



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DÑA. ALEJANDRA DE ITURRIAGA GANDINI, por vacante del Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (art. 7.2 de la O.M. de 9 de abril de 1997, B.O.E. de 11 de abril de 1997), 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 20/05 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 2 de junio de 2005, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO PLANTEADO POR CABLEUROPA, S.A.U. CONTRA TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. POR EL ACCESO A DETERMINADAS INFRAESTRUCTURAS SOPORTE DE LA RED DE DISTRIBUCIÓN FINAL DE CLIENTE

En relación con el conflicto presentado por Cableuropa, S.A.U. contra Telefónica de España, S.A.U., por el acceso a determinadas infraestructuras (conductos y arquetas) que se vienen utilizando por esta última entidad como soporte de la red de distribución final de acceso a cliente, ubicadas en las localidades de Puerto Real y Los Barrios en la provincia de Cádiz, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 20/05, del día de la fecha, el siguiente acuerdo:

Acuerdo de 2 de junio de 2005, recaído en el expediente DT 2004/1712.

1. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 26 de octubre de 2004, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito presentado por Cableuropa S.A.U. (en adelante, ONO), por el que se solicita la intervención de esta Comisión a fin de que resuelva el conflicto suscitado con la entidad Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica) por el acceso a determinadas infraestructuras (conductos y arquetas) ubicadas en las localidades de Puerto Real y Los Barrios en la provincia de Cádiz. Estas infraestructuras se vienen utilizando por Telefónica como soporte de la red de distribución final de acceso a cliente, y serían usadas por ONO con el mismo objeto.

Según ONO, desde el pasado mes de marzo se han producido negociaciones con Telefónica para llegar a un acuerdo sobre una utilización compartida de dichas infraestructuras. El acuerdo ha sido imposible debido a las condiciones planteadas por Telefónica, pero también por las denuncias de Telefónica contra ONO reclamando



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

derechos sobre ciertas infraestructuras que han sido ocupadas por ONO sin existencia de acuerdo previo con Telefónica. En concreto, ONO menciona que existe un desacuerdo en los siguientes puntos:

- Planteamiento general de las negociaciones, sobre la necesidad de firmar un convenio para cada infraestructura y localidad concreta o si, por el contrario, basta con un acuerdo marco que abarque a todas las localidades cuyas infraestructuras son similares.
- Determinación del alcance del acceso de ONO a los conductos de Telefónica.
- Determinación de precios de acceso a las arquetas y conductos objeto del conflicto.
- Duración del derecho de uso de las infraestructuras de Telefónica por parte de ONO.

Asimismo, solicita que, de manera cautelar, se conceda a ONO el derecho a permanecer en la infraestructura con carácter provisional en tanto se resuelva el conflicto.

Segundo.- Comunicaciones de apertura. Tras recibir el citado escrito, esta Comisión, en uso de la habilitación competencial prevista en la normativa sectorial de aplicación y en la legislación general de procedimiento administrativo, procedió a remitir a los interesados, ONO y Telefónica, sendos escritos cuya salida fue registrada el día 8 de noviembre de 2004, mediante los cuales se les comunicaba que en virtud de la solicitud de intervención presentada por la primera, había quedado iniciado el correspondiente procedimiento administrativo.

Tercero.- Con fecha 15 de febrero de 2005, se recibe en esta Comisión escrito de ONO, aclarando que el ámbito espacial al que se circunscribe el conflicto interpuesto contra Telefónica se corresponde con las localidades de Puerto Real y Los Barrios.

Cuarto.- Apertura del trámite de audiencia. Mediante escrito de fecha 4 de marzo de 2005, notificado a Telefónica el día 15 de marzo y a ONO el día 16 de marzo, se confirió a los interesados trámite de audiencia, previsto en el artículo 84 de la Ley 30/1992. Se dio traslado a los mismos de una copia del informe preliminar elaborado por los Servicios de esta Comisión, otorgándoseles un plazo de diez días para que, si a su derecho interesaba, realizaran las alegaciones y presentaran los documentos y justificaciones que estimasen pertinentes, y, si lo consideraban oportuno, tomaran vista del procedimiento, obteniendo copias de los documentos contenidos en ellos.

Mediante sendos escritos recibidos el 18 de marzo de 2005, Telefónica y ONO solicitaron una ampliación del plazo de alegaciones, que les fue concedida mediante escrito de fecha 28 de marzo de 2004.

Quinto.- Contestación de ONO al trámite de audiencia. El 1 de abril de 2005 tuvo entrada en el Registro de la CMT escrito de alegaciones de ONO presentado en ejercicio del trámite de audiencia.

En su escrito, ONO realiza una serie de alegaciones en relación con el informe preliminar remitido, que, básicamente, son las siguientes:



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- ONO manifiesta que resulta más conveniente analizar los costes de las infraestructuras que han sido soportados por Telefónica, al igual que se ha realizado en el expediente RO 2003/1847. De esta forma, ONO entiende que Telefónica sólo tendría derecho a una contraprestación económica por el uso de la infraestructura cuyo coste hubiera soportado, de manera proporcional al uso que realice de la misma.
- ONO considera necesario que en el presente expediente la CMT se pronuncie sobre el derecho de ONO a acceder a las infraestructuras comunes de telecomunicaciones (ICT) en aquellos inmuebles, polígonos o cualquier tipo de edificación construido con posterioridad a la entrada en vigor de la normativa sobre ICTs, en las condiciones establecidas por la legislación en vigor en cada momento.
- ONO considera que la CMT debería referirse también en su resolución a los conductos de acometida al cliente final, que tienen salida desde las arquetas cuya compartición se plantea. A este respecto, ONO considera que la CMT debería imponer a Telefónica la obligación de retirar el cableado y demás elementos que, en el conducto de acometida al cliente final, se hubieran instalado, en su día, para dar servicio a un abonado cuando ONO le solicite el acceso a dicha infraestructura. Según ONO, por aplicación del Real Decreto 401/2003, por el que se aprueba el Reglamento relativo a las infraestructuras comunes de telecomunicación, la retirada del cableado debería efectuarse en el plazo de 30 días a contar desde la conclusión del contrato de abono de Telefónica con el usuario, quedando ONO facultada para llevarla a cabo por su cuenta si no se efectúa en ese plazo.
- En términos generales, ONO muestra su conformidad con lo señalado en el informe de los Servicios en relación con la competencia de la CMT para imponer obligaciones de acceso a un operador dominante, el planteamiento general de las negociaciones, la utilización de conductos entre arquetas de tipo M y la duración del derecho de uso de las infraestructuras de Telefónica.
- En lo que respecta a las condiciones económicas, ONO adjunta un estudio al respecto, y manifiesta lo siguiente:
 - Que ONO considera que no procede una contraprestación económica por la labor de asesoramiento de Telefónica.
 - Que ONO muestra su conformidad con el informe de los Servicios, de forma que la cuota mensual determinada en el citado informe a partir de los precios fijados en la OBA suponga el límite máximo que Telefónica pueda cobrar a ONO por el uso compartido y el mantenimiento de un conducto de los tres disponibles y la arqueta tipo M desde la que se accede a las viviendas, ya que, según ONO, el diámetro de los conductos y las dimensiones analizadas en la OBA serán, por lo general, mayores que las analizadas en el presente conflicto.
 - Que no corresponde contraprestación alguna por el acceso a los conductos de acometida al cliente, al correr ONO con el coste de retirada del cableado y otros elementos, si Telefónica no lo realiza en el plazo de 30 días, así como con el mantenimiento del cableado necesario para dar servicio al cliente.

A su escrito de alegaciones, ONO adjunta dos documentos:



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- El primer documento contiene una propuesta enviada por Telefónica a ONO el 22 de febrero de 2005 para la resolución del conflicto
- El segundo documento constituye un análisis económico de los precios de la compartición de infraestructuras, aunque particularizado para el caso del Ayuntamiento de Jerez objeto del expediente RO 2003/1847, en el que se contemplan los siguientes aspectos: i) el coste de las infraestructuras incurrido por Telefónica y su amortización, ii) los precios de mercado que otros operadores cobran a ONO por el uso de infraestructuras equivalentes (información que ONO solicita sea tratada como confidencial), y iii) el margen de rentabilidad negativo que le quedaría a ONO si Telefónica le cobrara las cantidades que pretende.

Sexto.- Contestación de Telefónica al trámite de audiencia. El 4 de abril de 2005 ha tenido entrada en el Registro de la CMT escrito de alegaciones de Telefónica presentado en ejercicio del trámite de audiencia.

En su escrito, Telefónica realiza las siguientes alegaciones en relación con el informe preliminar remitido:

- Que no tiene inconveniente alguno en formalizar un acuerdo marco de alcance general de uso compartido de infraestructuras, pero no debe abstraerse el hecho de que las circunstancias de cada caso concreto pueden hacer inviable la utilización compartida.
- Que respecto a la determinación del alcance del acceso, la discrepancia está en aquellos escenarios en donde no hay conductos suficientes para el uso de uno de ellos en exclusiva por parte de ONO. Telefónica considera que las soluciones que suponen acciones sobre su red no se ajustan a los principios y criterios que rigen la obligación de acceso (viabilidad técnica y necesidad de preservar la integridad de la red presente en la normativa de telecomunicaciones), debiéndose respetar el despliegue de red existente y las necesidades de reserva operacional.
- Que existen discrepancias con ONO con respecto a la cuantía de las contraprestaciones económicas por el uso de las infraestructuras, pero no sobre los conceptos facturables, que incluyen el uso y mantenimiento de los conductos y las arquetas, la labor de asesoramiento previo realizada por Telefónica y diversas cantidades por la regularización de ocupaciones no acordadas y consumadas.
- Que Telefónica acepta un uso compartido de carácter indefinido, sin perjuicio de que en circunstancias excepcionales se facilite a Telefónica la recuperación de su uso.
- Que las negociaciones con ONO se venían manteniendo con anterioridad a que ONO sometiera a la CMT la resolución del conflicto, y que han existido diferentes reuniones entre las dos partes con este objeto (en fecha 17 de marzo de 2004, 12 de mayo de 2004, 5 de julio de 2004, 18 de febrero de 2005 y 7 de marzo de 2005, según indica Telefónica). Concluye que, a pesar de los meses transcurridos, no ha habido tiempo material para que las partes pudieran tratar de negociar y acordar el único punto fundamental que, a su juicio, está todavía pendiente de consenso: los precios por uso y mantenimiento de las infraestructuras objeto de compartición. A



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

tal efecto, considera que el plazo de diez días fijado en el informe para alcanzar un acuerdo definitivo con ONO es insuficiente, proponiendo un plazo alternativo de dos meses para la continuación y conclusión de las negociaciones.

