



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 45/00 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 21 de diciembre de 2000, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

POR EL QUE SE APRUEBA LA RESOLUCIÓN RELATIVA AL USO COMPARTIDO DE INFRAESTRUCTURAS DE TELECOMUNICACIONES A CONSTRUIR EN EL POLÍGONO INDUSTRIAL DE ALCOBENDAS (EXPEDIENTE ME 2000/3352)

HECHOS

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 3 de noviembre de 2000 se ha recibido en la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TELEFÓNICA) por la que solicita que esta Comisión dicte Resolución relativa a las condiciones de uso compartido de la infraestructura de telecomunicaciones a construir en el polígono industrial del Municipio de Alcobendas (Madrid), en virtud de lo dispuesto en el art. 47 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel).

En concreto, el solicitante señaló que la solicitud de intervención de la CMT se limita, únicamente, al sistema de reparto de costes entre operadores establecido en el “Convenio sobre la ejecución conjunta de obras por parte de operadores de servicios de telecomunicaciones actuantes en el polígono industrial de Alcobendas” suscrito con fecha 14 de julio de 2000 por TELEFÓNICA junto con los operadores B.T. TELECOMUNICACIONES, S.A. (en adelante, BT), MADRITEL COMUNICACIONES, S.A. (en adelante, MADRITEL), AIRTEL MÓVIL, S.A (en adelante, AIRTEL), JAZZ TELECOM, S.A. (en adelante, JAZZTEL), LINCE COMUNICACIONES, S.A. (en adelante, LINCE), RSL COMMUNICATIONS SPAIN, S.A. (en adelante, RSLCOM) y CABLEEUROPA, S.A. (en adelante, CABLEEUROPA).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Así mismo, TELEFÓNICA aportó una copia del Convenio junto con una propuesta de redacción del Anexo I del mismo, en el que se establece el criterio de reparto de costes y gastos de gestión.

Segundo.- A la vista de la solicitud de intervención, esta Comisión procedió en su momento a la apertura del correspondiente expediente administrativo, amparándose en la habilitación competencial establecida por la LGTel y por el Reglamento del Servicio Universal. Se acogió asimismo a las previsiones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ y PAC) que, en virtud de lo dispuesto en la legislación anteriormente citada, regula el ejercicio de las funciones públicas de la CMT.

Tercero.- Con fecha 30 de octubre de 2000 tuvo entrada en esta Comisión un escrito de alegaciones de MADRITEL por el que manifiesta lo siguiente:

1. La decisión de esta Comisión en el presente expediente debe separarse del **criterio de proporcionalidad** empleado en Resoluciones anteriores, ya que las mismas se referían a redes troncales interurbanas, mientras que en el presente asunto nos encontramos ante redes de acceso a clientes y distribución final de servicios. Las diferencias existentes entre ambos tipos de redes hacen que sean diferentes las partidas de costes incurridos en cada tipo de obras, y por lo tanto, los criterios de reparto de los mismos no deberían ser iguales.
2. La forma más justa y equitativa de distribuir los costes de una obra conjunta (puesto que supone un ahorro para todos los operadores por igual) es la de distribuir los costes fijos por partes iguales y los costes variables de forma proporcional al número de tubos.
3. El sistema de reparto de costes consensuado por los operadores interesados (consistente en considerar el 60% como costes fijos distribuidos a partes iguales y el 40% del coste de obra como coste variable) es una distribución convencional que se acerca a la realidad (al no ser siempre posible conocer la relación exacta entre costes fijos y costes variables) al tiempo que garantiza la no discriminación entre los operadores interesados, pues cada operador pagará por los costes en los que incurra.

Cuarto.- Conforme al art. 84 de la LRJ y PAC, relativo al trámite de audiencia, el día 24 de noviembre de 2000 se traslada a los interesados el informe de los Servicios de la Comisión, otorgándose un plazo de diez días para que éstos pudieran cumplimentarlo.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Quinto.- El día 7 de diciembre de 2000, TELEFÓNICA presentó ante esta Comisión su escrito de alegaciones, manifestando la conformidad con el Informe de los Servicios de la Comisión, sin aportar nuevos hechos ni documentos al expediente de referencia.

