



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DON JAIME VELAZQUEZ VIOQUE, 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 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 10 de abril de 2003, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR DESARROLLO DEL CABLE, S.A. CONTRA LA RESOLUCIÓN DE LA CMT DE 6 DE FEBRERO DE 2003 RELATIVA AL CONFLICTO PLANTEADO POR 21ST CENTURY COMMUNICATIONS SPAIN S.A. CONTRA DETERMINADOS OPERADORES QUE PARTICIPAN EN LA COMPARTICIÓN DE LA RED I21 POR EL INCUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES DE CARACTER ECONOMICO

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por Desarrollo del Cable, S.A. contra la resolución de esta Comisión de 6 de febrero de 2003 relativa al conflicto planteado por 21st Century Communications Spain S.A. contra determinados operadores que participan en la compartición de la red I21 por el incumplimiento de sus obligaciones de carácter económico (Exp. RO 2002/7478), el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 14/03 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 10 de abril de 2003, recaída en el expediente AJ 2003/449

HECHOS

PRIMERO.- Mediante Acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 6 de febrero de 2003, se adoptó Resolución sobre el conflicto planteado por 21st Communications Spain S.A. contra determinados operadores que participan en la compartición de la red I21 por el incumplimiento de sus obligaciones de carácter económico en el expediente



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2002/7478. Entre estos operadores se encuentra la entidad Desarrollo del Cable, S.A.

Tras la tramitación del correspondiente procedimiento, se resolvió lo siguiente:

"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 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, 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.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

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 tasas e impuestos derivados de la obtención de los derechos de paso necesarios para el despliegue de la red I21.

SEGUNDO.- Con fecha 10 de marzo de 2003, Desarrollo del Cable, S.A. (en adelante Desarrollo del Cable) interpuso recurso potestativo de reposición contra la citada Resolución del expediente RO 2002/7478 de 6 de febrero de 2003 por los siguientes motivos:

Primero.- Desarrollo del Cable expone, que, el marco establecido por la Resolución 2000/2342 de esta Comisión, relativa al uso compartido de infraestructuras de telecomunicaciones a construir en la autopista A-3, tramo Arganda-Valencia (enlace con la A-7, puntos kilométricos 32 al 328), y



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

concretamente las dos figuras creadas por el mismo (promotor y comité de seguimiento) no ha garantizado debidamente sus intereses.

Así, alega que mientras que los demás participantes en el proyecto han firmado un contrato particular con la empresa constructora, la recurrente es la única que ha seguido regulando sus relaciones en base a la resolución de 2000/2342. Es este marco articulado por la Resolución de 8 de junio, Desarrollo del Cable no se ha visto representada de forma correcta por su operador promotor (21st Century), única entidad habilitada para mantener relación contractual directa con la empresa constructora (Alcatel), de acuerdo con la Resolución mencionada.

Por otra parte, alega que el Comité de Seguimiento, creado por Resolución de la Comisión, no ha cumplido las funciones que se le exigían en las sucesivas Resoluciones, ya que dicho Comité no ha ejercido su derecho a controlar los costes de la ejecución de obra en toda su extensión, al no someterse al mismo la aprobación del aumento del presupuesto de ejecución ni alcanzarse consenso alguno entre los operadores para adoptar decisiones tan significativas como cambios en el Proyecto de Ejecución. También se queja del funcionamiento irregular del Comité en cuanto a la remisión de las actas mucho tiempo después de la celebración de las correspondientes reuniones.

Por último alega que si bien conforme a lo establecido en la Resolución de 8 de junio de 2000 en su apartado 5, el Comité de Seguimiento podrá realizar una addenda al contrato de construcción suscrito entre el operador promotor y la empresa contratista, en el caso de no preverse determinadas cláusulas de penalizaciones por demoras en los plazos de ejecución de las obras o por daños en los materiales aportados a los operadores, el promotor nunca ha puesto a disposición de la recurrente el contrato suscrito en nombre y representación suya con el constructor, pese a haber sido requerido para ello.

