



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DON JOSE GIMENEZ 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 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 15 de febrero de 2001, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCION POR LA QUE SE RESUELVE EL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR MADRITEL COMUNICACIONES, S.A. CONTRA LA RESOLUCIÓN DE 21 DE DICIEMBRE DE 2000 RELATIVA AL USO COMPARTIDO DE INFRAESTRUCTURAS DE TELECOMUNICACIONES A CONSTRUIR EN EL POLÍGONO INDUSTRIAL DE ALCOBENDAS

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por Madritel Comunicaciones, Sociedad Anónima (en adelante, Madritel) contra el Acuerdo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 21 de diciembre de 2000 por el que se aprueba la Resolución relativa al uso compartido de infraestructuras de telecomunicaciones a construir en el polígono industrial de Alcobendas (Expte. ME 2000/3352), el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 07/01 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 15 de febrero de 2001, recaída en el expediente AJ 2000/3971

HECHOS

PRIMERO.- El procedimiento ME 2000/3352, iniciado con fecha 3 de noviembre de 2000 en virtud de solicitud presentada por la representación legal de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica) de que esta Comisión dictase Resolución relativa a las condiciones de uso compartido de infraestructura de telecomunicaciones a construir en el polígono industrial del Municipio de Alcobendas (Madrid), en virtud de lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, fue concluido



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

mediante Resolución del Consejo de esta Comisión, de fecha 21 de diciembre de 2000, por la que se acordó:

"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.

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."

SEGUNDO.- La mencionada Resolución fue notificada a Madritel el día 22 de diciembre de 2000 con la indicación de los medios de impugnación que contra la misma cabía interponer.

Haciendo uso de su derecho de impugnación en vía administrativa de la Resolución, Madritel formuló, en tiempo y forma, recurso potestativo de reposición contra la misma mediante escrito presentado ante esta Comisión el 22 de enero de 2001, solicitando que se *"declare que el criterio de distribución de los costes para la obra compartida en el Polígono Industrial de Alcobendas acordado en el contrato de 14 de julio de 2000 es ajustado a derecho"*, solicitando que se requiriesen determinadas declaraciones de terceros, y, asimismo, la suspensión de la ejecución del acto impugnado.

A los anteriores antecedentes de hecho les son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

Primero.- Admisión a trámite.

El recurso ha sido interpuesto cumpliendo con todos los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, se ha interpuesto dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117 de la misma Ley, dado que el acuerdo recurrido fue notificado a la recurrente el 22 de diciembre de 2000. Teniendo en cuenta lo anterior, procede admitir a trámite el recurso interpuesto.

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. Este 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.

B. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

Primero.- Sobre el supuesto carácter especial de los costes de la obra más directamente relacionados con el dominio público.

El primer motivo de impugnación en que se fundamenta el recurso interpuesto se refiere a que, según la recurrente, *"para la realización de las obras en el dominio público local, es necesario realizar una serie de actuaciones en el mismo, tales como la reposición del pavimento, demolición de la capa asfáltica y de la base de hormigón de la calzada, relleno de tierras, reposición de la base de hormigón y aglomerado... etc., que exigen una serie de inversiones en elementos (reposición de pavimento, hormigón, etc), que nunca llegarán a ser propiedad de los operadores"... "por ello, la inversión realizada en esta serie de actuaciones, sin perjuicio de que las mismas son imprescindibles para permitir finalmente instalar las canalizaciones necesarias en el subsuelo, es independiente del beneficio que pueda llegar a obtenerse por instalar las referidas canalizaciones".*

Tras otra serie de consideraciones relativas al dominio público en el que se realiza la obra, y después de impugnar la aplicación de las reglas de la comunidad de bienes al caso en cuestión, señala, que incluso *"si se considerase adecuado por analogía aplicar la regla de la Comunidad de Bienes para la realización de obras compartidas en el dominio público y con ello, la distribución de los costes proporcional a la sección utilizada por cada operador,... en ningún caso sería aplicable esta teoría a los costes relacionados*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

con la perforación, hormigonado y reposición del dominio público, dado que ningún operador, en ningún caso podrá llegar a tener un derecho de uso sobre esta parte del dominio público..."