Sexto.- Los operadores BT, MADRITEL, AIRTEL, JAZZTEL, LINCE, RSLCOM y CABLEUROPA no presentaron alegaciones al Informe de los Servicios de la Comisión.

II. HABILITACIÓN COMPETENCIAL

Los artículos 43 y 44 de la LGTel establecen que los operadores titulares de licencias individuales para la instalación o establecimiento de redes públicas de telecomunicaciones se beneficiarán de los derechos de ocupación de dominio público en la medida en que ello sea necesario para el establecimiento de la red pública de telecomunicaciones que se trate.

Los art. 47.2 de la LGTel y 48.2 del Reglamento del servicio universal, señalan que en el supuesto que algún operador de redes públicas de telecomunicaciones con derecho de ocupación manifieste su interés en la utilización compartida de un bien de propiedad pública o privada, el correspondiente expediente de ocupación del bien se suspenderá en su tramitación, otorgándose un plazo de veinte días a los interesados para que fijen libremente las condiciones de utilización del bien.

En el supuesto de que no se produzca acuerdo entre los interesados en el plazo indicado, cualquiera de ellos podrá solicitar a la CMT que establezca, mediante Resolución, las condiciones de uso compartido.

La resolución de la CMT que establezca las condiciones del uso compartido de infraestructuras, deberá tomar en consideración su repercusión en el fomento de la competencia en el mercado (artículos 48.2 y 49, párrafo sexto, del Reglamento de Servicio Universal), así como (art. 47.3 LGTel):

- Que la coutilización sea económicamente viable.
- Que no se requieran obras adicionales de importancia.
- Que el operador que se beneficie del uso compartido abone el precio que se fije por la coutilización a la entidad a la que se otorga el derecho de ocupación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Principios generales.

La presente Resolución tiene por objeto las condiciones de uso compartido de las infraestructuras de telecomunicaciones a construir en el Polígono industrial del Municipio de Alcobendas, tanto en el momento inicial en que se va a proceder *ex novo* a la instalación como a las condiciones que se aplicarán durante el tiempo que dure la coutilización a los elementos comunes de la misma.

Previamente es necesario establecer una serie de principios sobre la materia que esta Comisión aplicará también en los asuntos futuros *mutatis mutandi*, prestando especial atención al contexto particular de cada uno de ellos.

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

En efecto, los operadores que han manifestado su interés en el uso compartido de infraestructuras han dispuesto de un periodo de veinte días para negociar libremente las condiciones de coutilización. El defecto de acuerdo total o parcial entre los operadores legitima la intervención de esta Comisión, previa solicitud por parte de uno o varios operadores (artículo 47.2 de la LGTel).

Por lo tanto, esta Comisión no tiene la intención de regular exhaustivamente todos los aspectos del uso compartido sino que, en virtud del principio de intervención mínima antes citado, debe dictar condiciones de uso compartido únicamente en aquellos puntos en que las partes han mantenido su desacuerdo.

No obstante, y como garantía de los intereses cuya salvaguardia le encomienda la Ley, este principio de mínima intervención se matiza con el establecimiento de un mecanismo de resolución vinculante por esta Comisión de los conflictos que pudieran derivarse de la interpretación o ejecución de las condiciones de coutilización.

2. **Proporcionalidad de la intervención de la CMT** en la Resolución que se deba adoptar.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El principio de mínima intervención implica además que la coutilización y sus condiciones deben limitarse al ámbito estrictamente necesario para la obtención del fin legalmente perseguido, sin perjuicio de que, cuando la compartición sea objeto de acuerdo entre las partes éstas le den el alcance que tengan por conveniente.