Segundo.- En cuanto a las reclamaciones concernientes a los costes de construcción de obra civil sostiene Desarrollo del Cable que no se han respetado los procedimientos establecidos en la Resolución de 8 de junio de 2000 para la aprobación de las modificaciones al proyecto de ejecución.

Alega la parte recurrente que el presupuesto inicial del que se partía para dos tubos era de un total de 2.376.980 Euros, mientras que el nuevo presupuesto es de 3.118.661 Euros, correspondiendo una desviación de 394.175 Euros a modificaciones en el tipo de terreno previsto y de 353.501 Euros a nuevas unidades de obra. Esta variación del presupuesto, que sobrepasa en mucho el 10% del presupuesto inicial, no ha sido aprobada por la mayoría simple del Comité de Seguimiento (lo que se desprende de diversas Actas aportadas de dicho Comité), motivo por el que han rechazado las facturas emitidas.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tercero.- La recurrente sostiene que el conocimiento de la existencia de contradictorios y desviaciones en el presupuesto no prejuzga su derecho a exigir el cumplimiento de la Resolución de la Comisión así como a rechazar cualquier coste extra que considere abusivo conforme a los precios de mercado.

Así, aunque se hayan recibido las infraestructuras no se les puede presumir un consentimiento en cuanto al precio por la simple aplicación de la denominada Teoría de los Actos Propios a que hace referencia la resolución recurrida. Desarrollo del Cable manifestó en reiteradas ocasiones durante las reuniones mantenidas en el Comité de seguimiento su disconformidad con la aplicación de precios contradictorios del Proyecto de Ejecución que supusieran una modificación de más de un 10% del mismo, sin que mediara para ello la correspondiente autorización del comité. Asimismo tampoco aceptó las partidas económicas impuestas por el operador promotor, máxime cuando en las actas de dichos comités nunca se referenciaron las mismas. No puede hablarse, pues, de un consentimiento tácito

Cuarto.- Asimismo, la parte recurrente se muestra en desacuerdo con los costes establecidos en las facturas emitidas por el promotor por considerar que se encuentran por encima de los precios de mercado.

Así lo reconoce el Informe de la Dirección de Obra de 31 de octubre de 2001 que expresamente menciona que: *“los precios utilizados por la empresa constructora, suponen un incremento de siete veces más que los precios de mercado reconocidos para este tipo de obras (de 6.287 ptas/ml a 30.250 ptas/ml)”*.

En conclusión, el motivo del impago de las facturas responde a que el aumento del presupuesto inicial no se ha acordado conforme a los mecanismos establecidos ni se corresponde con los precios del mercado.

De ahí que Desarrollo del Cable haya solicitado que se regularicen los costes producidos en el proyecto por medio de los cauces habilitados a tal efecto y que el operador promotor proteja los intereses de los operadores promotores y proceda a exigir a la empresa constructora que ajuste los precios a la realidad del mercado.

Por todo ello, la recurrente solicita que se modifique la Resolución de 6 de febrero de 2003, aceptando únicamente como válidos aquellos sobrecostes sobre el Presupuesto de ejecución que se adecuen a los precios de mercado, y siempre con el límite máximo del 10% del total del presupuesto, al no haberse autorizado el resto de aumento que supere ese porcentaje por el Comité de Seguimiento.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TERCERO.- En cumplimiento de lo establecido en el artículo 112.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, mediante escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 14 de marzo del año en curso, se notificó a los interesados la apertura del procedimiento y se les dio traslado de una copia del citado escrito para que en el plazo de diez días alegasen cuanto estimasen procedente.

Unicamente ha presentado alegaciones la entidad Louis Dreyfus Comunicaciones España, S.A.U., con entrada en la Comisión el 4 de abril de 2003.

A los anteriores hechos les son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

Primero.- Admisión a trámite y delimitación del objeto del recurso

La Resolución de la CMT de 6 de febrero de 2003 pone fin a la vía administrativa por lo que es recurrible en reposición de acuerdo con el artículo 116 de la 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).

La recurrente califica expresamente su escrito como recurso de reposición. En la medida en que se alega de forma indeterminada la infracción del ordenamiento jurídico se entiende que se está invocando causa de anulabilidad prevista en los artículos 62 y 63 de la misma Ley, conforme requiere el artículo 107 de la LRJPAC.

