



IGNACIO REDONDO ANDREU, 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 número 32/09 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 1 de octubre de 2009, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

Resolución relativa al recurso de reposición interpuesto por la entidad Euskaltel, S.A., contra la Resolución de fecha 14 de mayo de 2009, relativa al conflicto de compartición entre Telefónica de España, S.A.U y Euskaltel, S.A. concerniente a la ocupación de determinadas infraestructuras situadas en varios municipios del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma Vasca.

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad Euskaltel, S.A. contra el Acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de fecha 14 de mayo de 2009, relativo al conflicto de compartición entre Telefónica de España, S.A.U (en adelante, Telefónica) y Euskaltel, S.A. (en adelante, Euskaltel), concerniente a la ocupación de determinadas infraestructuras situadas en varios municipios del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma Vasca, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 32/2009 del día 1 de octubre de 2009, la siguiente Resolución:

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Resolución de fecha 14 de mayo de 2009, relativa al conflicto de compartición entre Telefónica y Euskaltel concerniente a la ocupación de determinadas infraestructuras situadas en varios municipios del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma Vasca (RO 2007/46).

Con fecha 14 de mayo de 2009, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó Resolución relativa al conflicto de compartición entre Telefónica de España, S.A.U (en adelante, Telefónica) y Euskaltel, S.A. (en adelante, Euskaltel), concerniente a la ocupación de determinadas infraestructuras situadas en varios municipios del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma Vasca.

En dicha Resolución se acordó lo siguiente:

“Único.- Telefónica de España, S.A.U y Euskaltel, S.A., deberán, en el plazo de 20 días hábiles a partir de la fecha de la Resolución del presente expediente, hacer efectiva la formalización por escrito del acuerdo de uso compartido de infraestructuras objeto del presente expediente, en el cual se deberán incluir las condiciones económicas



establecidas en el Fundamento de Derecho Cuarto de la presente Resolución, debiendo asimismo enviar copia a esta Comisión en el plazo de 20 días hábiles desde su formalización”.

SEGUNDO.- Recurso de reposición interpuesto por Euskaltel contra la Resolución de fecha 14 de mayo de 2009.

Con fecha 26 de junio de 2009 tuvo entrada en el Registro de la Comisión un escrito presentado por Don Aurelio Campo Iglesias, en nombre y representación de Euskaltel, por el que interpone recurso potestativo de reposición contra la Resolución a la que se refiere el antecedente de hecho anterior.

El recurso de reposición se presenta por Euskaltel dada su disconformidad con la solución dada en la Resolución de 14 de mayo de 2009 al conflicto existente entre la operadora y Telefónica por la compartición de infraestructuras para la prestación de servicios de telecomunicaciones en el ámbito de la Comunidad Autónoma Vasca.

Concretamente, se invocan por la recurrente los siguientes motivos de impugnación:

1º) Nulidad de pleno derecho, en virtud de lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC):

- Nulidad basada en el apartado e) del artículo 62.1 de la LRJPAC (actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados):

- Mera afirmación de la existencia de un enriquecimiento injusto:

Según la entidad recurrente, la única justificación existente en la Resolución impugnada para imponer a Euskaltel una obligación de pago a Telefónica por la compartición de infraestructuras es la de que podría producirse un enriquecimiento injusto por parte de Euskaltel si no se impusiera la obligación de pago.

- Inexistencia de enriquecimiento injusto por parte de Euskaltel por no darse los requisitos exigibles para la existencia del mismo:

Sostiene la operadora que no concurren los requisitos establecidos por la doctrina y la Jurisprudencia¹ para la existencia de un enriquecimiento injusto, a saber:

- ◆ Adquisición de una ventaja patrimonial por parte del demandado con el correlativo empobrecimiento del actor.
- ◆ Inexistencia de causa que justifique el enriquecimiento.
- ◆ Conexión entre el enriquecimiento y el empobrecimiento en el patrimonio de otra persona.

- Nulidad basada en el apartado f) del artículo 62.1 de la LRJPAC (actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición):

¹ STS de 28 de enero de 1956, 5 de diciembre de 1980 y 11 de mayo de 2004.



Alega Euskaltel que la Resolución impugnada concede a Telefónica el derecho a percibir un precio cuando carece de los requisitos esenciales al efecto, ya que no es propietaria ni poseedora de las infraestructuras de uso compartido en conflicto.