Por tanto, el juicio de proporcionalidad se impone como imprescindible en asuntos como el presente, valorando adecuadamente la idoneidad de las medidas que se adopten respecto del objetivo propuesto, así como la inexistencia de una alternativa menos restrictiva para la consecución del mismo propósito.

3. Posición que ocupan cada uno de los sujetos intervinientes interesados en la compartición.

Es necesario distinguir aquí entre aquel que en primer lugar ejerce su derecho de ocupación de una propiedad y aquel o aquéllos que, a posteriori, manifiestan su interés en compartir la infraestructura que sobre dichos bienes ocupados va a desplegarse.

A este respecto es necesario señalar que aquél que solicita la ocupación de dominio público o la expropiación forzosa de una propiedad privada (o el establecimiento de una servidumbre sobre ésta) es el único beneficiario de los mencionados procedimientos, esto es, el único responsable frente a la Administración concedente y el único titular de los derechos derivados de estos procedimientos administrativos.

Así resulta de lo establecido en el apartado 3. c) del artículo 47 de la Ley General de Telecomunicaciones, que alude a "la entidad a la que se otorga el derecho de ocupación", y en el apartado 5 del mismo artículo que se refiere a "*la obligación del beneficiario* [de la ocupación o de la expropiación forzosa de bienes] *de permitir su uso compartido*", así como en el artículo 49 párrafo quinto del Reglamento de Servicio Universal que alude "a las obligaciones impuestas al beneficiario". Es decir, el operador que solicita la compartición no tendrá el derecho de ocupación concreta del dominio público -o de la propiedad privada expropiada o de la servidumbre establecida- (que se otorgará exclusivamente al solicitante inicial), sino exclusivamente un derecho de uso compartido. El derecho a compartir se ejerce por tanto respecto de un determinado proyecto de ejecución.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Establecidos ya los principios generales que han de presidir la determinación de las condiciones de uso compartido, debe determinarse su aplicación al caso que nos ocupa.

Segundo.- Objeto de la presente Resolución.

En el escrito que origina la presente Resolución, TELEFÓNICA señala que la solicitud de intervención de la CMT se contrae, únicamente, al sistema de reparto de costes entre operadores establecido en el “Convenio sobre la ejecución conjunta de obras por parte de operadores de servicios de telecomunicaciones actuantes en el Polígono industrial de Alcobendas”, suscrito entre los operadores interesados con fecha 14 de julio de 2000.

Telefónica adjuntó una copia del Convenio junto con una propuesta de redacción del Anexo I del mismo, en el que se establece el criterio de reparto de costes y gastos de gestión. De la comparación entre ambos documentos se comprueba que se diferencian en que mientras el Convenio establece que:

“Las Unidades de obra relacionadas con CANALIZACIONES EN PRISMA COMÚN, se sufragarán:

- 60% del precio unitario dividido entre el número de operadores involucrados en la sección.
- 40% del precio unitario dividido entre el número de conductos.

Las Unidades de obra relacionadas con PERFORACIONES HORIZONTALES, DIRIGIDAS, ETC, se sufragarán a partes iguales entre todos los operadores participantes en la misma.”

la propuesta de TELEFÓNICA reza así:

“Las Unidades de obra relacionadas con CANALIZACIONES EN PRISMA COMÚN, se sufragarán de acuerdo a su participación en cada sección de canalización, en función del volumen de ocupación de los conductos respectivos.

Las Unidades de obra relacionadas con PERFORACIONES HORIZONTALES, DIRIGIDAS, ETC, se sufragarán de acuerdo a su participación en la sección de canalización afectada.”

Esta Comisión entiende que Telefónica discrepa únicamente en los criterios de reparto de los costes comunes relacionados con las canalizaciones en prisma común y con las perforaciones, considerando conforme los criterios de reparto del resto de las categorías de costes comunes consideradas en el Anexo I del Convenio.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El ámbito de esta solicitud inicial de TELEFÓNICA no fue ampliado por ningún otro operador. Por contra, fue ratificado de manera tácita por MADRITEL en su escrito de alegaciones, ya que las mismas se refirieron exclusivamente al reparto de costes de operadores, sin que se introdujese ninguna otra nueva materia para intervención de esta Comisión.