Por todo ello, el recurso ha sido interpuesto cumpliendo con todos los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC. Asimismo, se ha interpuesto dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117 de la misma Ley. Teniendo en cuenta lo anterior, se admitió a trámite el recurso interpuesto.

Ello no obstante es necesario precisar que determinadas alegaciones de la recurrente respecto del funcionamiento del Comité de Seguimiento y respecto de la alegada inadecuada representación de sus intereses desarrollada por el promotor, escapan del objeto del presente procedimiento motivo por el cual esta Comisión no debe pronunciarse sobre las mismas.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Segundo.- Competencia y plazo para resolver.

La competencia para resolver el presente recurso corresponde, de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado. El presente recurso deberá ser resuelto y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a su interposición, según lo establecido en el artículo 117.2 de la misma Ley.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

Primero.- Respecto a los importes reclamados que exceden en más del 10% del presupuesto de ejecución y que no han sido autorizados por el Comité de Seguimiento.

La Resolución recurrida, en su acuerdo cuarto, obliga a Desarrollo del Cable a abonar a 21st Century los costes de construcción de la infraestructura civil que le son reclamados, no obstante suponer dichos costes un aumento del presupuesto inicial, por responder las 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.

Desarrollo del cable entiende que esta Resolución es contraria a la Resolución de 8 de junio de 2000 por la que se dictan las condiciones de uso compartido de infraestructuras de telecomunicaciones a construir en la autopista A-3, tramo Arganda-Valencia (Enlace con A-7) (Puntos Kilométricos 32 al 328).

Esta Resolución de 8 de junio admite que el Proyecto de Ejecución presentado a la Dirección General de Carretas pueda ser modificado en dos supuestos: 1) por la inclusión de nuevas necesidades por parte de uno o varios operadores en un momento posterior y 2) por la aparición durante la realización de las obras de dificultades físicas en los terrenos o de otras circunstancias no previstas en el Proyecto de Ejecución que dificulten o imposibiliten el avance del proyecto. En ambos supuestos de modificación del proyecto, los posibles conflictos deben ser resueltos con soluciones dirigidas al avance del proyecto, motivo por el cual se obliga a la inclusión en el convenio con el promotor de la siguiente cláusula:

"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



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

En caso de que alguno de los 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 un aumento del presupuesto, serán aprobadas por mayoría simple."

De acuerdo con los datos obrantes en el procedimiento de que trae causa la resolución recurrida, Desarrollo del Cable ha dejado de abonar a 21st Century las siguientes tres facturas: factura CS-2002-06-11 y factura CS-2002-07-09 que se corresponden con modificaciones realizadas por imposición física del terreno y suman un montante económico de 394.175 euros. Ambas facturas han sido devueltas por suponer su importe, con relación al Presupuesto autorizado, un aumento de mas del 10% sin haberse seguido el procedimiento de aprobación por mayoría simple del Comité de Seguimiento. En cuanto a la tercera factura CS-2002-10-01 por importe de 353.501 euros, corresponde a una serie de conceptos de precios contradictorios por nuevas unidades de obra que Desarrollo del Cable estima no se ajustan a la realidad de costes.

Conforme a la Resolución de 6 de febrero ahora recurrida, Desarrollo del Cable debe hacerse cargo de los costes que le facture 21st Century, *no obstante suponer los mismos 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.*

Desarrollo del Cable solicita que se modifique la Resolución de 6 de febrero de 2003, para adecuarla a la de 8 de junio de 2000 en el sentido de declarar que únicamente estará obligada al pago de dichas facturas cuando se adecuen a precios de mercado y siempre con el límite máximo del 10% del total del presupuesto al no haberse autorizado el resto de aumento que supere ese porcentaje por el Comité de Seguimiento.

