción y tasas e impuestos derivados de la obtención de los derechos de paso necesarios para el despliegue de la red.*”

Con relación a dicha cuestión, disponen nuestras Resoluciones en el apartado correspondiente a Garantías:

“ Como garantía de la participación de cada operador en la infraestructura propuesta, y las aportaciones y pagos que deba realizar dentro del marco de este acuerdo, cada uno de los operadores interesados constituirá un aval bancario.”

Igualmente en el apartado correspondiente al Reparto de Costes se establece:

“ La financiación de todos los gastos de cualquier tipo derivados de la ejecución de la obra correrá a cargo de los operadores firmantes atendiendo a los criterios de distribución establecidos en la presente Resolución.” (el subrayado es nuestro).

De los anteriores apartados se deduce que las garantías deben cubrir todos los gastos, sea cual sea su naturaleza, siempre que se deriven de la ejecución de la obra y evidentemente de dicha ejecución se derivan, no sólo los relativos a la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

construcción “strictu sensu”, sino cualesquiera otros que sean imprescindibles o necesarios para el correcto despliegue de la red.

En consecuencia a lo anterior se estima la pretensión de la promotora declarando que los mandatos irrevocables de aval, que se encuentran en su poder, garantizan el pago de los gastos derivados de los costes de construcción, así como los derivados de los costes de Dirección de Obra, costes de promoción (con las particularidades vistas en el presente informe) y cualquier tipo de tasas, cánones, impuestos, arbitrios o derechos que, conforme a la normativa en vigor, el promotor haya tenido o tenga que sufragar para el despliegue de la infraestructura.

De conformidad con lo expuesto, esta Comisión

RESUELVE

Primero.- Declarar la obligación de todos y cada uno de los operadores que participan en el proyecto de compartición de la red I21 de participar en los costes de Dirección de Obra en proporción a su participación en el citado proyecto.

En consecuencia LOUIS DREYFUS COMUNICACIONES ESPAÑA S.A., GC PAN EUROPEAN CROSSING ESPAÑA S.L., RETECAL Sociedad operadora de Telecomunicaciones de Castilla y León S.A. así como a cualquier otro operador en similar situación, deberán abonar con carácter inmediato a 21ST CENTURY COMMUNICATION SPAIN S.A., las facturas giradas por dicho concepto que a esta fecha permanezcan impagadas.

Segundo.- Declarar la obligación de todos y cada uno de los operadores que participan en el proyecto de compartición de la red I21 de participar en los costes de Promoción en proporción a su participación en el citado proyecto.

Instar en consecuencia a 21ST CENTURY COMMUNICATION SPAIN S.A. y al resto de operadores copartícipes a celebrar una sesión del Comité de Seguimiento en la que se determinen los gastos que por dicho concepto haya incurrido la sociedad promotora y se convenga sobre su forma de pago.

Tercero.- Declarar que las tasas, impuestos, arbitrios y derechos que conforme a la normativa en vigor hayan tenido que ser sufragados por la promotora para autorizar o facilitar el despliegue de la infraestructura, no se encuentran incluidos en los presupuestos de ejecución entregados en su día a los operadores copartícipes y en consecuencia deberán ser abonados por



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

estos a 21ST CENTURY en facturas independientes, en proporción a su participación en el proyecto.

Declarar igualmente la obligatoriedad de todos los copartícipes de contribuir proporcionalmente al pago de los cánones que por uso del dominio público pudiera en su momento reclamar la Dirección General de Carreteras.

En consecuencia RETECAL, Sociedad operadora de Telecomunicaciones de Castilla y León S.A, a DESARROLLO DEL CABLE, S.A. y cualquier otro operador en similar situación, deberán abonar a 21ST CENTURY COMMUNICATION SPAIN S.A. las correspondientes liquidaciones que por dichos conceptos les han sido presentadas por la Sociedad promotora y a esta fecha se encuentren impagadas.

Declarar igualmente la obligación de 21ST CENTURY de informar, de forma documental y suficiente al Comité de Seguimiento, sobre la situación actual de los derechos de paso obtenidos a lo largo de la red, así como hacer constar expresamente, en cualquier documento suscrito sobre la formalización de estos derechos, la situación de compartición existente y la identificación de los operadores con derecho al uso de las propiedades ocupadas.

Cuarto.- Declarar la obligatoriedad de RETECAL y DESARROLLO DEL CABLE de abonar a 21ST CENTURY COMMUNICATION SPAIN, los costes de construcción de la infraestructura civil que les son respectivamente reclamados, no obstante suponer dichos costes un aumento del presupuesto inicial, por responder las citadas modificaciones presupuestarias a los supuestos expresamente previstos en las Resoluciones dictadas por la CMT, siempre que el importe de las citadas facturas se ajuste a los precios establecidos en los informes de las Direcciones de Obra.

Quinto.- Declarar que, en tanto no se produzca por cada operador copartícipe el completo pago de cada tramo de obra, no se transmite a su favor la propiedad de la misma, que seguirá perteneciendo a ALCATEL, único legitimado para retener la posesión de la infraestructura hasta su completo pago, desestimando por tanto la facultad pretendida por 21ST CENTURY de retener el derecho de uso de la infraestructura compartida hasta el completo cumplimiento de las obligaciones.

Declarar no obstante, que 21ST CENTURY es la persona legitimada para recibir los pagos derivados de la obra civil con respecto a aquellos operadores con los que mantiene la relación jurídica proyectada en las Resoluciones dictadas por esta Comisión, y en consecuencia, cualquier pago efectuado a su favor por dichos operadores tiene pleno carácter liberatorio para los mismos.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Sexto.- Declarar no admisible y contrario a las Resoluciones dictadas por esta Comisión, la pretensión de 21ST CENTURY de no ceder a los operadores el beneficio de cualquiera de los derechos de paso obtenidos entretanto no se cumplan la totalidad de las obligaciones reclamadas.

Séptimo.- Declarar que los operadores que han contratado directamente con ALCATEL no están obligados a restablecer los mandatos irrevocables de constitución de aval que en su día les fueron devueltos por la sociedad promotora.

Declarar por último que los mandatos irrevocables de constitución de aval que aún se mantienen en poder de 21ST CENTURY, garantizan el pago, no sólo de los costes de construcción, sino también de todos aquellos gastos derivados de costes de Dirección de Obra, Promoción y tasa e impuestos derivados de la obtención de los derechos de paso necesarios para el despliegue de la red I21.

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 el artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, 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 1.ocho de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, la Disposición Adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

enero, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma ley.

Vº.Bº. EL PRESIDENTE,

EL SECRETARIO

Carlos Bustelo García del Real

José Giménez Cervantes