- Que cuestiona la procedencia de analizar la viabilidad de la utilización de las infraestructuras por parte de ONO por comparación con las infraestructuras previstas en la normativa de ICT para la distribución de las redes de telecomunicación, por lo siguiente:
 - En lo que se refiere a la posible instalación por ONO de elementos de derivación u otro tipo de elementos pasivos en el interior de las arquetas de tipo M, Telefónica indica que es sumamente desaconsejable, tanto por el limitado espacio en las arquetas como por los posibles riesgos de tipo eléctrico que se pueden producir para el personal que ha de manipular en las arquetas afectadas, aunque se trate de dotar a dichos elementos de mecanismos de seguridad. Telefónica manifiesta que este aspecto ha sido reconocido por ONO durante las negociaciones mantenidas.
 - En cuanto a las canalizaciones que comunican las arquetas de tipo M entre sí, Telefónica considera improcedente la equivalencia que de las mismas se hace con la canalización principal prevista en la normativa de ICT, puesto que según Telefónica, se trata de canalizaciones formadas por tres conductos de 63 mm cuando la normativa de ICT hace referencia a la existencia de, al menos, siete conductos para urbanizaciones con más de 30 viviendas, previendo la disponibilidad de dos tubos destinados a una función de reserva.
- Que dado que el informe de los Servicios no hace mención a un coste derivado de las labores de asesoramiento y supervisión previas al despliegue de red, Telefónica desea expresar que, dado que se consideran justificadas y necesarias ciertas actividades de coordinación entre las partes, se ha de reconocer a Telefónica el derecho a ser resarcida económicamente por la realización de unas actividades que, en otro caso, no se llevarían a cabo y que no están relacionadas con la prestación de su propio servicio.
- Que en el caso de que los tres conductos que comunican las arquetas de tipo M entre sí estén ya ocupados, Telefónica considera que es inviable instalar un nuevo cable en un conducto de 63 mm ya ocupado, al no haber espacio suficiente para ello, ni ser técnicamente posibles, por regla general, actuaciones de redistribución en ellos. Telefónica añade que el supuesto de que los tres conductos se encuentren ocupados es muy poco probable, y que cualquier trabajo de redistribución de red que se imponga a Telefónica debe ser resarcido íntegramente por ONO.
- Que con relación a los precios de la compartición, Telefónica señala que en la OBA se considera una capacidad de hasta 6 conductos, lo que reduce sensiblemente el importe a repercutir. Con esta hipótesis, Telefónica considera que el precio a cobrar debe ser de 0,36 euros/mes por el uso y mantenimiento de cada metro lineal del conducto, y de 2,69 euros al mes por el uso y mantenimiento de la arqueta.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que, al igual que lo que se prevé en la OBA, debe establecerse un precio a pagar a Telefónica por las visitas de replanteo, que debe consistir en un coste fijo de 93,77 euros y en un coste variable de 37,51 euros/hora.
- Que en la resolución del presente expediente se recoja expresamente la obligación de ONO de regularizar las ocupaciones ya consumadas de infraestructuras de uso de Telefónica, conforme a las condiciones técnicas y económicas que resulten procedentes.

A su escrito de alegaciones, Telefónica adjunta un total de 16 documentos, que se refieren a las reuniones o conversaciones mantenidas con ONO con relación a la compartición de infraestructuras y el escrito de la sentencia recaída el 9 de diciembre de 2004 sobre la demanda interpuesta por Telefónica contra ONO por ocupación ilícita de ciertas infraestructuras de Telefónica en el Polígono VA del municipio de Puerto Real y en el Paseo de Coca y el Residencial El Mirador del Río, ambos del término municipal de Los Barrios.

Séptimo. Segundo escrito de alegaciones presentado por ONO. Con fecha 5 de mayo de 2005 ha tenido entrada en el Registro de la CMT escrito de ONO en el que viene a oponerse a las alegaciones efectuadas por Telefónica en el trámite de audiencia, y por el que se reitera en las manifestaciones realizadas en sus escritos de alegaciones anteriores.

En particular, ONO destaca las siguientes consideraciones:

- Que es achacable a Telefónica la falta de voluntad de alcanzar un acuerdo, así como la intención de dilatar al máximo las negociaciones, y no a ONO, como pretende Telefónica en sus alegaciones.
- Que la necesidad de ONO de acceso a las infraestructuras de Telefónica realizada en el informe de audiencia está motivada convenientemente.
- Que la infraestructura objeto del uso compartido cumple una función equivalente a las previstas en la normativa de ICT. En particular:
 - Los *taps*, que son los elementos utilizados por ONO, funcionan como derivadores y son elementos pasivos, por lo que son asimilables a los derivadores de la red de televisión previstos en la normativa de ICT.
 - ONO está en desacuerdo con las manifestaciones de Telefónica sobre que la instalación de estos derivadores resulta desaconsejable, sin que ONO haya reconocido ni asumido cuestión alguna al respecto. ONO planteó la posibilidad de construir una arqueta secundaria para ciertos elementos de conexión, con el fin de avanzar en la negociación con Telefónica.
 - La normativa de ICT prevé siete conductos para urbanizaciones de más de 30 viviendas porque preveía la existencia de distintos operadores. En este caso, existe capacidad suficiente con tres conductos de 63 mm y arquetas.
- Que las infraestructuras objeto de este conflicto son poco complejas, por lo que no resultan necesarias labores de asesoramiento del despliegue, aunque está de acuerdo con la propuesta del informe sobre la coordinación de los operadores.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que la CMT debe asegurar la compartición, para lo que Telefónica debe redistribuir su cableado si no fuera posible esta compartición. Los trabajos de redistribución no han de ser remunerados, puesto que son casos muy puntuales y derivados del estado de las redes de Telefónica, cuyos costes se encuentran amortizados.
- Que en los casos de compartición descritos por Telefónica, están de acuerdo en general, salvo en las referencias al servicio universal, que trata de garantizar unos mínimos.
- Que puede observarse una persistente rebaja en los planteamientos económicos de Telefónica, de forma unilateral, así como la aceptación de los precios fijados en la OBA sin justificar la procedencia de las propuestas anteriores.
- Que las arquetas no deben ser objeto de contraprestación alguna si Telefónica no acredita que su coste haya sido soportado por ella.
- Que el tubo de acometida no debe ser objeto de contraprestación alguna, puesto que se considera parte de la vivienda.
- Que la CMT no es la autoridad competente para resolver sobre la regularización de las ocupaciones de infraestructuras citada por Telefónica.

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

2. FUNDAMENTOS DE DERECHO

2.1 Habilitación competencial

La Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGT), en su artículo 48.2, indica que la CMT tendrá por objeto, entre otras cuestiones, el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y la resolución de los conflictos entre operadores. Dichas competencias generales se concretan en la habilitación competencial de esta Comisión para actuar en esta materia, recogida en el apartado 3, letra d) del mismo artículo, que establece que es función de esta Comisión la resolución vinculante de los conflictos que se susciten entre operadores en materia de acceso o interconexión.

Por un lado, la LGT, en el Capítulo III de su Título II, y por otro, el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado mediante Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre (en adelante, Reglamento MAN), en su Título III, regulan la interconexión y el acceso a las redes públicas de telecomunicaciones electrónicas y a sus recursos asociados.

Así, el artículo 11.4 de la LGT establece que la CMT podrá intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 del mismo texto legal.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A tales efectos, el artículo 14 de la LGT señala que *“de los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso derivadas de esta ley y de sus normas de desarrollo conocerá la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”*, función que aparece reflejada asimismo en el artículo 23.3.b) del Reglamento MAN.

El apartado 2 del Anexo II (“Definiciones”) de la LGT define el concepto de “acceso” como *“la puesta a disposición de otro operador, en condiciones definidas y sobre una base exclusiva o no exclusiva, de recursos o servicios con fines de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas”*; lo cual comprende *“el acceso a infraestructuras físicas, como edificios, conductos y mástiles”*.

Para ello, la CMT adecuará sus actuaciones a lo previsto en los artículos 68 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, tal y como quedó modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, (en adelante LRJPAC). Este texto legal regula, en virtud de lo dispuesto en el artículo 48.1 de la LGT, y en el artículo 2 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, el ejercicio de las funciones públicas que esta Comisión tiene encomendadas.

En consecuencia, se debe concluir que esta Comisión está especialmente habilitada para conocer y resolver sobre el conflicto de acceso a infraestructuras de Telefónica planteado por ONO.

2.2 Consideraciones previas

ONO interpone ante esta Comisión un conflicto contra Telefónica sobre las condiciones por las cuales se produciría el acceso de ONO a ciertas infraestructuras utilizadas por Telefónica como soporte de la red de distribución final de acceso a cliente, en las localidades de Puerto Real y Los Barrios. En particular, se trata de las infraestructuras (arquetas y conductos) de acceso a conjuntos de viviendas unifamiliares que constituyen, en sí, una comunidad de propietarios, y que carecen de ICT por haber sido construidas con anterioridad a la normativa de ICT correspondiente.

ONO considera necesario acceder a dichas infraestructuras, puesto que, según esta entidad, es la única posibilidad de que dispone para dar servicio a este tipo de viviendas, y se trata además de un tipo de construcción muy frecuente en la demarcación de cable a la que pertenecen las localidades anteriores.

ONO refiere que, desde el mes de marzo de 2004, ha venido negociando con Telefónica la utilización compartida de sus arquetas y conductos de red de distribución final de acceso a cliente, sin que se haya conseguido ningún acuerdo. El desacuerdo se ha debido tanto a las condiciones propuestas por Telefónica¹ como a la interposición de una demanda de Telefónica contra ONO, ante el Juzgado Mixto nº 5 de Algeciras, por la instalación de esta última entidad de elementos de red propios en determinadas infraestructuras de Telefónica, sin autorización del titular.