Si bien es cierto que el tenor literal de esta cláusula pudiera permitir la lectura que postula Desarrollo del Cable en sus alegaciones, semejante interpretación no se sostiene a la luz de los fundamentos jurídicos de la Resolución de 8 de junio, como se expondrá a continuación.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La Resolución de 8 de junio de 2000, cuando aborda el tratamiento de las modificaciones al Proyecto de Ejecución en su fundamento de derecho cuarto apartado 7.2, distingue entre la inclusión de nuevas necesidades por parte de uno o varios operadores y las modificaciones necesarias por la aparición de dificultades físicas en sus terrenos u otras circunstancias no previstas en el proyecto de ejecución que dificultan o imposibilitan el avance del proyecto.

Ahora bien, en uno y otro caso, el precio de la modificación deberá corresponderse con los precios del mercado y en este sentido se ha manifestado claramente la Comisión en la Resolución recurrida al disponer (pag. 26, tercer párrafo), que esta Comisión en ningún momento se ha pronunciado sobre el importe económico de las facturas sino únicamente 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 (conformidad o no de precios según mercado) los informes de las Direcciones de Obra, o en su defecto recabar su dictamen sobre dicha cuestión.

A este respecto y en apartados anteriores de la Resolución recurrida, ya se había tenido ocasión de calificar la actuación de las Direcciones de Obra atribuyendo a sus informes un valor pericial atendida la imparcialidad y especialización profesional de las empresas que realizan las citadas labores. (pag. 20).

De todo lo anterior se deduce, y así lo reitera esta Comisión, que los precios de las facturas reclamadas por 21st Century a Desarrollo del Cable deberán adecuarse a lo establecido en los informes de las Direcciones de Obra y si las facturas reclamadas recogieran unidades de obra no valoradas por las citadas Direcciones (cuestión que desconoce esta Comisión y escapa de su competencia), Desarrollo del Cable debería recabar a las mismas dictamen sobre dicha cuestión.

En lo que se refiere al segundo aspecto de la solicitud de Desarrollo del Cable consistente en no aceptar aquellas modificaciones presupuestarias que superen el 10% del presupuesto y que no han sido sometidas al Comité de Seguimiento cumple manifestar lo siguiente:

Esta Comisión, tanto en el informe de los servicios previo al trámite de audiencia como en la Resolución recurrida, no se pronunció sobre dicha cuestión por entender que Desarrollo del Cable, habiendo asistido a los Comités de Seguimiento y habiendo recibido los trabajos, no podía alegar su desconocimiento del importe que se le reclamaba ni la falta de aprobación en el Comité de Seguimiento de acuerdo con los datos de que se disponía en aquel momento en el expediente.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Ahora bien, teniendo en cuenta la nueva información aportada por Desarrollo del Cable en el presente Recurso (fundamentalmente el Acta de 5 de junio de 2002) donde se pone de manifiesto que en esa fecha continuaba la polémica en torno a las modificaciones presupuestarias, no pudiendo dar por supuesta la aprobación por el Comité de seguimiento, es preciso entrar a analizar si en el caso que nos ocupa era preciso o no recabar esta aprobación del Comité de seguimiento a la luz de lo establecido en la Resolución de 8 de junio de 2000.

El criterio inspirador de la Resolución de 8 de junio de 2000, según se desprende de su fundamento de derecho cuarto, para abordar las modificaciones sobrevenidas del proyecto de ejecución es el de favorecer que el proyecto de construcción de la infraestructura avance hasta su completa finalización, distinguiendo, según los casos, si se trata de modificaciones debidas a imposiciones físicas o a nuevas necesidades. Desde esta perspectiva los supuestos de modificación del proyecto de ejecución deben ser resueltos con soluciones dirigidas al avance del proyecto en cada caso, rechazando otras que supongan una ralentización, si no la paralización del mismo. Por ello, el apartado 7.2 del Fundamento de Derecho Cuarto no somete todos los supuestos de modificación del Proyecto a la aprobación del Comité, ni al mismo régimen de mayorías.

Así, bajo esta perspectiva, se establece que el operador promotor autorizará aquellas modificaciones al proyecto de ejecución que se producen durante la realización de las obras por aparecer dificultades físicas en los terrenos que imposibilitan o dificultan el avance del proyecto sin necesidad de autorización expresa por parte del resto de los operadores interesados.