- Nulidad basada en el artículo 62.2 de la LRJPAC (nulidad de pleno derecho de las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales):

Según Euskaltel, la Resolución de 14 de mayo de 2009 es contraria al artículo 1954 del Código Civil, en virtud del cual, *“el justo título debe probarse, no se presume nunca”*. Alega la operadora que la Resolución impugnada atribuye a Telefónica la posesión de toda infraestructura de telecomunicaciones existente en el subsuelo, para posteriormente, asignarle el derecho a cobrar a Euskaltel por el uso de tal infraestructura.

2º) Nulidad relativa o anulabilidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la LRJPAC (infracción del ordenamiento jurídico):

- Alega Euskaltel que no solicitó la aplicación a las infraestructuras objeto de conflicto los precios negociados con Telefónica para infraestructuras de su titularidad:

Sostiene, en este sentido, la recurrente que la Resolución impugnada ha aplicado unos criterios para poner fin al conflicto que no fueron solicitados por ninguna de las partes.

- Discrepancia no intencional de la Resolución recurrida:

Afirma la entidad recurrente que existen discrepancias entre la voluntad declarada y la voluntad real, ya que si bien se afirmaba en la Resolución que, de acuerdo con el principio de intervención mínima, se tendría en cuenta, en primer lugar, si existió algún acuerdo previo entre las partes sobre las condiciones de la compartición, fijando, en caso contrario, los precios que considerara más oportunos, realmente se estableció como precio acordado para infraestructuras construidas por medios propios de Telefónica el precio de la propuesta de Telefónica y no el precio medio entre aquella y la de Euskaltel (entre 20,71 euros y 16 euros, esto es, 18,355 euros), y consideró que no existía acuerdo respecto al precio de las arquetas, a pesar de que las partes ya habían acordado que dicho precio formaría parte del de metro de tubo objeto de compartición.

3º) Existencia de errores en la determinación de las infraestructuras objeto de contraprestación por parte de Euskaltel.

Sostiene Euskaltel que no queda acreditado en el expediente originario ningún coste incurrido por parte de Telefónica para la instalación de determinados tramos de las infraestructuras objeto de compartición, por lo que entiende que no debe reclamarse contraprestación alguna por el uso compartido de las infraestructuras correspondientes.



TERCERO.- Notificación del acuerdo de inicio del procedimiento de recurso a Telefónica y Euskaltel.

Mediante escrito del Secretario de la Comisión de fecha 29 de junio de 2009, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42.4 de la LRJPAC, se comunicó a Euskaltel la iniciación del correspondiente procedimiento de recurso a tramitar bajo el número de expediente AJ 2009/1018.

Asimismo, mediante escrito del Secretario de la Comisión de la misma fecha, se comunicó a Telefónica el inicio del procedimiento, otorgándole, además, en virtud de lo dispuesto en el artículo 112.2 de la LRJPAC, un plazo de diez días hábiles para que pudiera aducir las alegaciones y aportar los documentos u otros elementos de juicio que considerara pertinentes para su defensa.

CUARTO.- Escrito presentado por Euskaltel complementario al recurso de reposición.

Mediante escrito de fecha de entrada en el Registro de esta Comisión de 14 de julio de 2009, la entidad Euskaltel vino a completar el contenido del recurso de reposición interpuesto, adjuntando la propuesta de Convenio y anexos correspondientes, que Telefónica le remitió para formalizar el acuerdo que estaban obligadas a celebrar en virtud de lo dispuesto en la Resolución de 14 de mayo de 2009 impugnada.

La entidad recurrente manifiesta en dicho escrito que la propuesta de acuerdo de compartición remitida por Telefónica para dar cumplimiento a lo dispuesto en el Resuelve Único de la Resolución impugnada no se ajusta a los términos de ésta, lo que ha impedido que Euskaltel haya podido aceptar la propuesta de aquélla.

Concretamente, sostiene Euskaltel que Telefónica pretende alejarse en su propuesta de Acuerdo de las condiciones previamente pactadas, pretendiendo imponer para lo no contemplado en el Acuerdo lo que la propia Telefónica tenga establecido en el servicio MARCO², cuando no existieron discrepancias en cuanto a las condiciones generales y técnicas que debían ser aplicadas.

QUINTO.- Ampliación del plazo para efectuar alegaciones solicitada por Telefónica.

Mediante escrito del Secretario de fecha 22 de julio de 2009, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 49 de la LRJPAC, se decidió conceder a Telefónica la ampliación del plazo para efectuar alegaciones, que fue solicitada el día 21 de julio.