¹ ONO ha remitido sendas copias de los borradores de contrato que le ha propuesto Telefónica en diversos momentos del proceso de negociación en el que se establecen las condiciones del derecho de uso compartido de las infraestructuras titularidad de Telefónica.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A este respecto, Telefónica ha querido destacar en su contestación al trámite de audiencia su voluntad negociadora desde el comienzo de las negociaciones, indicando que nunca ha supeditado este proceso al resultado del procedimiento judicial citado, manteniendo su disposición al acuerdo durante la tramitación de este procedimiento y después de que se dictara la sentencia estimatoria de la demanda de Telefónica. Para ello ha adjuntado una prolija relación de documentos del proceso negociador desarrollado con ONO.

El acceso a las infraestructuras de Telefónica que solicita ONO ya ha sido analizado por esta Comisión en el Acuerdo del Consejo de 28 de julio de 2004 (RO 2003/1609), sobre una consulta de ONO acerca de la posibilidad de utilizar arquetas y canalizaciones de acceso a viviendas que carecen de ICT, de las cuales viene haciendo uso Telefónica.

Según refiere ONO en su escrito de iniciación del procedimiento, el contexto en el que se inscribe el presente conflicto -infraestructuras concretas susceptibles de ocupación, justificación de la necesidad de su utilización, competencia de esta Comisión para imponer obligaciones de acceso a un operador dominante- es el mismo que se planteó en la mencionada consulta. Por ello, procede resumir lo expuesto en esta consulta, en el entendimiento de que resulta de aplicación también al presente expediente:

a) Identificación y descripción de las infraestructuras afectadas

Las infraestructuras susceptibles de ocupación se caracterizan por lo siguiente:

- Prestan servicio a viviendas unifamiliares de tipo adosado, que constituyen, entre sí, una comunidad de propietarios. Esta configuración se encuentra muy extendida en la demarcación de cable de Andalucía en donde opera ONO, aunque el conflicto se plantea por el acceso a infraestructuras ubicadas en las localidades de Puerto Real y Los Barrios en la provincia de Cádiz.
- No tienen el carácter de ICT, pues han sido construidas con anterioridad a la entrada en vigor de la normativa que las regula.
- Su propiedad aparece atribuida a Telefónica, que es el operador que, por convenio con el promotor urbanístico, previó la instalación de estas infraestructuras.
- Se asientan en el dominio público.
- Para su ocupación, el interesado habría de dirigirse tanto al titular de la misma (Telefónica) como al Ayuntamiento correspondiente, puesto que la infraestructura se asienta en su dominio y ha de autorizar las obras necesarias.
- Hasta la fecha, ningún Ayuntamiento ha acordado la utilización compartida de estas infraestructuras entre Telefónica y ONO, por lo que la intervención de esta Comisión ha de entenderse dentro de sus competencias para resolver un conflicto de acceso –previstas en el Capítulo III Título II de la LGT- y no de compartición –previstas en el artículo 30 de la LGT-.

La tipología de las infraestructuras es la siguiente:

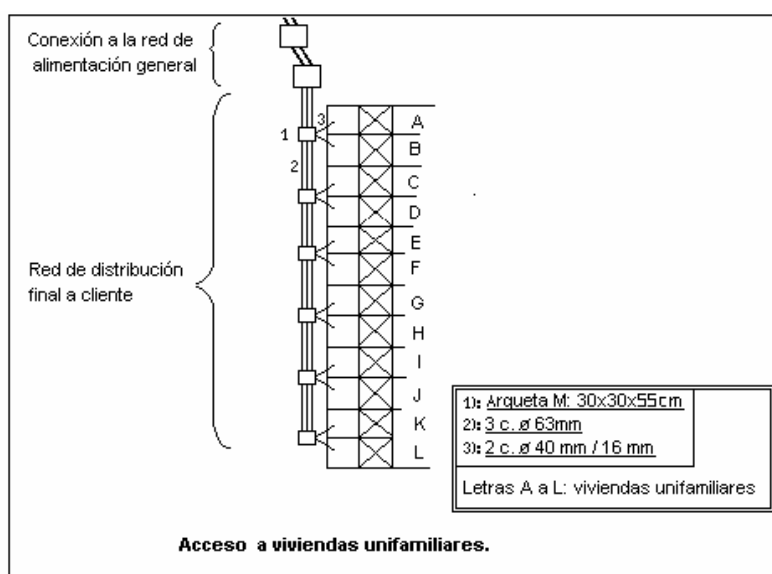
- Arquetas tipo M (longitud: 30 cm; anchura: 30 cm; profundidad: 50-65 cm). Estas arquetas están situadas sobre la acera, a lo largo de todo el tramo de vía pública correspondiente a una misma manzana. Cada arqueta tipo M sirve para dar



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

servicio a dos viviendas unifamiliares (estando situada a la altura de la línea medianera entre esas dos fincas), con lo que tales arquetas están desplegadas en línea a lo largo de la acera.

- Conductos entre arquetas tipo M (diámetro de cada conducto: 63 mm): Cada arqueta tipo M está comunicada con otra del mismo tipo por tres conductos. Cada uno de estos tres conductos tiene 63 mm de diámetro.
- Acometidas a cliente: Conductos de salida de las arquetas (diámetro de cada conducto: 40 ó 16 mm): Aparte de los conductos que comunican las arquetas tipo M entre sí, de cada una de estas arquetas salen dos tubos con dirección a las viviendas a las que se presta servicio. Uno de esos tubos dará servicio a una de las dos viviendas para las que está prevista la arqueta y el otro dará servicio a la otra.



En cuanto a la funcionalidad de estas infraestructuras, las mismas constituyen el soporte de la red de distribución final de acceso a cliente:

- Las arquetas tipo M no alojan empalmes ni elementos activos; su función se limita a permitir el cambio de dirección que tiene que experimentar la canalización principal de la red de distribución para poder realizar las acometidas a los clientes.
- Los conductos que comunican las arquetas tipo M (canalización principal de la red de distribución) contienen el conjunto de los pares que se distribuyen a aquellas viviendas que están servidas por un grupo de arquetas de tipo M que se encuentran comunicadas entre sí (las viviendas A a L, según la figura).
- De los conductos de salida de las arquetas parte la línea individual correspondiente a la vivienda a la que se destine el conducto respectivo.

ONO pretende acceder a estas arquetas tipo M, a los conductos que las comunican y a los conductos que, desde ellas, dan acceso a las viviendas de los usuarios. A través de estas infraestructuras, ONO desplegaría su propia red de distribución, que luego completaría en cada vivienda, tendiendo la red interior de usuario.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

b) Competencia de la CMT para imponer obligaciones de acceso a un operador dominante

El apartado 3 de la disposición transitoria primera de la LGT prevé que las obligaciones impuestas a los operadores dominantes continuarán en vigor hasta que, de conformidad con la Ley, se fijen los nuevos mercados de referencia, los operadores con poder significativo en dichos mercados y las obligaciones de los mismos.

Pues bien, la anterior LGT (artículo 24), y su normativa de desarrollo, imponía a los operadores dominantes una obligación de dar acceso a sus redes a los usuarios y a los prestadores de servicios de telecomunicaciones que lo solicitaran:

“1. Los titulares de redes públicas de telecomunicaciones que tengan la consideración de dominantes deberán facilitar el acceso a sus redes en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias, a todos los usuarios y prestadores de servicios de telecomunicaciones que lo soliciten.

Además, deberán atender las solicitudes técnicamente viables y debidamente justificadas, de acceso a la red en puntos distintos a los de terminación de red ofrecidos a la generalidad de los usuarios. A estos efectos, las partes, en función de dichas solicitudes negociarán el correspondiente acuerdo y, a falta de éste, se estará a lo dispuesto en el artículo siguiente, en cuanto a la resolución de conflictos por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.”

Aunque el concepto de “acceso” no se encontraba definido en la anterior LGT de 1998, la CMT ha venido interpretando que el establecimiento, por un operador, de las infraestructuras que sirven para dar soporte a las redes de telecomunicaciones, y la explotación de dichas infraestructuras, mediante la cesión de su uso a los operadores interesados, eran actividades sometidas a la obtención de una de las antiguas licencias de red.

De esta manera el concepto de acceso a las redes de telecomunicaciones implicaría también el acceso a las arquetas y conductos que sirven de soporte a los equipos y medios de transmisión, tal y como ya reconoce la LGT vigente al definir el concepto de acceso, cuando ello resulte necesario para la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas de que se trate.

A la vista de lo anterior, el Acuerdo del Consejo de esta Comisión de 28 de julio de 2004 concluía que la CMT puede imponer a un operador dominante la obligación de dar acceso a un tercero a sus infraestructuras, cuando ello resulte justificado, conforme a los objetivos y principios de la LGT, para permitir la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas, resolviendo, asimismo, a falta de acuerdo entre las partes, las condiciones de dicho acceso.

c) Justificación de la necesidad del acceso a las infraestructuras

Como alternativa al acceso a las infraestructuras susceptibles de ocupación, ONO debería proceder al tendido de sus acometidas de forma aérea o de forma soterrada. En el caso de la instalación de acometidas aéreas, determinados Ayuntamientos se



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

muestran contrarios a su utilización, por lo que habría de descartarse esta vía². Es de destacar, en cualquier caso, que tratándose de viviendas de tipo unifamiliar, el acceso a cada una de las mismas de una forma aérea (hasta alcanzar la fachada) pueda generar, además, un importante rechazo de los vecinos.

En cuanto a la instalación soterrada, implicaría el tendido de arquetas y canalizaciones paralelas a las descritas con anterioridad, en el dominio público y, en algunos casos, en el dominio privado (para el tendido de las acometidas de cliente). En este caso, el citado Acuerdo del Consejo de la CMT consideró apreciable la ventaja que implicaba aprovechar las infraestructuras de Telefónica y entendió justificado un uso conjunto de las mismas. En este sentido, la obligación de Telefónica de facilitar este acceso resultaría proporcionada y conforme con el objetivo de la LGT de promover la inversión “eficiente” en materia de infraestructuras, así como el de promover el despliegue de las redes (artículo 3, letras a) y c) de la LGT vigente).