Se trataría de la aparición sobrevenida de determinadas circunstancias de fuerza mayor (ya sea por la propia naturaleza de los terrenos o por imposición de otras Administraciones como la Dirección General de Carreteras) que obligan al contratista necesariamente a modificar el proyecto para garantizar su continuación. Se incluyen en este apartado todas aquellas dificultades físicas aparecidas en los terrenos u otras circunstancias que dificulten o imposibiliten el avance del proyecto.

En estos casos la aprobación de dichas modificaciones al proyecto de ejecución por parte del Comité de Seguimiento, carece de sentido alguno, toda vez que la no aprobación por los operadores de dichas modificaciones supondría inevitablemente la renuncia al proceso de compartición por privar al proyecto de cualquier tipo de viabilidad. Se entiende, pues, que una modificación del proyecto debida a una dificultad física del terreno debe ser asumida por los operadores para no impedir el avance del proyecto, por lo que el Promotor la autorizará si necesidad de la autorización expresa del Comité de seguimiento, sea cual sea el importe del aumento del presupuesto que



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

conlleve. Es decir los operadores, promotor incluido, deben asumir el sobre coste, siempre que la Dirección de Obra haya ratificado la necesidad de la valoración por imposición física del terreno y su valoración según precios de mercado. Este mismo régimen se aplicará en el caso de concurrencia de circunstancias que impidan el desarrollo del proyecto de manera análoga a una imposición física del terreno. Es decir, o se modifica el proyecto o no se puede continuar.

Admitir lo contrario iría en contra, no sólo de la propia voluntad de los operadores copartícipes, sino también del espíritu de las Resoluciones dictadas por la Comisión en materia de compartición, consistente en favorecer el avance del proyecto hasta su completa finalización y la resolución de los problemas con soluciones dirigidas al avance del proyecto rechazando aquellas que supongan una ralentización o paralización del mismo.

Cuestión distinta es el tratamiento que deba darse a aquellas modificaciones que no comprometen la viabilidad del proyecto que merecen distinto tratamiento.

Así, en el siguiente inciso de la modificación al convenio entre el operador y el Promotor efectuada por la Resolución de 8 de junio, se establece - si bien no se distingue expresamente pero se entiende derivado del contexto - el régimen que debe aplicarse a aquellas otras modificaciones no contempladas en el supuesto precedente que resulten convenientes para el desarrollo del proyecto y que no respondan a una modificación particular de un operador. En este caso, el operador promotor antes de autorizar la modificación del proyecto, informará al Comité de Seguimiento y en el caso de que la modificación suponga una variación en el presupuesto superior al 10% deberá ser aprobada por mayoría simple del citado comité. Las modificaciones que supongan una variación inferior al 10% del presupuesto no requieren la aprobación por mayoría simple pero sí que se informe al comité de seguimiento sobre las mismas.

Por último, en caso de que alguno de los 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 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 un cambio de presupuesto, serán aprobadas por mayoría simple.

Este análisis del Fundamento de derecho 4 de la Resolución de 8 de junio de 2000 es coherente con la Resolución recurrida y con los datos obrantes en el expediente y así resulta del Informe de la Dirección de Obra aportado por la Recurrente en sus primeras alegaciones las modificaciones al proyecto



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Efectivamente, la Dirección de Obra TSIP, en el informe de fecha 31 de octubre de 2001 elaborado a petición de 21st Century, distingue concretamente entre aquellas unidades contradictorias presentadas por Alcatel que puedan suponer una modificación al alza de los presupuestos debidas a imposiciones físicas de los terrenos por donde se ejecuta la canalización y aquellas que puedan suponer un alza del presupuesto por reclamaciones de Alcatel con relación a cambios en las especificaciones de las instalaciones con intención de mejorar sus características.

Se distingue pues entre las modificaciones debidas a las imposiciones físicas de los terrenos y las modificaciones de mejora en general.

Mientras que respecto de las imposiciones físicas de los terrenos, el informe entra directamente a valorar el presupuesto según precios de mercado, respecto de las mejoras se entiende que deben ser aprobadas previamente en el Comité de Seguimiento.

En el segundo caso, la no aprobación por los operadores de las citadas mejoras no compromete la continuación del proyecto sino la no realización, en su caso, de las mejoras propuestas y consiguientemente la continuación del proyecto tal y como fue concebido originariamente.