Por lo tanto, y en aplicación del principio de intervención mínima administrativa, **la presente Resolución de esta Comisión se extiende únicamente al sistema de reparto entre los operadores de las categorías de costes comunes relativos a los trabajos de las canalizaciones en prisma común y a las perforaciones a realizar (horizontales, dirigidas, etc.),** sin ello sea óbice para posteriores solicitudes de intervención del mismo o distintos operadores interesados sobre extremos diversos de la compartición no contemplados en la presente resolución. Los puntos de discrepancia se resumen en el siguiente cuadro:

	MADRITEL	TELEFÓNICA
COSTES DE CANALIZACIONES EN PRISMA COMÚN	<ul style="list-style-type: none">• 60% según nº de operadores.• 40% según volumen de sección de tubos.	Reparto según volumen de sección de tubos.
COSTES DE PERFORACIONES	Reparto según nº de operadores	Reparto según volumen de sección de tubos.

Tercero.- Determinación de la extensión del derecho compartido.

Con el fin de determinar la extensión del derecho de uso compartido de los operadores que han manifestado su interés en la compartición, debe partirse de que el proyecto inicial concebido por MADRITEL se ha visto alterado por las peticiones de los demás operadores, en la medida en que la zanja a construir tiene un volumen superior al inicialmente previsto. En esta situación, no sería lógico que el operador beneficiario de la ocupación acometiera la realización de toda la obra, instalando los tubos que solicitaran los otros operadores, pero sin intervención alguna de estos, a los que se concedería un derecho de uso de esos tubos. 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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Ello hace necesario distinguir **dos ámbitos en la infraestructura compartida**:

- De un lado, los **elementos de uso exclusivo** de cada operador (tubos y arquetas propias, principalmente), sobre los cuales mantienen una propiedad exclusiva; y
- De otro lado, los elementos de la infraestructura construida cuyo **uso es intrínsecamente común a todos los operadores**, básicamente la troncal de canalización y las cámaras de registro compartidas, 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.

(Esta Comisión utiliza un concepto estricto del término infraestructura, en el sentido de que lo que es objeto de propiedad común es la canalización subterránea por la que se tenderán futuras redes de telecomunicaciones, así como la obra e ingeniería civil necesarias para la su instalación o complementarias de la misma. Por lo tanto, y tomando como referencia el concepto que de Red de telecomunicaciones enuncia el Anexo de la LGTel, la presente Resolución de uso compartido de infraestructuras no incluye los cables ni los equipos susceptibles de transmitir, regenerar, amplificar o recibir señales de telecomunicaciones).

Esta Comisión entiende que esta separación de categorías de costes es más apropiada que la utilizada por MADRITEL al distinguir entre costes fijos (independientes del número de tubos que pretenda instalar cada operador) y costes variables (proporcionales al número de tubos, o sección equivalente, de cada operador). Y ello porque el empleo de los términos “costes fijos” y “costes variables” induce al error de considerar que la materia se inscribe en el ámbito de la Contabilidad de costes, al tiempo que nos aleja del uso de la terminología “propiedad privativa o singular” y “elementos comunes”, utilizada por esta Comisión en anteriores resoluciones.

La cuestión anterior no es en absoluto baladí, y trasciende el puro marco terminológico para pasar a contemplar el problema desde una perspectiva diferente.

Dicha perspectiva es la esfera de la propiedad, en concreto desde el planteamiento de la comunidad de bienes regulada en el art. 392 y ss. del Código Civil. Esta Comisión considera que **la infraestructura de telecomunicaciones debe contemplarse constituida por unos elementos delimitados de aprovechamiento independiente por cada operador, cuyo**



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

uso y disfrute son privativos, y unos elementos comunes a todos los operadores, cuyo uso y disfrute han de ser, naturalmente, compartidos.