Debe rechazarse esta alegación de Madritel, puesto que la Resolución impugnada en modo alguno basa la distribución proporcional de costes en el hecho de que los elementos que constituyan dominio publico vayan a ser o no propiedad de los operadores que comparten la infraestructura, sino en el hecho de que los costes relativos a los elementos de uso común de la infraestructura (entre los cuales Madritel cita expresamente el prisma en el que se introducen las canalizaciones de dicho operador) han de incluir necesariamente el coste de la obra necesario para ubicarlos en el subsuelo, los cuales incluyen todos los elementos a que hace referencia la alegación de Madritel.

Aplicando la analogía con el régimen de comunidad en propiedad horizontal (artículo 396 del Código Civil y Ley de 21 de julio de 1960), que es el invocado en la Resolución (y no el de la comunidad ordinaria del artículo 392, al que se refiere Madritel), cabe recordar que en el coste de los elementos comunes de un edificio sometido a dicho régimen están no solo el de la estricta construcción del mismo, sino, por ejemplo, la reposición de las canalizaciones de suministros públicos, el acerado, el alumbrado público y otros elementos de propiedad ajena o de dominio público que son afectados por la obra y que no pasan a propiedad de los comuneros. Dichos costes, que pueden considerarse a modo de "costes hundidos", en el sentido económico del término, se incluyen en el coste del edificio, y son satisfechos por los compradores de cada piso o local de modo conjunto con su adquisición de los elementos comunes del edificio que son anejo inseparable de su propiedad privativa. Esto es, no hay una regla distinta para el pago de dichos costes, que se funden en el conjunto de costes de la construcción.

Por todo lo cual, debe rechazarse la alegación de Madritel y estimarse adecuado el criterio dispuesto en el apartado Primero de la parte decisoria de la Resolución impugnada.

Segundo.- Sobre la aplicación de la distinción entre costes fijos y variables al caso objeto de la Resolución impugnada.

El segundo motivo de impugnación en que se fundamenta el recurso interpuesto se refiere a que, según la recurrente, sería de aplicación la distinción entre costes fijos y variables que es típica de la contabilidad de costes que se aplica en otros ámbitos de la regulación de las telecomunicaciones.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Dicha alegación ha de ser igualmente rechazada puesto que se los supuestos a los que se aplica dicha distinción no guardan analogía alguna con la cuestión resuelta en el caso que se resuelve en el acto recurrido.

Lo que la Resolución impugnada resuelve no se asemeja al establecimiento del precio que un operador ha de pagar a otro por un servicio que recibe del mismo o por el uso que realiza de elementos de su red (como sucede en la aplicación de la contabilidad de costes al ámbito de los precios de interconexión), ni a la determinación del coste del servicio universal de telecomunicaciones (que puede tener elementos fijos y otros variables, dependientes del uso que de dicho servicio realicen los usuarios). En dichos casos, hay una singularidad de la posición del operador obligado a prestar el servicio (de interconexión o universal) en cuanto que el mismo ha de asumir en todo caso una serie de costes fijos, no relacionados directamente a la cuantía del uso del servicio de por los operadores con derecho a interconexión o por los usuarios con derecho al servicio universal.

En el caso analizado, todos los operadores beneficiarios de la infraestructura se hallan en la misma posición con relación al coste de la obra a realizar, puesto que todos ellos van a utilizarla con la misma finalidad, el establecimiento y explotación de una red de telecomunicaciones; cada uno de ellos va a ser titular privativo de los elementos de su uso exclusivo, en particular las canalizaciones; y, finalmente, todos ellos van a compartir la infraestructura construida, sin que ello afecte, evidentemente, a la inalienabilidad del dominio público en el que está construida. Por ello, como se ha señalado en la Resolución recurrida, y en todas las anteriores que esta Comisión ha dictado sobre la misma materia, el criterio a seguir es el de la proporcionalidad en la propiedad de los elementos comunes, y también, como establece la resolución impugnada, en cuanto al pago de los costes asociados al uso de la misma, incluidos los de construcción, reposición de la superficie y otros a que se refiere la recurrente.