También se consideró que las condiciones económicas y técnicas de ese uso compartido habrían de acordarse entre los operadores involucrados y, a falta de acuerdo entre los mismos, el interesado podría acudir a esta Comisión. Ahora bien, el uso compartido de esa infraestructura dependería de que el mismo fuera técnicamente viable, en función de las circunstancias concurrentes.

De esta forma, el Acuerdo del Consejo de 28 de julio de 2004 dispuso lo siguiente:

“Primera.- Dadas las circunstancias concurrentes en el supuesto objeto de consulta (tratándose de viviendas unifamiliares ya construidas que no cuentan con ICTs, y existiendo acometidas individuales desde el dominio público, con la correspondiente infraestructura de obra civil construida con anterioridad a la liberalización del sector), resulta justificado un acceso a las mismas, de conformidad con el principio de proporcionalidad y el principio de promoción de la inversión eficiente en materia de infraestructuras, y sobre la base de la obligación de acceso de los operadores dominantes.

Segunda.- La viabilidad del uso compartido dependerá de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, de las características y dimensiones de las infraestructuras que se vayan a compartir y de las características y dimensiones de los elementos que se encuentran instalados y de los que se van a instalar.

Tercera.- Tomando como referencia los requisitos mínimos aplicables a las arquetas, recintos y elementos complementarios previstos para las viviendas unifamiliares en la normativa vigente en materia de ICTs, se puede realizar una aproximación a la cuestión de la viabilidad del uso compartido, concluyendo que las arquetas de tipo M y las canalizaciones existentes entre estas arquetas podrían dar cabida a los elementos de transmisión que ONO instalare, pero que, en cambio, dependiendo de cuál sea el material a instalar, la compartición podría resultar difícil en las canalizaciones individuales que tengan 16 mm de diámetro.”

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, ambos operadores, ONO y Telefónica, habrían de llegar a un acuerdo para utilizar de forma compartida las infraestructuras

² Puede recordarse que, como se recoge en el Acuerdo del Consejo de la CMT de 28 de julio de 2004, ya citado, una resolución del Teniente de Alcalde Delegado del Área de Urbanismo y Medio Ambiente del Ayuntamiento de Puerto Real impone las acometidas interiores, obligando a prescindir de las aéreas.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

titularidad de Telefónica con las características descritas anteriormente, todo ello sin perjuicio de la sentencia del Juzgado Mixto nº 5 de Algeciras que pueda recaer sobre la demanda de Telefónica contra ONO.

No obstante, como se ha indicado previamente, desde el mes de marzo de 2004 han existido negociaciones entre Telefónica y ONO para formalizar un acuerdo de uso compartido de las infraestructuras. En el escrito de ONO que dio inicio al presente expediente se indicaba que no habían podido alcanzar un acuerdo debido a discrepancias acerca de ciertos aspectos de las condiciones de acceso presentes en el, por entonces, último borrador de acuerdo propuesto el 20 de septiembre de 2004 por Telefónica a ONO. Estas cuestiones, que fueron analizadas en el informe de los Servicios, se referían al alcance del acuerdo, a la determinación de las posibilidades de utilización de conductos, a la determinación de los precios de acceso a arquetas y canalizaciones y a la duración del derecho de acceso al uso.

Ahora bien, durante la tramitación del presente expediente, Telefónica y ONO han reanudado las conversaciones, manteniendo sendas reuniones el 18 de febrero y 7 de marzo de 2005, durante las cuales Telefónica ha remitido una nueva propuesta de acuerdo en la cual incorpora parte de las sugerencias planteadas por ONO y que dieron lugar a la interposición del conflicto que aquí se trata. Entre ellas, Telefónica, en su correo dirigido a ONO de fecha 22 de febrero de 2005, cita las siguientes:

- Carácter marco del acuerdo y su aplicación práctica a través de addenda.
- Aviso previo para las regularizaciones de infraestructuras ya ocupadas.
- Duración indefinida de los derechos de uso objeto de cesión.
- Eliminación del canon de asesoramiento en actuaciones de ampliación o modificación de redes ya instaladas.
- Supresión del coste mínimo para el canon de asesoramiento en el despliegue.
- Posibilidad de extender el acuerdo a otras infraestructuras distintas de las afectadas en el presente caso, previa negociación de las condiciones técnicas y económicas oportunas.
- Reforzamiento del compromiso de contestación a las peticiones de interés sobre infraestructuras concretas.
- Eliminación total de la necesidad de presentar un proyecto técnico con el despliegue pretendido.
- Refuerzo de los mecanismos de comunicación entre las partes.
- Compromiso para la suspensión de actuaciones judiciales y/o administrativas en curso.

No obstante el avance producido durante esta última fase de la negociación entre ONO y Telefónica, existen todavía diversas controversias que serán analizadas a continuación.

2.3 En relación con las condiciones de acceso a las infraestructuras planteadas por Telefónica a ONO

2.3.1 Planteamiento general de las negociaciones

El informe de los Servicios proponía a las partes la formalización de un acuerdo de referencia único para la configuración de infraestructuras descritas en el presente expediente, cuyos términos fueran de aplicación a todas las solicitudes de acceso a



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

dicha configuración, de forma que sólo fuera necesario anexar al acuerdo de referencia aquella información específica del uso efectivo de la infraestructura, de la ubicación de la infraestructura y de la localidad correspondiente.

Ambos operadores se han mostrado de acuerdo con esta propuesta, de forma que Telefónica la ha incorporado en su último borrador de acuerdo presentado a ONO. Sin embargo, Telefónica desea precisar que ello no ha de impedir que se analice la viabilidad técnica del uso compartido de acuerdo con las circunstancias concurrentes en cada supuesto concreto.

Esta Comisión entiende que, en el escenario específico de compartición que se plantea en este conflicto, la viabilidad técnica ya ha sido analizada de acuerdo con las características y dimensiones de las infraestructuras instaladas (conductos y arquetas) y de los elementos de red instalados y que se van a instalar (cables de pares y coaxiales, respectivamente, del último tramo de distribución final de acceso a cliente) ya definidos en el apartado 2.2. Como resultado de este análisis, se obtendrán las condiciones específicas de acceso a las citadas infraestructuras, que serán examinadas en los apartados sucesivos y posteriormente reproducidas en el acuerdo de compartición que formalicen ambas partes.

De esta manera, sólo en aquellas situaciones en donde las infraestructuras y elementos de red involucrados difirieran significativamente de los aquí analizados sería necesario realizar una evaluación técnica del uso compartido en profundidad.

2.3.2 Determinación de las posibilidades de utilización de las infraestructuras de Telefónica objeto de este conflicto

La utilización compartida por ONO de las infraestructuras que soportan la red de distribución final de acceso a cliente de Telefónica implica la determinación de las condiciones de acceso a las arquetas tipo M, a los conductos entre las arquetas y a los conductos de salida de las arquetas hacia cada una de las viviendas.

El informe presentado en el trámite de audiencia analizaba las condiciones asociadas al uso de los conductos entre las arquetas tipo M puesto que sólo se presentaban objeciones en este punto. No obstante, ONO plantea en sus alegaciones la necesidad de que esta Comisión resuelva determinados aspectos del acceso a las canalizaciones de salida de las arquetas hacia cada una de las viviendas y del acceso a las arquetas de tipo M.

a) Utilización de los conductos de 63 mm de diámetro existentes entre las arquetas de tipo M

La propuesta de Telefónica a ONO con relación a la utilización de los conductos es la siguiente, según la redacción del último borrador de acuerdo presentado:

“QUINTA.- UTILIZACIÓN DE CONDUCTOS.

Como regla general, salvo en los tramos de canalización existentes entre la arqueta de acceso a edificaciones y éstas mismas, ONO no podrá instalar su red por el mismo conducto ya utilizado por la red de Telefónica, haciendo uso sólo de conductos que se encuentren vacantes y siempre respetando las necesidades de



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

reserva operacional que considere precisas Telefónica. En cualquier caso, no se utilizarán compartidamente por ambos operadores conductos con un diámetro inferior a 40 mm.

No obstante lo anterior, en caso de problemas respecto de la reserva operacional de Telefónica sobre unas determinadas infraestructuras de interés para ONO, que impidan inicialmente el uso compartido de las mismas, ambas partes se comprometen a estudiar y, en su caso, aprobar, posibles alternativas técnicas que permitan finalmente la instalación de las redes de ONO. En su caso, el coste de las actuaciones acordadas al respecto será íntegramente soportado por ONO”.

Esta nueva redacción mantiene el mismo criterio de uso de los conductos que la redacción primitiva del borrador de acuerdo que suscitó las controversias por parte de ONO y que fue analizado en el informe de audiencia. Para ONO, esta condición otorgaría a Telefónica la capacidad exclusiva de decidir los conductos que serían puestos a disposición de ONO en cada caso concreto, a través de la calificación de conductos ocupados, en situación de reserva operacional o vacantes. ONO reclamaba una mayor transparencia en este procedimiento, de forma que se garantizase que el operador pudiera acceder a los conductos y que, al mismo tiempo, Telefónica mantuviera una reserva operacional que le permitiera ofrecer sus servicios.

El informe de audiencia consideraba suficiente que, de los tres conductos de 63 mm existentes entre las arquetas tipo M, Telefónica mantuviera el uso exclusivo de dos de ellos, mientras que ONO dispondría del restante en exclusiva. En algunas ubicaciones, podría ser necesario que Telefónica redistribuyera los cables de pares dentro de los conductos para dejar uno de ellos vacante.

La razón de esta propuesta estriba en que los tres conductos de 63 mm de diámetro contienen el conjunto de cables de pares individuales hacia las viviendas atendidas por esta infraestructura -las existentes en una acera de una manzana concreta-, por lo que no es previsible que los conductos soporten una gran densidad de cables.

En su escrito de alegaciones, ONO se muestra de acuerdo con la propuesta. Sin embargo, Telefónica presenta en sus alegaciones tres escenarios diferentes, en función de la ocupación de los tres conductos de 63 mm, de los cuales no todos, según ella, son susceptibles de uso compartido.