Resulta de interés destacar que, aunque unos y otros derechos sean distintos en su alcance, **se reputan inseparablemente unidos**, de tal manera que no puede imaginarse la utilización de los tubos propios de cada operador sin el uso simultáneo de los elementos comunes a todos los operadores.

Cuarto.- Reparto de costes.

A la hora de distribuir los costes de las obras de construcción e instalación de las infraestructuras de telecomunicación, es obvio que cada operador pague de forma íntegra los elementos de uso exclusivo que incorpore en el tramo en el que se realizan las obras, que en definitiva son los tubos de que disponga cada uno. De esta forma, a cada operador se le puede asociar un coeficiente o cuota de definida como el porcentaje de participación de los elementos de uso exclusivo propios respecto del total de los elementos de uso exclusivo de todos los operadores, esto es, el número y sección de tubos propios dividido entre número y sección de tubos total.

Evidentemente, para que esos tubos de uso exclusivo se utilicen son necesarias unas obras comunes. Como se comentó en el apartado tercero, los elementos de uso privativo y los elementos comunes **se reputan inseparablemente unidos**, de tal manera que no puede imaginarse la utilización de los tubos propios de cada operador sin el uso simultáneo de los elementos comunes a todos los operadores.

De acuerdo con este razonamiento, el coeficiente o cuota de cada elemento de uso privativo expresa, activa y pasivamente, el **valor proporcional de los tubos de disposición exclusiva** y cuanto a él se considera unido en el conjunto de los elementos comunes". Por lo tanto parece lógico que la distribución de la carga económica de estas obras comunes dependa del volumen concreto que cada operador ocupa con los tubos de uso privativo que le corresponden.

Este criterio de **proporcionalidad** constituye un criterio lógico de distribución y se configura como un principio general del derecho que se plasma de forma expresa en diferentes ámbitos normativos. Por ejemplo, a propósito del régimen de propiedad horizontal, en el que la participación de los propietarios en los elementos comunes es proporcional a los elementos privativos que les corresponden.

Este criterio es compatible con el hecho de que la red que es objeto de la presente Resolución sea una red de distribución y de acceso a clientes, como



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

sostiene MADRITEL en sus alegaciones, de naturaleza distinta a las redes troncales interurbanas sobre las cuales esta Comisión ha dictado resolución anteriormente y en las que ha aplicado el criterio de reparto de costes comunes proporcional al número de tubos.

El criterio de reparto de esta Comisión no se fundamenta ni en la naturaleza (troncal o capilar) de la red a construir, ni tampoco en la proporción que exista entre costes dependientes de la longitud de los tubos y costes no dependientes de la longitud de los tubos. El criterio de reparto de esta Comisión se basa en :

- El reconocimiento de la existencia de elementos de uso privativo y elementos de uso común de utilización necesariamente conjunta e inseparable.
- La utilización de una cuota o porcentaje de participación de cada operador sobre el total de los elementos de uso privativo, que posteriormente se aplicará a la distribución de los costes de los elementos comunes en virtud de la utilización conjunta y solidaria de ambos tipos de elementos.
- La adopción del volumen de sección de tubo como cuota objetiva para calcular el porcentaje de participación de cada operador.

En resumen, esta Comisión entiende que **la cuota de participación de cada operador con relación al total del valor de la infraestructura de telecomunicaciones viene definida como la proporción de la sección de los tubos por kilómetro longitudinal que posea cada operador con respecto a la sección total por kilómetro instalada.**

En razón de lo expuesto, esta Comisión

RESUELVE

Primero.-

Se establece que la cuota de participación de cada operador con relación al total de los costes asociados al uso compartido de la infraestructura de telecomunicaciones de referencia viene definida como la sección de los tubos por kilómetro longitudinal que posea cada operador con respecto a la sección total por kilómetro instalada.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Segundo.-

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.

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-Administrativa y el artículo 116 del 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

EL SECRETARIO

D. José María Vázquez Quintana.

D. José Giménez Cervantes.