Ha de rechazarse, pues, la alegación de Madritel ante la ausencia de analogía entre el caso resuelto por la Resolución impugnada y los supuestos en que la Ley General de Telecomunicaciones aplica la distinción entre coste fijo y variable en el ámbito de la determinación de los costes de los servicios de telecomunicaciones.

Ha de señalarse, asimismo, que esta Comisión no está en modo alguno vinculada por el supuesto uso o costumbre alegado por Madritel, puesto que la libertad contractual de las partes, de la que los contratos invocados son expresión, permite a los firmantes de los contratos estimar razones o motivos (para aceptar los alegados criterios de distribución de costes) que son de índole meramente privada (p.e., motivos de urgencia en la conclusión de las



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

obras, o la obtención de ventajas en otro ámbito de relación con los demás operadores). Los citados criterios son evidentemente lícitos en el ámbito privado, pero esta Comisión, que sólo actúa en este ámbito si no se ha llegado a un acuerdo entre las partes, no está autorizada legalmente a aplicarlos, al no estar previstos en la normativa aplicable, dada su vinculación al principio de legalidad en sus actuaciones.

Tercero.- Sobre la supuesta singularidad de Madritel en esta materia en virtud de su título habilitante.

El tercer motivo de impugnación en que se fundamenta el recurso interpuesto se refiere a que, según la recurrente, las obligaciones de extensión de su red derivadas de su título habilitante le confieren una singularidad en esta materia.

Ha de rechazarse esta alegación puesto que, además de ser inconcreta (puesto que no se expresa una relación concreta con la construcción de la infraestructura que es objeto de la resolución impugnada), del título habilitante de Madritel no pueden detraerse consecuencias para terceros que no estén previstas en la ley, y menos aún una contribución menor a la proporcional en el caso objeto de la Resolución, lo cual implicaría el deber de los demás operadores a aportar la cantidad en que se minorase la aportación de la entidad recurrente. El equilibrio o desequilibrio de las condiciones del título habilitante de Madritel, o incluso su eventual alteración, es una cuestión entre dicha entidad y la Administración competente, que no puede tener efecto en la cuestión resuelta en la resolución impugnada.

Cuarto.- Sobre la supuesta violación del principio de no discriminación.

El cuarto motivo de impugnación en que se fundamenta el recurso interpuesto se refiere a que, según la recurrente, existiría una discriminación por entender que se desfavorece a los operadores que más invierten en red, instalando más tubos por obligarles a sufragar proporcionalmente lo que denomina "la parte de costes fijos en una obra en el dominio público local".

Dicha alegación debe rechazarse por los mismos argumentos señalados en los Fundamentos Jurídicos Primero y Segundo de esta Resolución, esto es, por ser adecuada la aplicación analógica de las reglas de la comunidad en propiedad horizontal que efectúa la Resolución impugnada, y carecer de relevancia la distinción entre costes fijos y variables para la determinación de la aportación de las partes al coste de la obra de la que se benefician en este caso.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A ello ha de añadirse que claramente el criterio proporcional es el justo y no discriminatorio en este caso, puesto que obliga a satisfacer los gastos en función de las posibilidades de beneficio derivadas de la red que se construye, en proporción a la medida de los tubos instalados.

Lo injusto sería, claramente, tratar igual a los desiguales, repartiendo cualquier coste de la obra a partes iguales entre los operadores, y perjudicando a los operadores que menos pudiesen beneficiarse de la construcción realizada por ser titulares de una menor parte de la red que se establece en dichas infraestructuras.

La distinción entre redes de acceso y red troncal que pretende invocar la recurrente (en función de la diferente cuantía de los que denomina "costes fijos") tampoco es relevante, puesto que, como se señaló en el Fundamento Jurídico Segundo, no es aceptable la pretendida distribución por partes iguales de dichos costes, puestos que los mismos se integran en los del conjunto de la obra, cuya única finalidad es el establecimiento de las redes, de las que potencialmente se puede obtener mayor beneficio cuanto mayor sea la extensión, número y sección de los tubos instalados.

Quinto.- Sobre la supuesta idoneidad del reparto de costes 60/40.

El quinto motivo de impugnación en que se fundamenta el recurso interpuesto se refiere a que, según la recurrente, es razonable estimar, a los efectos de la distribución de los costes a satisfacer por cada operador, que en redes urbanas el sesenta por ciento de los costes serían "fijos" y el cuarenta por ciento "variables".