Las condiciones de utilización de los conductos existentes entre las arquetas de tipo M serán las siguientes:

- *Escenario a). Un conducto ocupado con cable de pares de Telefónica y dos libres*

Este escenario supone que Telefónica ocupa un conducto con cables de pares y mantiene el de reserva operacional totalmente vacío. En esta situación, ONO puede utilizar el tubo restante en exclusiva para desplegar su cableado.

- *Escenario b). Dos conductos ocupados con cable de pares de Telefónica y uno libre*

Este escenario se produce cuando Telefónica ha distribuido entre dos conductos los cables de pares, dejando el restante en situación de reserva operacional.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Telefónica ha accedido en sus alegaciones a que ONO utilice de forma exclusiva el conducto libre existente, aunque previene sobre los perjuicios sobre la gestión de la reserva operacional de su red.

En esta situación, al igual que se consideró en el expediente RO 2003/1847 sobre la compartición entre ONO y Telefónica de infraestructuras en el municipio de Jerez, se ha de prever el uso eventual del conducto restante para cubrir necesidades futuras de ampliación de las redes de ambos operadores, por lo que ONO no accedería al uso exclusivo del conducto libre. Se considera necesario, entonces, precisar que en este caso el conducto que utilice ONO podrá ser compartido, ocupando este operador como máximo el 50% de la superficie útil del tubo.

- *Escenario c). Tres conductos ocupados con cable de pares de Telefónica*

Telefónica entiende que en este supuesto no es posible la compartición por su inviabilidad técnica. Según Telefónica, no existe espacio suficiente para instalar un nuevo cable en un conducto de 63 mm ya ocupado, al contener estos tubos cables de 400 pares de calibre 0,64 mm de capacidad media, ni son aconsejables las actuaciones de redistribución de cables entre los tres conductos, puesto que ello implicaría la realización de empalmes que no tienen cabida en los elementos de registro (arquetas) existentes en este tipo de canalizaciones.

No obstante, Telefónica señala que esta situación es bastante improbable desde un punto de vista práctico.

Los cables de pares a que hace referencia Telefónica en sus alegaciones, por su capacidad y dimensiones, se utilizan en los tramos de la red de acceso de mayor nivel, es decir, más cercanos a la central local, desde los cuales se distribuye el cableado hacia las diferentes áreas del municipio cubiertas por la central.

En el presente conflicto se está tratando la compartición de las infraestructuras del último tramo de la red de acceso, es decir, del tramo que reparte el cableado a lo largo de la acera de una manzana y termina en la vivienda del usuario final. En él se reparten los pares individuales que dan servicio a cada vivienda, por lo que no se utilizan cables de gran capacidad ni conductores de gran calibre, ni las arquetas de tipo M alojan empalmes de cables de pares, como indica Telefónica. Por estas razones, no resulta desproporcionado exigir a Telefónica la redistribución de los cables en estos casos determinados para que ONO cuente con un conducto en donde instalar su cableado, y más aún cuanto que Telefónica reconoce que es una situación muy poco probable.

En este escenario, al igual que en el anterior, el conducto que utilice ONO podrá ser compartido, ocupando este operador como máximo el 50% de la superficie útil del tubo.

b) Utilización de los conductos de salida de las arquetas de tipo M hacia cada una de las viviendas

ONO ha planteado en sus alegaciones que no existe acuerdo entre las partes por el uso de los conductos que comunican cada arqueta de tipo M con cada vivienda, por lo que reclama que esta Comisión resuelva al respecto. En concreto, el desacuerdo no



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

está tanto en la inclusión de esta infraestructura en el acuerdo de uso compartido como en las condiciones de utilización de la misma.

Telefónica contempla estas infraestructuras dentro de la última propuesta de acuerdo de uso compartido realizada a ONO, aunque precisa lo siguiente: “[...] *En cualquier caso, no se utilizarán compartidamente por ambos operadores conductos con un diámetro inferior a 40 mm.*” Los tubos que comunican las arquetas con las viviendas pueden tener un diámetro de 40 o de 16 mm.

Con respecto a los conductos de 40 mm, su diámetro supera el diámetro mínimo de 25 mm previsto en la normativa de ICT para las canalizaciones secundarias en viviendas unifamiliares, existentes entre los registros secundarios y los de terminación de red ubicados en la vivienda del usuario. La normativa de ICT establece que esta canalización secundaria se compone de tres tubos independientes, uno para telefonía y RDSI, otro para telecomunicaciones por cable y servicio de acceso fijo inalámbrico, y, por último, otro para servicios de televisión y radio. En el caso del presente conflicto, un solo conducto se utilizaría para los dos servicios de cable y telefonía, aunque sus dimensiones mayores que las de los tubos previstos en la normativa de ICT le hacen susceptible de uso compartido. La propia Telefónica, como se ha podido comprobar, ha reconocido esta posibilidad de uso compartido de estos conductos en la última propuesta de acuerdo remitida.

En lo que respecta a los conductos de 16 mm, sus dimensiones son muy reducidas para que puedan coexistir un par de cobre y un cable coaxial siamés RG6. Por ello, ONO propone que esta Comisión resuelva sobre la retirada ordenada del cableado y elementos que estuvieran instalados en el conducto, por equivalencia con el Real Decreto 401/2003, por el que se aprueba el Reglamento relativo a las ICT, que dispone que los operadores de servicios de telecomunicaciones de banda ancha procederán a la retirada del cableado que hubieran instalado en su día para dar servicio, en el plazo de 30 días a contar desde la conclusión del contrato de abono. Si este plazo vence sin que se haya procedido a retirar el cableado, quedaría ONO facultada para llevarla a cabo por su cuenta.

Parece oportuno entonces que el acuerdo de compartición establezca con mayor detalle las condiciones de acceso y utilización de los conductos de acceso a cada vivienda, de la forma siguiente:

- En aquellas infraestructuras cuyos conductos de acceso a vivienda sean de 40 mm de diámetro, cada operador ocupará con su cable el 50% de la superficie útil del tubo.
- En aquellas infraestructuras cuyos conductos de acceso a vivienda sean de 16 mm de diámetro, el operador que da servicio al usuario final ocupará el tubo con su cable. En caso de que el usuario final se dé de baja de uno de ellos para contratar los servicios del otro operador, se establecerá un plazo de 30 días para que el operador al que el usuario ha comunicado la baja proceda a retirar del tubo de acometida todos los cables y elementos que hubiera instalado. En caso de que se supere este plazo sin que se haya realizado esta retirada, el otro operador podrá efectuarla por su cuenta.

c) Utilización de las arquetas de tipo M



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Las arquetas de tipo M objeto del conflicto tienen unas dimensiones que oscilan entre 30x30x50 y 30x30x65 cm, cuyo volumen interior oscila entonces entre 45.000 cm³ y 58.500 cm³. En ambos casos existe espacio suficiente para permitir el paso de las acometidas de ambos operadores, a través de la arqueta, ya que superan el volumen mínimo de 30.375 cm³ (45x45x15 cm) exigido a los registros secundarios de una ICT para viviendas unifamiliares. Estos registros tienen la misma funcionalidad que las arquetas de tipo M, que es permitir el cambio de dirección en la canalización para realizar la acometida a cliente. Además, en este caso, la arqueta sólo va a acoger a dos servicios (telefonía disponible al público y telecomunicaciones por cable) de los cinco previstos en la normativa de ICT.

En su última propuesta de acuerdo, Telefónica plantea que las arquetas de acceso a edificaciones serán de utilización compartida con ONO sólo para el tendido en paso de su red, sin que se le permita a ONO la instalación en su interior de elementos de empalme ni de ningún equipo activo o pasivo, que supongan riesgo eléctrico para el personal que opere en ellas.

En este aspecto ambas partes se mostraban de acuerdo, como se deduce del correo electrónico enviado por ONO a Telefónica en fecha 10 de junio de 2004, en el que ONO manifestaba lo siguiente: *"Se excluye la instalación de equipos en arquetas. Si ocurriese el caso en que sea necesario instalar cualquier equipo, y éste deba ser ubicado en arqueta, ONO construiría a tal efecto una arqueta secundaria en la proximidad de la existente"*.

Ello implicaría que ONO utilizaría las arquetas para alojar únicamente sus cables. No obstante, ONO ha solicitado en el informe de audiencia que esta Comisión establezca la misma previsión que la alcanzada en el expediente RO 2003/1847 con respecto a la eventual instalación de elementos pasivos de derivación o *taps* de la red de cable en las arquetas.

Al igual que en el expediente RO 2003/1847 citado, ONO no ha aportado información sobre la ubicación de la derivación del cable coaxial que da servicio a cada vivienda individual, pudiendo localizarse fuera de la infraestructura compartida -en una arqueta o pedestal propiedad de ONO ubicado en cada manzana residencial-, o en cada arqueta de tipo M sujeta a uso compartido. En este último caso, la arqueta contendría equipos pasivos, lo que Telefónica no aceptaría según lo dispuesto en su propuesta de acuerdo de compartición remitida a ONO.

Ahora bien, en el caso de que ONO necesitara construir una arqueta secundaria para la instalación de los equipos pasivos de derivación y una Administración competente en materia de medio ambiente, salud pública, seguridad pública u ordenación urbana y territorial restringiera la capacidad de ONO para la construcción de nuevas arquetas, las arquetas de tipo M habrían de contener los elementos de derivación pasivos. Ello resulta coherente con lo dispuesto en la normativa de ICT vigente, que permite la coexistencia en un mismo recinto de elementos de conexión y empalme de diferentes redes, asignándoles espacios independientes y separados a cada red. En este caso, al tratarse de equipos pasivos, sin necesidad de alimentación, el riesgo eléctrico para el personal que opere en la arqueta es mínimo.

d) Ejecución del despliegue de la red de ONO sobre las infraestructuras compartidas



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De acuerdo con el último borrador de acuerdo remitido por Telefónica a ONO, y con las propias manifestaciones de Telefónica en sus alegaciones, Telefónica considera imprescindible conocer con antelación suficiente el proyecto de despliegue de ONO sobre cada infraestructura afectada y la coordinación técnica necesaria para garantizar que el despliegue se realiza sin afectar a la red ya instalada.