SEXTO.- Denegación de la suspensión de la ejecución de la Resolución de 12 de febrero de 2009 solicitada por TELEFÓNICA.

Mediante Resolución de 23 de julio de 2009, el Consejo acordó desestimar la solicitud de suspensión de la eficacia inmediata de la Resolución de 14 de mayo de 2009 impugnada planteada por Euskaltel en su recurso de reposición, por no concurrir las circunstancias exigidas en el artículo 111 de la LRJPAC para su adopción.

² Servicio Mayorista de Acceso a Registros y Conductos.



SÉPTIMO.- Inicio de período de información previa a un procedimiento sancionador.

Tras el escrito de Euskaltel recibido el día 14 de julio de 2009, en el que ponía de manifiesto la imposibilidad de llegar a un acuerdo de compartición con Telefónica en los términos expuestos en la Resolución de 14 de mayo de 2009 impugnada, se procedió a la apertura de un período de información previa a un procedimiento sancionador para analizar el posible incumplimiento de la Resolución impugnada.

OCTAVO.- Alegaciones de Telefónica al recurso de reposición interpuesto por Euskaltel.

Con fecha 30 de julio de 2009 tuvo entrada en el Registro de la Comisión escrito de alegaciones presentado por Don Pablo de Carvajal González, en nombre y representación de Telefónica, en el que manifestaba lo siguiente:

- a) Sobre la nulidad de pleno derecho de la Resolución impugnada basada en el artículo 62.1 e) de la LRJPAC (falta de motivación).

→ La información aportada por Telefónica en contestación al requerimiento de información formulado por la Comisión durante la tramitación del expediente del conflicto, *“se refería a determinadas ocupaciones (aunque no todas) de la ciudad de Vitoria y no incluía la del resto de ocupaciones detectadas en varias localidades de Guipúzcoa y Vizcaya. A pesar de ello, es necesario tener en cuenta el fundamental dato de que son muchos los casos en que las ocupaciones de Euskaltel se refieren a infraestructuras construidas en las zonas consolidadas de los municipios, donde las infraestructuras desplegadas son construidas y costeadas en su totalidad por el operador que en cada caso haya decidido y procedido a su despliegue”*.

→ *“La legislación urbanística (bajo cuya vigencia se construyeron la totalidad de las infraestructuras controvertidas) no contenía previsión alguna en el sentido de obligar al urbanizador a la dotación de infraestructuras de telecomunicaciones”*.

→ *“Habiendo Telefónica de España incurrido en los costes para la construcción de la infraestructura controvertida y no habiéndose producido (como hemos fijado anteriormente) un enriquecimiento injusto del promotor, del constructor o de los propietarios del suelo, **será el operador entrante (en nuestro caso, Euskaltel) el que ha obtenido dicho enriquecimiento”***.

- b) Sobre la nulidad de pleno derecho de la Resolución impugnada basada en el artículo 62.1 f) de la LRJPAC (falta de los requisitos esenciales para la adquisición de facultades o derechos):

→ *“Tanto Euskaltel como Telefónica de España estuvieron de acuerdo en no discutir sobre el título jurídico ostentado por las partes respecto a la planta en disputa”*.

→ *“La titularidad pública o privada, o incluso el título jurídico que detente el operador cuya infraestructura es accedida por otro operador, no es un aspecto determinante a efectos del derecho a la contraprestación”*.



→ **“No cabe confundir la titularidad formal de las infraestructuras públicas o privadas, con la cuestión de los aspectos relativos a su construcción”.**

- c) Sobre la nulidad de pleno derecho de la Resolución impugnada basada en el artículo 62.2 de la LRJPAC (falta de prueba del justo título respecto a las infraestructuras en conflicto):

→ *“Mi representada no precisa de justo título para reclamar un derecho al resarcimiento por la ocupación de infraestructuras por parte de Euskaltel, sino que basta con la acreditación de los costes que ha asumido para la construcción de esta planta para realizar esta solicitud de contraprestación económica”.*

- d) Sobre la anulabilidad de la Resolución impugnada (precios fijados como contraprestación económica a satisfacer a Telefónica por el uso de las infraestructuras):