Debe rechazarse esta alegación por dos motivos: en primer lugar, por que, habiéndose rechazado en los F.J. Segundo y Cuarto la relevancia de la distinción entre costes fijos y variables en el ámbito de la cuestión que es objeto de la Resolución impugnada, menos aún sería relevante su presunta cuantía; y, en segundo lugar, porque esta Comisión no estima procedente hacer estimaciones del tipo señalado, que si pueden tener una función en un procedimiento de liquidación provisional de pagos que libremente puedan establecer las partes, no parecen necesarias en el contexto de una Resolución administrativa que ha de mantenerse en el ámbito del principio de intervención mínima que deriva del principio de libertad de empresa que establece en las telecomunicaciones la Ley General, en aplicación de la previsión del artículo 38 del texto constitucional.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Sexto.- Sobre la supuesta discriminación.

El sexto motivo de impugnación en que se fundamenta el recurso interpuesto se refiere a que, según la recurrente, existiría una discriminación, reiterando lo argumentado en su alegación cuarta, ahora tratando de justificar que el criterio apuntado en la alegación anterior, de reparto de costes "fijos" y "variables" en una proporción sesenta-cuarenta no sería discriminatoria sino que supone un reparto equitativo.

Debe rechazarse esta alegación, que no aporta argumentos distintos a los ya rechazados en los Fundamentos Jurídicos Segundo, Cuarto y Quinto de esta Resolución. Ha de reiterarse que no es relevante la distinción entre costes "fijos" y "variables" pues no es admisible establecer diferentes criterios de reparto para dichos "tipos" de costes, sino que todos han de sufragarse de modo proporcional al beneficio potencialmente obtenible de la obra realizada, que se entiende proporcional a la red que cada operador instala en la misma.

Séptimo.- Sobre la suspensión de la eficacia de la Resolución impugnada.

La petición de suspensión no está debidamente fundamentada, por cuanto no se argumenta en modo alguno que se vayan a realizar liquidaciones o pagos relativos a las obras objeto de la Resolución durante el intervalo entre la interposición del recurso y su resolución, y, menos aún, que dichos actos de ejecución de la Resolución fuesen a suponer un perjuicio de imposible o difícil reparación para la recurrente. No puede estimarse que el pago de unos cuarenta millones de pesetas, al que se refiere la recurrente, pueda tener un impacto significativo en una empresa de las dimensiones de Madritel, y menos aún teniendo en cuenta que, en caso de una resolución favorable a sus intereses, se produciría el correspondiente ajuste entre las partes del contrato, con lo cual el perjuicio no sólo sería escaso sino también meramente temporal.

Por todo ello, no se ha estimado necesaria la suspensión de la eficacia de la Resolución impugnada con carácter previo a la resolución del presente recurso, desestimándose la petición de Madritel al efecto.

Octavo.- Sobre la solicitud de determinados datos o declaraciones a Localret, Gas Natural, Unión Fenosa, Uni2, Airtel, BT, Jazztel y Colt.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La solicitud citada, que debe entenderse como una proposición de medios de prueba con relación a la afirmación de la recurrente relativa a los criterios de distribución de costes en obras compartidas en el dominio público, debe ser desestimada, pues no se ha estimado necesaria dicha prueba, por no basarse la Resolución impugnada ni la presente en la veracidad o falsedad de tal afirmación de Madritel.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

Desestimar el recurso potestativo de reposición interpuesto por la representación legal de la entidad Madritel Comunicaciones, S.A. contra el Acuerdo de esta Comisión de 21 de diciembre de 2000 por el que se aprueba la Resolución relativa al uso compartido de infraestructuras de telecomunicaciones a construir en el polígono industrial de Alcobendas (Expte. ME 2000/3352), por ser ajustado a Derecho el acto recurrido, el cual se confirma en sus propios términos. Asimismo, se desestima la petición de suspensión de la resolución recurrida, así como la de la prueba propuesta por la recurrente.

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 recursos potestativos de reposición, no puede interponerse de nuevo dicho 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

José Mª Vázquez Quintana

José Giménez Cervantes