No obstante, en el correo electrónico de 22 de febrero de 2005, dirigido por Telefónica a ONO, en donde realiza la última propuesta de acuerdo a la que se viene haciendo referencia en este expediente, Telefónica propone a ONO la *“eliminación total de la necesidad de presentar un proyecto técnico con el despliegue pretendido”*. A pesar de que Telefónica dice haber recogido este hecho en el borrador de acuerdo que adjunta, la realidad es que este borrador contiene dos cláusulas en donde, por un lado, se establece la necesidad de autorización previa por Telefónica del despliegue de red de ONO y, por otro, Telefónica se reserva el derecho de supervisar la ejecución de los trabajos de despliegue de red de ONO.

Al igual que se dispuso en el expediente RO 2003/1847, no se considera oportuno que el proyecto y la labor de despliegue de red de un operador sean supervisados por su competidor. Con carácter general, los proyectos técnicos de un operador forman parte de la estrategia de negocio que dicho operador ha diseñado. Por otra parte, los cables que ONO instale estarán homologados y contarán con una protección frente a radiaciones exteriores o interferencias; con lo que la supervisión programada por Telefónica no sería necesaria a esos efectos.

En consecuencia, no se considera conveniente que Telefónica supervise el proyecto de despliegue de red de ONO ni la ejecución material de este despliegue.

Ahora bien, para garantizar la transparencia del proceso y la coordinación entre los dos operadores, Telefónica y ONO deberán acordar una visita conjunta a las infraestructuras, en las ubicaciones en donde lo solicite ONO y en el plazo máximo de quince días naturales a partir de la recepción de una solicitud de uso compartido de determinadas infraestructuras por parte de ONO, para:

- Comprobar el estado de conservación de las infraestructuras (a fin de verificar y documentar si existen o no daños previos en las mismas).
- Realizar un informe de situación sobre la ocupación concreta de las infraestructuras de dichas ubicaciones (número de conductos ocupados, espacio en las arquetas, etc.).
- Identificar las actuaciones precisas para instalar la red de ONO y la necesidad de reorganización de los cables de pares de Telefónica en los conductos. Así, se podrá determinar si para permitir el acceso a uno de los tubos de que va a disponer ONO, o para utilizar las arquetas, es necesaria una redistribución de los cables de Telefónica.

De esta visita previa, se levantaría la correspondiente acta.

En caso de que fuera necesaria por parte de Telefónica la redistribución de los cables de pares dentro de las infraestructuras que van a ser de uso compartido entre Telefónica y ONO, ésta se deberá llevar a cabo en un plazo no superior a treinta días naturales desde la fecha de la visita conjunta a las infraestructuras.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, una vez que ONO instale en estas infraestructuras los elementos de su red, deberá comunicar a Telefónica las actividades concretas que ha ejecutado, especificando el conducto y las arquetas que ha ocupado, el número de cables instalados y las características de dichos cables.

2.3.3 Condiciones económicas del acceso a las infraestructuras objeto del conflicto

De acuerdo con el borrador inicial de contrato propuesto por Telefónica a ONO, este último debería pagar a Telefónica, en concepto de canon por uso y mantenimiento, 35 euros anuales por cada metro de conducto cedido, y 75 euros anuales por cada arqueta utilizada. En el último borrador propuesto, Telefónica rebaja estos precios a 20,99 euros anuales por metro lineal de conducto y a 45,85 euros anuales por arqueta.

Además de estos conceptos, en su última propuesta de acuerdo, Telefónica incluye un canon por asesoramiento y supervisión de su personal en el despliegue inicial de la red de ONO, que es de 70 euros por cada hora de trabajo realizada, en un pago único.

En sus alegaciones al trámite de audiencia, Telefónica propone aplicar una cierta modularidad al modelo de OBA aplicado en el informe de audiencia, del cual se derivaría, según Telefónica, un precio de 0,36 euros mensuales por uso y mantenimiento de un metro lineal de conducto entre arquetas de tipo M (modularidad de tipo 3), 2,79 euros mensuales por el uso y mantenimiento de la arqueta y 1,10 euros mensuales por cada metro de conducto de acometida a vivienda (modularidad de tipo 1). Asimismo, considera que la contraprestación económica por asesoramiento y las visitas para la revisión conjunta deberían ser abonadas a razón de 93,77 euros de coste fijo, y 37,51 euros/hora, al igual que las visitas de replanteo presentes en la OBA..

a) Determinación de los precios por uso y mantenimiento de la infraestructura compartida

Para valorar la racionalidad de la propuesta de Telefónica a ONO relativa al precio por uso y mantenimiento de los conductos y arquetas de Telefónica, se recurrirá a comparar dichos precios con aquéllos que está aplicando Telefónica a otros operadores por actividades similares.

Una referencia válida de una actividad equivalente es el servicio de tendido de cable externo de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (OBA) vigente. Este servicio puede ser contratado por un operador que solicita el acceso al bucle desagregado o compartido de Telefónica, cuando los equipos del operador no se ubican en el mismo edificio donde está alojado el repartidor principal de Telefónica.

En este caso, se tendería un cable de pares entre el repartidor principal de Telefónica y el del operador, sito en una ubicación distante. Una parte del tendido discurriría por el interior de una canalización propiedad de Telefónica, desde el edificio de la central hasta una arqueta frontera enterrada en la calle.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Una de las opciones del servicio de tendido de cable externo permite que los cables de pares del operador se instalen a través de una canalización y una arqueta de Telefónica ya existentes. Si el operador elige esta opción, Telefónica está habilitada para repercutir una cantidad mensual al operador en concepto de uso compartido de canalización y arqueta existentes, propiedad de Telefónica, que incluye además el mantenimiento de las mismas.

Tras la determinación de los costes de este uso compartido, la cuota mensual, en euros, que se ha establecido en la OBA vigente de Telefónica es la siguiente:

$$1,40 + 0,18 \times d \text{ (longitud en metros)}$$

donde 1,40 euros es la cuota mensual correspondiente al uso y mantenimiento compartido de la arqueta y 0,18 euros es la cuota mensual por uso y mantenimiento de un metro lineal de conducto ocupado por el operador.

El supuesto de compartición de infraestructuras que está establecido en la OBA y el que se plantea en el presente conflicto presenta similitudes. En ambos casos, se trata de canalizaciones y arquetas ya en uso por parte de Telefónica e instaladas en el dominio público, próximas al edificio de la central, en el caso de la OBA, o a la vivienda, en el caso que nos ocupa. También ambas constituyen el soporte de un tramo de la red de acceso, al contener los cables de pares entre los abonados y la central que les da servicio.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que las infraestructuras que se pueden utilizar en el marco de la OBA albergan los cables de pares agregados entre los repartidores de Telefónica y del operador, mientras que las infraestructuras involucradas en el conflicto entre Telefónica y ONO alojan los cables de pares individuales que desembocan en cada vivienda. Así, aun cuando ambas infraestructuras contienen elementos correspondientes a la red de acceso a los abonados, las de la OBA albergan los cables de pares que se utilizan en un nivel de red superior al nivel de red que se está examinando en este expediente.

Así, dado que el diámetro de los conductos y las dimensiones de la arqueta analizadas en la OBA serán, por lo general, mayores que las analizadas en el conflicto, la cuota mensual referida supondría el límite máximo que Telefónica podría cobrar a ONO por el uso compartido y el mantenimiento de estas infraestructuras. A la vista del tortuoso proceso de negociación entre ambos operadores del que ha tenido conocimiento esta Comisión, el establecimiento de unos límites máximos de precios sobre los que negociar de nuevo no ayudaría a que las partes interesadas llegasen a un acuerdo en un plazo razonable. Por lo tanto, las cuotas referidas se considerarán el precio último a cobrar por Telefónica a ONO en concepto de uso y mantenimiento de un conducto de los tres disponibles y la arqueta tipo M desde la que se accede a las viviendas.

- Valoración de las alegaciones realizadas por ONO

En las alegaciones al trámite de audiencia, las partes han manifestado la necesidad de que se resuelva sobre las condiciones económicas del acceso a los conductos de acometida al cliente, esto es, los conductos que parten desde cada arqueta hasta el domicilio del cliente.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ONO alega que estos conductos de acometida deben considerarse como parte de la vivienda, y además, en su caso, ONO correrá con los costes de la retirada del cableado existente si Telefónica no lo ha realizado en el plazo señalado de 30 días, por lo que no deben ser objeto de contraprestación alguna.

Al respecto de lo alegado por ONO, conviene recordar que la tipología de viviendas a las que ONO pretende acceder a través de las infraestructuras de Telefónica son conjuntos residenciales de viviendas unifamiliares, y el acceso a cada una de ellas se realiza directamente desde la vía pública. Por lo tanto, los conductos de acometida a cliente final no pueden considerarse en su totalidad como parte de cada vivienda, aun cuando desemboquen en cada una de ellas. Por otra parte, la retirada del cableado sólo se realizaría para aquellos conductos de 16 mm de diámetro cuyas limitadas dimensiones no permiten la coexistencia de los cables de pares de Telefónica y los coaxiales de ONO, y no para los de 40 mm.

En cuanto a la determinación del precio de uso de estos conductos, se ha de considerar, por un lado, que se trata de conductos de diámetro inferior a los existentes entre las arquetas de tipo M, y por otro, que se precisa la realización de una zanja específica para cada uno de ellos. Se considera aquí que ambos efectos se compensan entre sí, de modo que la utilización de estos conductos se cobrará al mismo precio que los conductos de diámetro superior entre las arquetas de tipo M. Por ende, Telefónica podrá cobrar en concepto de acceso a los conductos de acometida al cliente final en la misma cuantía especificada para los conductos entre arquetas de tipo M.

Por otra parte, ONO argumenta que estas infraestructuras son anteriores a la liberalización de las telecomunicaciones, y fueron tendidas según los acuerdos alcanzados entre Telefónica y los promotores de las viviendas. En estos casos, ONO explica que el operador sólo sufraga los costes de los tubos y las tapas de las arquetas, mientras que el promotor sufraga los gastos de ejecución de la zanja y otros gastos adicionales necesarios. También apunta que estas infraestructuras deben estar amortizadas en gran parte, y que las ofertas actuales de otros operadores por el metro de conducto son mucho menores, mientras que el precio medio de una arqueta es de 70 euros.