En relación con los precios por el uso de conductos entre arquetas, *“En opinión de mi representada, como ya ha manifestado en anteriores ocasiones, el precio que se debería aplicar por el uso compartido de infraestructuras debería ser el que se establece en el servicio MARCO, actualmente vigente y aprobado por la CMT, y no tiene sentido aplicar un pago único diferenciado para aquellas infraestructuras ocupadas antes del día 22 de enero de 2009. En cualquier caso, si la CMT así lo considera, el precio a aplicar deberá ser el que considere la propia Comisión después del análisis de la información disponible, pero en ningún caso deberá obtenerse de una media aritmética de las diferentes propuestas de los operadores, las cuales, a lo largo de varios meses de negociaciones, variaron de forma sustancial, sin alcanzarse en ningún momento un acuerdo concreto al respecto. El hecho de que el precio final propuesto por la CMT se aproxime más a la propuesta inicial de Telefónica de España evidencia, en todo caso, que se trataba de un pago justo y correctamente argumentado”.*

- e) Sobre los errores en la determinación de las infraestructuras objeto de contraprestación por parte de Euskaltel:

→ *“A la vista de las afirmaciones de la recurrente, mi representada cree necesario reiterar que en su escrito de 28 de febrero de 2008 quedaron completamente acreditados los costes asumidos por Telefónica de España en el despliegue de las infraestructuras objeto de controversia, por lo que no existe ningún error en la determinación de la planta objeto de contraprestación por parte de la recurrente”.*

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

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

II.1 FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Calificación.

El artículo 107.1 de la LRJPAC establece que contra las resoluciones y los actos de trámite cualificados podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualesquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.



A su vez, el artículo 116.1 de la LRJPAC establece que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

La recurrente califica expresamente su escrito como recurso de reposición, por lo que, teniendo en cuenta lo anterior y que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, las Resoluciones de la Comisión ponen fin a la vía administrativa procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, calificar dicho escrito como recurso potestativo de reposición que se interpone contra la Resolución de fecha 14 de mayo de 2009, relativa al conflicto de compartición entre Telefónica y Euskaltel concerniente a la ocupación de determinadas infraestructuras situadas en varios municipios del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma Vasca.

SEGUNDO.- Legitimación de la entidad recurrente.

El artículo 107 de la LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado en la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. La recurrente ostenta la condición de interesada por cuanto que ya lo era en el procedimiento de conflicto que dio como resultado la Resolución de 14 de mayo de 2009 objeto de impugnación. En atención a lo anterior, se reconoce legitimación activa a la recurrente para la interposición del recurso potestativo de reposición.

TERCERO.- Competencia 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.

CUARTO.- Admisión a trámite.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.1 de la LRJPAC, los recursos de reposición que interpongan los interesados habrán de fundarse en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de esta Ley.

Habida cuenta de que el recurso interpuesto por Euskaltel se fundamenta en dichos motivos, el Acuerdo del Consejo impugnado cumpliría con el requisito establecido en el artículo 107.1 de la LRJPAC en relación con las resoluciones y actos de trámite que son susceptibles de impugnación.

Y teniendo en cuenta que el recurso presentado, además de cumplir los requisitos del artículo 107.1 de la LRJPAC, cumple igualmente con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 y ha sido presentado dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la misma, resulta procedente su admisión a trámite.



II.2 FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

PRIMERO.- Sobre el derecho de Telefónica a una compensación económica por la compartición de las infraestructuras objeto de conflicto.

La entidad recurrente alega falta de motivación de la Resolución impugnada, al entender que la única justificación existente en ella para imponer la obligación de pago a Euskaltel es la de que podría producirse un enriquecimiento injusto a su favor si no pagara a Telefónica por el uso compartido de las infraestructuras objeto del conflicto.

Sostiene la recurrente que no puede entenderse cumplido el requisito de la motivación suficiente de los actos administrativos al limitarse la Resolución impugnada a mencionar el enriquecimiento injusto que supondría no reconocer el derecho de Telefónica a aquella compensación, sin analizar los requisitos exigibles para la existencia del mismo.

Sostiene, además, que la Resolución impugnada es nula puesto que Telefónica carece, en relación con las infraestructuras objeto del conflicto, de un título jurídico válido que le habilite para percibir una contraprestación económica y no acreditó durante la tramitación del expediente los costes en los que incurrió para la construcción de dichas infraestructuras.

En relación con tales alegaciones, ha de partirse de lo dispuesto en el artículo 62.1 e) de la LRJPAC, que establece que son nulos de pleno derecho los actos de las Administraciones Públicas dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

Como se adelantó en la Resolución de fecha 23 de julio de 2009, que decidía sobre la suspensión solicitada por Euskaltel, no se aprecia vulneración de las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados, contenidas, en el caso de este Organismo, además de en la LRJPAC³, en su Reglamento de Régimen Interior⁴.