En conclusión teniendo en cuenta que las facturas impagadas por la recurrente números CS-2002-06-11 y CS-2002-07-09 responden a modificaciones por tipo de terreno previsto, esta Comisión estima que no existió obligación por parte de 21st Century de someter su aprobación previa al Comité de Seguimiento y por tanto se declara la obligatoriedad de Desarrollo del Cable de proceder a su abono siempre que el importe económico de las unidades de obra facturadas sea acorde con los precios establecidos en los informes elaborados al respecto por las Direcciones de Obra.

En cuanto a la factura nº CS-2002-10-01 cuyo impago se debe a la consideración de la recurrente de que los precios no se ajustan a la realidad de costes de mercado, se reitera nuevamente que en este punto habrá que estar a lo dispuesto por las Direcciones de obra en los informes elaborados al respecto, o en su caso pedir dictamen sobre esta cuestión.

Consecuentemente, en este caso concreto, la Resolución recurrida, ha condicionado, acertadamente, la obligación de Desarrollo del Cable al dictamen de los Informes de las Direcciones de Obra en cuanto a la pertinencia de cada modificación (calificación de mejora que debe ser aprobada por el Comité o de imposición física o equivalente que no precisa aprobación previa) y la adecuación de su importe con los precios del mercado.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por cuanto antecede procede desestimar el recurso de reposición interpuesto por Desarrollo del Cable.

Segundo.- En cuanto a las alegaciones relativas a las relaciones jurídicas existentes entre 21st Century como promotora del proyecto de compartición, Alcatel como empresa contratista y el resto de operadores copartícipes.

La resolución recurrida diferencia claramente los dos tipos de relaciones existentes entre los operadores copartícipes con la empresa constructora, incluyéndose la recurrente en el grupo de las que mantienen relaciones con la contratista indirectamente, a través del Promotor y del Comité de Seguimiento.

Ahora bien, que Desarrollo del Cable no mantenga relaciones jurídicas directas con la contratista no significa que no mantenga con ella ningún tipo de relación, toda vez que, según se expuso en las Resoluciones dictadas en su día por esta Comisión fijando las condiciones de compartición y en la propia Resolución recurrida, Desarrollo del Cable participa en un *“proyecto de construcción conjunta de las infraestructuras, donde a cada uno de los partícipes se les reconoce y garantiza el derecho de intervenir en la construcción misma de las canalizaciones con la instalación de los materiales que tenga por conveniente, así como la posibilidad de supervisar la ejecución de las obras...”*

En la Resolución recurrida se decía que la figura del Promotor tal y como se concibió en las Resoluciones que dictan las condiciones de compartición y, de hecho, ha venido funcionando durante la construcción de la red, no puede asimilarse a la figura del promotor propia del sector inmobiliario en la que el promotor comercializa la construcción para la posterior venta a terceros por un precio cerrado; terceros que no tienen relación alguna ni directa ni indirecta con el contratista. En el caso que nos ocupa la recurrente como operador copartípe de la red I21 es miembro del Comité de Seguimiento y como tal participa en todas sus decisiones relativas a la construcción de la infraestructura. Igualmente, dado que en la mayoría de las sesiones de citado Comité esta presente Alcatel, conoce de primera mano cualquier pormenor relacionado con la citada construcción.

A este respecto es elocuente lo dispuesto en el punto 2, párrafo cuarto del Acta de 5 de junio de 2002, aportada por Desarrollo del Cable en el presente Recurso en el que literalmente se manifiesta que: *“ Tras la devolución de algunas facturas relativas a unidades de obra no previstas en el proyecto inicial a 21st Century por parte de algunos operadores, el Promotor solicita que Alcatel y dichos operadores acuerden finalmente las discusiones relativas a dichas unidades, para que una vez solventadas, se le informe y pueda emitir las mismas con las garantías necesarias para que le sean abonadas y 21st las pague a Alcatel”*.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Es por este motivo que la Resolución recurrida daba por supuesto que Desarrollo del Cable habría estado puntualmente informada de las necesarias modificaciones al proyecto que surgieron como consecuencia de las características de los terrenos, así como de su importe económico, no dando crédito a lo manifestado por la recurrente de que se había enterado de dichas modificaciones una vez finalizada la obra civil.