En su escrito de audiencia, ONO manifiesta que resulta más conveniente analizar los costes de las infraestructuras que han sido soportados por Telefónica, al igual que se ha realizado en el expediente RO 2003/1847. ONO considera que Telefónica sólo tendría derecho a una contraprestación económica por el uso de la infraestructura cuyo coste hubiera soportado, de manera proporcional al uso que realice de la misma.

Ha de destacarse, sin embargo que, en este supuesto, a diferencia del examinado en el expediente RO 2003/1847, las infraestructuras se presentan como elementos de titularidad de Telefónica (en cambio, en el marco del procedimiento RO 2003/1847, el Ayuntamiento se identificaba como el propietario de los conductos y arquetas objeto de compartición entre los operadores). Por lo demás, y a diferencia, asimismo, de lo puesto de manifiesto en el expediente RO 2003/1847, nada consta en el procedimiento sobre los costes en que Telefónica incurriera, o no, por la construcción de estas infraestructuras.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En este contexto, la solución más lógica es dar aplicación analógica a lo previsto en la OBA acerca del uso de las arquetas que Telefónica pone a disposición de terceros operadores, como supuesto equivalente al que se está examinando en el presente conflicto.

Por último, se examinará la información aportada por ONO en su escrito de audiencia, acerca de los precios que otros operadores cobran a esta entidad, para determinar si el precio establecido en el informe de audiencia, genéricamente referenciado a la OBA, guarda sentido en términos de mercado.

La información aportada por ONO se basa en los contratos firmados con diferentes empresas para el uso de conductos para desplegar redes de cable, lo que permite comprobar los precios de mercado.

Tomando como referencia el precio que se cobra a ONO en concepto de alquiler de conducto, el mayor de éstos es el de 2,10 euros anuales por metro lineal de conducto (lo que equivale a 0,175 euros mensuales), que, además, va referido a un conducto de dimensiones mayores que el de 63 mm aquí considerado. De ello resulta que el precio de 0,18 euros fijado para los conductos no está por debajo de los precios de mercado.

- Valoración de las alegaciones realizadas por Telefónica

Telefónica, en sus alegaciones, manifiesta que es preciso tener en cuenta el efecto de la modularidad sobre la determinación de los precios de los conductos. Según Telefónica, el precio existente en la OBA se ha calculado suponiendo que se ubican seis conductos en cada zanja; dado que en este caso existen tres conductos por zanja, habría que repartir este coste entre tres y no entre seis, lo que supone que el coste por conducto se doble (0,36 euros mensuales por metro lineal). Telefónica aplica esta misma hipótesis a los conductos de acometida a cliente final, de forma que su coste se sextuplica (1,10 euros mensuales por metro lineal).

El precio existente en la OBA para el servicio de tendido de cable externo, orientado a costes, se ha tomado como referencia genérica a los efectos de resolución del presente conflicto, a falta de una información más precisa aportada por las partes durante la instrucción del procedimiento que permitiera la fijación del precio.

Si bien este precio de la OBA pudiera ser corregido al alza para el presente conflicto, sobre la base de la influencia de la modularidad sugerida por Telefónica; lo cierto es que también podría ser corregido a la baja, teniendo en cuenta que los conductos considerados en la OBA son de dimensiones mayores, lo que implica que el coste de la zanja que se refleja en la OBA haya de ser mayor que el ahora considerado, que, en consecuencia, debería reducirse.

Incluso en algunas canalizaciones objeto del presente conflicto podría darse una situación equivalente a la analizada en el marco del conflicto RO 2003/1847 para ciertas infraestructuras del municipio de Jerez, en las cuales se constató que Telefónica sólo había aportado los conductos, mientras que el promotor había llevado a cabo la obra civil (zanja) para la instalación de los conductos. Así, el precio calculado en la OBA incluiría un coste de realización de la zanja por Telefónica, actividad que, para las infraestructuras de este conflicto, no hubiera realizado Telefónica en todos los



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

casos. Ello implicaría que el precio por acceso a los conductos debiera, en realidad, reducirse.

Por estos motivos, no se estima la petición de Telefónica de incorporar el efecto de la modularidad en el precio de utilización de los conductos.

b) Otras contraprestaciones económicas

Telefónica ha propuesto en sus alegaciones una contraprestación económica por asesoramiento y por revisión conjunta.

Con respecto al asesoramiento, anteriormente se ha dispuesto que no se considera conveniente que Telefónica supervise el proyecto de despliegue de red de ONO ni la ejecución material de este despliegue, por lo que no procede una contraprestación económica por esta labor de asesoramiento de Telefónica.

Por otra parte, el proceso de revisión conjunta supone la comprobación del estado de conservación de la infraestructura, la concreción de su grado de utilización y la determinación, en su caso, de las redistribuciones de los cables de Telefónica necesarias para permitir el uso por ONO de uno de los conductos que hay entre arquetas tipo M.

Esta actividad se realiza exclusivamente para coordinar el acceso efectivo de ONO a la infraestructura compartida, por lo que cabe incluir una compensación a Telefónica por este concepto. Telefónica ha propuesto utilizar el precio de las visitas de replanteo existentes en la OBA: 93,77 euros de coste fijo y 37,51 euros/hora.

La existencia de un coste fijo como el propuesto no parece tener sentido en el presente caso, puesto que únicamente se está valorando el tiempo empleado por el personal técnico de Telefónica en la realización de las visitas de revisión conjuntas con ONO. Por ello, sólo se considera de aplicación al presente caso la componente variable del precio de las visitas de replanteo de la OBA vigente, 37,51 euros por hora, entendiéndose que sólo se computará el tiempo transcurrido durante la visita conjunta a las infraestructuras afectadas por el acuerdo.

Telefónica también alega que, en caso de que sea necesario realizar una redistribución de su cableado en los conductos, este coste debería ser resarcido íntegramente por ONO.

Ahora bien, aunque en este supuesto las infraestructuras sean, al parecer, de titularidad de Telefónica (ya que ni el Ayuntamiento ni ninguna otra entidad aparte de Telefónica se han identificado como propietarios), esta circunstancia no elimina la necesidad de una justificación en el uso efectivo que tiene todo supuesto de ocupación del dominio público.

En efecto, las infraestructuras objeto del procedimiento se asientan en el subsuelo viario, que tiene la consideración, al igual que la superficie de la vía pública, de bien de dominio público. Como bien de dominio público, la Administración titular del mismo ostenta una serie de prerrogativas que le permiten vigilar el uso real o efectivo que se



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

hace de él, y, en su caso, remover, total o parcialmente, esta ocupación cuando, total o parcialmente, desaparecen las causas que motivaron el uso³.

Es de recordar que el derecho que tienen los operadores a la ocupación del dominio público se justifica en el uso que se haga del mismo para el establecimiento de su red: *“Los operadores tendrán derecho, en los términos de este capítulo, a la ocupación del dominio público en la medida en que ello sea necesario para el establecimiento de la red pública de comunicaciones electrónicas de que se trate.”* (Artículo 26.1 de la LGT)

En este contexto, le es exigible a Telefónica, como usuario del subsuelo viario, una racionalización de la ocupación en función de sus necesidades, de modo tal que no agote –por causa de una distribución de cables que no optimiza las posibilidades de ocupación del subsuelo- otras oportunidades de uso de ese espacio, y en concreto de los conductos para telecomunicaciones que se ubican en él, en perjuicio de otros operadores legitimados.

Con ello, y partiendo de que los tres conductos que comunican las arquetas de tipo M suponen la existencia de un espacio suficiente para dar cabida a los dos operadores interesados, la redistribución que ha de acometer Telefónica a fin de permitir la entrada de ONO, no es sino la consecuencia de la obligación de ajustar, *racionalmente*, el uso del dominio público a la concreta ocupación que resulta necesaria, en particular, cuando ello puede ser obstáculo para el establecimiento de un nuevo operador. Al no ser sino una consecuencia lógica de dicha obligación (que, en realidad, pesa sobre cualquier operador que ocupe el dominio público), esta actuación de Telefónica no tiene que ser compensada económicamente por ONO.

³ Aclara la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que las facultades que la Administración titular del dominio público ostenta sobre el mismo alcanzan a la ordenación de las actuaciones que resulten necesarias para asegurar un uso “racional” y “socialmente aceptable” del mismo, lo que tiene su fundamento en los principios constitucionales de inalienabilidad e imprescriptibilidad del dominio público. Estas facultades de la Administración (que se reconocen como prerrogativas “exorbitantes” respecto al Derecho privado) se incardinan en las funciones de policía administrativa, y permiten vigilar el buen orden en el uso y aprovechamiento del demanio:

*“Antes bien, debe entenderse que los derechos de aprovechamiento privativo a perpetuidad no son compatibles, en el plano de la efectividad no puramente formal de las normas jurídicas, con los principios de inalienabilidad e imprescriptibilidad de los bienes de dominio público que el art. 132.1 de la Constitución consagra, pues el significado y el alcance de estos principios no puede quedar reducido a la finalidad de preservar en manos de los poderes públicos la nuda titularidad sobre los bienes demaniales, sino que se extienden en sentido sustantivo a **asegurar una ordenación racional y socialmente aceptable de su uso y disfrute, ...**”*
(...)

El régimen demanial comporta la titularidad pública de los bienes sobre los que recae, pero sobre todo supone que tales bienes quedan sujetos a reglas exorbitantes del Derecho privado. Estas reglas pueden clasificarse en dos grupos: las que se refieren a la protección del demanio, de un lado, y las que regulan su utilización o aprovechamiento, incluida la denominada policía de aguas [en el caso examinado por el TC, se trata, en concreto, de dominio público hidráulico] o regulación y vigilancia del buen orden en el uso y aprovechamientos, de otro.”
(Sentencia 227/1988, de 29 de noviembre; Pleno)



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En consecuencia, con respecto a las condiciones económicas del uso compartido de las infraestructuras (conductos y arquetas) de Telefónica será de aplicación lo siguiente:

- Telefónica cobrará a ONO en concepto de uso y mantenimiento de los conductos y arquetas definidas en este conflicto el precio especificado en la OBA vigente para el uso compartido de canalización existente y arqueta propiedad de Telefónica, en el servicio de tendido de cable externo para el acceso al bucle desagregado o compartido.
- En el caso de aquellos conductos de 63 mm en donde ONO ocupa el 50% de la superficie útil del conducto, este precio se reducirá a la mitad si Telefónica hiciera uso efectivo del 50% restante.
- En los conductos de 40 mm, ONO pagará a Telefónica la mitad del precio establecido por uso y mantenimiento de los conductos.
- Telefónica cobrará a ONO por cada visita conjunta a las infraestructuras la componente variable del precio de las visitas de replanteo de la OBA vigente, para lo cual sólo se computará el tiempo transcurrido durante la visita conjunta a las infraestructuras afectadas por el acuerdo.

2.3.4 Duración del derecho de uso de las infraestructuras de Telefónica por parte de ONO

El informe de audiencia proponía que la duración del contrato de uso compartido de infraestructuras entre Telefónica y ONO fuera indefinida, sin perjuicio de que, a petición de cualquiera de las partes, pudieran actualizarse los términos del contrato en cualquier momento.

El último borrador de contrato propuesto por Telefónica a ONO contempla ya la duración indefinida del derecho de uso, con la salvaguarda siguiente:

“[...]

No obstante, cualquiera de las partes podrá denunciar la vigencia del uso autorizado sobre unas infraestructuras concretas, mediante notificación a la otra parte formulada con una antelación mínima de ocho meses sobre la fecha de vencimiento prevista, y ello sin que se genere derecho a indemnización alguna.

En caso de que sea TELEFÓNICA la que denuncie la vigencia del derecho de uso autorizado, por precisar justificadamente su utilización para la prestación de sus servicios, y acreditar ONO la existencia de graves problemas que dificulten la prestación de sus servicios por medios alternativos, se estudiarán y, en su caso, se aprobarán, entre ambas partes, posibles soluciones técnicas que permitan continuar el uso compartido de las infraestructuras afectadas, en cualquier caso, sin coste alguno para TELEFÓNICA.

[...]”

Con ella, se sigue manteniendo la capacidad de Telefónica para desalojar de sus infraestructuras a ONO, en caso de ampliaciones o sustitución de su red, sin derecho a compensación alguna por parte de ONO, mientras que esta última entidad habrá de



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

acreditar la existencia de graves problemas para la utilización de medios alternativos para mantener el derecho de uso de las infraestructuras afectadas.

Por la propia condición de la red de acceso al cliente final, ésta ha de mantenerse instalada mientras el cliente no decida prescindir de los servicios del operador que le da el acceso, y por ello éste precisará de las infraestructuras sobre las cuales se soporta esta red.

Las circunstancias que han llevado a ONO a reclamar el uso de las infraestructuras tendidas por Telefónica, en el caso que nos ocupa, probablemente no van a variar a medio plazo, de modo que las condiciones de compartición que se deriven del acuerdo entre las partes han de mantener su validez, al menos en su propósito fundamental de utilización de conductos y arquetas de Telefónica para el despliegue de la red de ONO, el tiempo que ONO lo precise.

Pero conviene apuntar además que el acceso a estas infraestructuras supone un recurso estratégico para ONO, y su sustitución por otra alternativa resulta muy complicada, puesto que se debe efectuar la obra civil necesaria para construir conductos y arquetas alternativas, y realizar un nuevo despliegue de red sobre estas nuevas infraestructuras, tareas que afectarán directamente a los usuarios finales atendidos a través de ellas. Es precisamente la apreciación de las dificultades de ONO para instalar infraestructuras alternativas a las de Telefónica la que ha determinado la justificación y la necesidad de instar a un uso compartido de las ya instaladas por Telefónica.

En aquellas situaciones que justifiquen una ampliación de la capacidad actualmente instalada en las infraestructuras afectadas por el acuerdo de compartición, si ONO no expresa a Telefónica su intención de dejar de utilizar las infraestructuras compartidas, ambas partes habrán de convenir en el plazo máximo de tres meses las condiciones por las cuales se realizará dicha ampliación, teniendo en cuenta que un incremento de capacidad podría conllevar un mayor grado de compartición de infraestructuras entre Telefónica y ONO (mayor número de conductos ocupados por ONO, mayor disponibilidad de espacio en la arqueta, etc.) y que el proceso de ampliación debería garantizar el mantenimiento del servicio a los usuarios atendidos a través de estas infraestructuras, tanto de Telefónica como de ONO. En caso de discrepancias, estos operadores podrían solicitar la intervención de esta Comisión para dirimir las.

2.3.5 Regularización de ocupaciones de infraestructuras ya consumadas

Telefónica manifiesta que ONO ha reconocido la ocupación de ciertas infraestructuras de Telefónica, por lo que la CMT debería obligar a ONO a regularizar, técnica y económicamente, estas ocupaciones ya consumadas.

ONO alega que la ocupación de cierta infraestructura es un asunto que se está debatiendo en el Orden Jurisdiccional, que es el competente en esta materia. Según ONO, al no ser la CMT la autoridad competente en esta materia no cabe atender a las peticiones de Telefónica respecto a la regularización de las ocupaciones.

Telefónica se refiere a la regularización de todas aquellas situaciones en donde se hubieran producido ocupaciones por parte de ONO de las infraestructuras en las que



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Telefónica tiene instalada su red, sin que hubiera habido un consentimiento o conocimiento previo por parte de Telefónica.

A este respecto, se considera aquí, al igual que se expuso en el expediente RO 2003/1847, que esta regularización no es un condicionante de la resolución de este conflicto, puesto que éste trata de la consecución de un acuerdo entre Telefónica y ONO para el acceso de ésta última a unas determinadas infraestructuras de los municipios de Puerto Real y los Barrios.

No obstante, el último borrador propuesto por Telefónica a ONO contiene una cláusula relativa a la regularización de las infraestructuras ocupadas objeto de este conflicto, es decir, las ubicadas en los municipios de Puerto Real y los Barrios. En ella se incorpora precisamente la condición que Telefónica reclama en sus alegaciones, esto es, que en caso de que se detecte alguna infraestructura ocupada por ONO sin que se halle comprendida en el acta de ocupación correspondiente, ONO deberá proceder a su regularización conforme a las condiciones técnicas y económicas del acuerdo entre las partes. En caso contrario, se aplicará una penalización. También esta cláusula dispone que ONO facilitará a Telefónica una relación de las infraestructuras ocupadas con anterioridad al acuerdo, con objeto de proceder a su regularización.

Por lo tanto, no se considera necesario un pronunciamiento específico de esta Comisión al respecto, más allá de que la cláusula citada se considera suficiente y ajustada a la petición de Telefónica con respecto a la regularización de las infraestructuras que ya estuvieran ocupadas en los municipios de Puerto Real y los Barrios.

2.4 Sobre la denegación de las medidas cautelares propuestas

El informe de audiencia evaluaba la petición de ONO sobre la adopción de medidas cautelares en el presente expediente. ONO solicitaba que se le concediera el derecho a permanecer, con carácter provisional, en ciertas infraestructuras de Telefónica que ONO ya había ocupado por la vía de los hechos, en tanto se resolviera el conflicto.

En el citado informe se consideró que no procedía adoptar la medida cautelar solicitada por ONO, ya que, aparte de que la misma no resultaba necesaria para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer en el procedimiento, la medida en cuestión carecía de apariencia de buen derecho.

ONO alega que las medidas cautelares se solicitaron con carácter de urgencia ante un eventual pronunciamiento jurisdiccional. Al no existir un pronunciamiento judicial en firme, ONO declara que no considera conveniente analizar la propuesta de denegación de medidas cautelares realizada en el informe de audiencia.

2.5 Determinación del plazo para llegar a un acuerdo

En el informe de audiencia, se disponía un plazo de diez días hábiles para que las partes llegaran a un acuerdo de compartición de infraestructuras. Telefónica ha reclamado un plazo superior a los diez días para tratar de llegar a un acuerdo definitivo con ONO, dado que las cuestiones previstas en el acuerdo están siendo



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

razonablemente consensuadas entre las partes y que Telefónica está manteniendo negociaciones similares con otros operadores.

ONO, por el contrario, reitera la necesidad de que se dicte resolución a la mayor brevedad que resuelva las cuestiones sometidas a conflicto y ponga fin a la estrategia dilatoria mantenida por Telefónica.

Las propias manifestaciones de ONO al respecto cuestionan el argumento de Telefónica de que existe un consenso razonable. No hay que olvidar que las negociaciones comenzaron en marzo de 2004, que ONO interpuso el conflicto que ha dado origen a este expediente en octubre de 2004, ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo y que, aunque se han reanudado las conversaciones entre ambos operadores después de la petición de intervención de esta Comisión por parte de ONO, hasta la fecha Telefónica y ONO no han conseguido acordar las condiciones de acceso.

Por tanto, se mantiene el plazo de diez días hábiles establecido para que las partes formalicen el acuerdo de compartición de infraestructuras de acuerdo con los términos especificados en esta Resolución.

Por otra parte, la disposición transitoria primera del Reglamento MAN establece que los operadores dominantes mantendrán las obligaciones impuestas de acuerdo con la normativa anterior, hasta que se fijen las nuevas obligaciones. Por este motivo, los operadores dominantes deberán seguir comunicando a esta Comisión los acuerdos de acceso formalizados.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

Único.- Telefónica de España, S.A.U. y Cableuropa S.A.U., deberán, en el plazo de 10 días hábiles a partir de la fecha de la notificación de la presente Resolución, hacer efectiva la formalización por escrito del acuerdo de uso compartido de infraestructuras titularidad de Telefónica de España, S.A.U., ubicadas en las localidades de Puerto Real y Los Barrios en la provincia de Cádiz, de acuerdo a los términos descritos en el apartado 2 "Fundamentos de Derecho" de la presente Resolución. Asimismo, deberán enviar copia a esta Comisión en el plazo de cinco días hábiles desde su formalización.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y 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.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de 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

LA DIRECTORA DE LA
ASESORÍA JURÍDICA

Reinaldo Rodríguez Illera

Alejandra de Iturriaga Gandini
P.V. art. 7.2 O.M. de 9 de abril de 1997
(B.O.E. de 11 de abril de 1997)