Ahora bien, con independencia de que sean veraces o no las alegaciones de Desarrollo del Cable sobre el mal funcionamiento del Comité de Seguimiento y de la conducta de 21st Century como promotor del proyecto, aspecto que no le corresponde evaluar a esta Comisión en el ámbito del presente procedimiento, lo cierto es que ello no modificaría las conclusiones a que se llegó en la Resolución recurrida y que han sido analizadas en el Fundamento de Derecho primero de la presente Resolución.

En su virtud, procede desestimar también este segundo motivo de impugnación.

Tercero.- En cuanto a las alegaciones presentadas por Louis Dreyfus Comunicaciones España, S.A.U (LDCOM)

LDCOM discute el análisis de la Resolución recurrida en cuanto a las relaciones existentes entre 21st Century como promotora del proyecto de compartición, Alcatel como empresa contratista y el resto de los operadores copartícipes y mantiene que no es cierto que 21st Century actúe en representación de los operadores interesados. Asimismo alega que no ha podido acceder al contrato de construcción firmado entre 21st Century y Alcatel y que la indefinición de la relación del promotor con la empresa constructora ha dificultado a los operadores interesados la defensa de sus intereses.

En relación con esta alegación es preciso destacar, con carácter previo, que la situación de LDCOM es bien distinta de la de Desarrollo del Cable puesto que ésta mantiene una relación directa con el promotor, mientras que la primera, al igual que otros muchos operadores, ha firmado un contrato directamente con Alcatel. En este sentido la Resolución distingue adecuadamente una y otra relación y sus distintas consecuencias.

Respecto a las demás alegaciones en relación con esta cuestión y a los efectos que nos ocupan, en una y otra situación las consecuencias son las mismas que aquellas a las que se ha llegado en la Resolución recurrida y en el Fundamento de derecho primero de la presente Resolución.

En cuanto a las alegaciones relativas a la exigibilidad de los costes de Dirección de obra, LDCOM manifiesta que no se ha negado a participar en los



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

costes porque tal Dirección de Obra no ha existido como tampoco ha existido el Proyecto de Ejecución y aporta al efecto el acta del Comité de 30 de noviembre de 2000, donde se pone de manifiesto que en tal fecha todavía no se había firmado el contrato con la Dirección de Obra.

Respecto a estas manifestaciones cabe indicar que las mismas tampoco desvirtúan el sentido de la Resolución puesto que posteriormente sí consta que se están desarrollando las tareas propias de Dirección de Obra, al menos por parte de la entidad TSIP y así se pone de manifiesto en la propia documentación aportada por LDCOM.

Por último, en cuanto a los costes de construcción de Obra civil, no se entienden las reclamaciones de LDCOM en el contexto de la Resolución recurrida. En efecto, la resolución de 6 febrero de 2002, respecto de este punto, en su acuerdo Cuarto, declara *"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."*

La Resolución se refiere únicamente a la obligatoriedad del pago de las facturas a 21st Century para aquellas entidades que mantenían su relación con el promotor, esto es, Retecal y Desarrollo del Cable, mientras que nada se dice respecto de los importes debidos por el concepto de obra civil por el resto de los coparticipes que mantenían relaciones directamente con el constructor. Este último es el caso de LDCOM, por lo que, en su caso, deberá atenderse a lo acordado directamente con Alcatel, no siendo, pues, objeto de la Resolución recurrida, ni del presente procedimiento.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

Único.- Desestimar el recurso potestativo de reposición interpuesto por Desarrollo del Cable S.A. contra la Resolución de la Comisión de fecha 6 de febrero de 2003 relativa al conflicto planteado por 21st Century Communications Spain SA .



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y 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 resuelve un recurso potestativo de reposición, no puede interponerse otro recurso de reposición. No obstante, contra la misma puede interponerse 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-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

Vº. Bº. EL PRESIDENTE,

Carlos Bustelo García del Real

EL SECRETARIO,

Jaime Velázquez Vioque