Sobre la infracción del requisito de la motivación de los actos administrativos, la exigencia contenida en el artículo 54.1 de la LRJPAC se traduce en la obligación de exteriorizar las razones que sirven de fundamento a la decisión administrativa, realizando una sucinta referencia a los hechos y fundamentos de Derecho que dan lugar a la adopción de la decisión, en aras de permitir a los afectados ejercitar debidamente su derecho de defensa, pero sin que se requiera una profunda, extensa y detallada exposición de los razonamientos o argumentos determinantes de su adopción.

Como afirmó el Tribunal Constitucional en su Sentencia 301/2000, de 13 de noviembre, *“el deber de motivación de las resoluciones judiciales no autoriza a exigir un razonamiento jurídico exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles hayan sido los criterios jurídicos fundamentadores de la decisión, es decir, la “ratio decidendi” que ha determinado aquélla...”*, añadiendo la Sentencia 187/2000, de 10 de julio, que *“no existe, por lo tanto, un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación, puesto que su función se limita a comprobar si existe fundamentación jurídica y, en su caso, si el razonamiento que contiene constituye, lógica y jurídicamente, suficiente motivación de la decisión adoptada, cualquiera que sea su brevedad y concisión”*.

³ Artículos 22 a 27 de la LRJPAC.

⁴ Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado por la Resolución de su Consejo de 20 de diciembre de 2007, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.



Pueden tenerse en cuenta, también, entre otras⁵, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de fecha 29 de marzo de 2004 (RJ 2004/1849), en la que se señalaba lo siguiente:

“El deber de motivación de los actos administrativos tiene por finalidad, según se refiere en la sentencia de esta Sala de 10 de diciembre de 2003 (RC 3905/2000 [RJ 2003\9526]), que el interesado conozca los motivos que conducen a la resolución de la Administración, con el fin, en su caso, de poder rebatirlos en la forma procedimental regulada al efecto”.

En el presente caso, como expone la recurrente, la Resolución de fecha 23 de julio de 2009 concluyó que Telefónica y Euskaltel deberían formalizar por escrito un acuerdo de uso compartido de las infraestructuras, incluyendo las condiciones económicas sobre los precios que Euskaltel debería abonar a Telefónica.

Fue precisamente la falta de acuerdo entre las operadoras lo que motivó la intervención de la Comisión en el presente caso, que resolvió el conflicto entre ambas, obligando a que llegaran a un acuerdo de compartición de infraestructuras y fijando los precios que Euskaltel había de satisfacer a Telefónica por el uso compartido de las infraestructuras.

El régimen de la compartición de infraestructuras aparece contemplado en la propia LGTel, concretamente, en el artículo 30, que establece que las Administraciones públicas fomentarán la celebración de acuerdos voluntarios entre operadores para la ubicación compartida y el uso compartido de infraestructuras situadas en bienes de titularidad pública o privada.

Para los casos en los que los operadores deseen ocupar la propiedad pública o privada de manera separada, y no pudieran por motivos justificados en razones de medio ambiente, salud pública, seguridad pública u ordenación urbana y territorial, se prevé que la Administración competente en dichas materias acuerde la utilización compartida del dominio público o la propiedad privada en la que se van a establecer las redes públicas de comunicaciones electrónicas o el uso compartido de las infraestructuras en las que se van a apoyar tales redes, según resulte necesario.

Y se añade que el uso compartido se articula mediante acuerdos entre los operadores interesados y que, a falta de acuerdo, las condiciones de uso compartido se establecerán, previo informe preceptivo de la Administración competente, mediante Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, teniendo en cuenta lo que aquélla considere como aspectos esenciales para la salvaguarda de los intereses públicos cuya tutela tenga encomendados.

Por tanto, son los operadores los que deben negociar las condiciones de la compartición, sin que la Comisión pueda fijar con carácter previo las mismas (principio de intervención mínima), interviniendo únicamente en caso de conflicto.

El carácter voluntario para ambas partes en la negociación de acuerdos de compartición de infraestructuras, se entiende a excepción de los casos en los que la compartición de infraestructuras tiene lugar como consecuencia de la obligación impuesta al operador con poder significativo en el mercado tras el correspondiente procedimiento de definición y análisis del mismo.

⁵ Véanse también las Sentencias de fecha 19 de febrero de 2002 (RJ 2002/2957), 29 de febrero de 2000, (2000/3166) 20 de enero de 1998 (RJ 1998\1418), 25 de mayo de 1998 (RJ 1998\4486), 9 de febrero de 1996 (RJ 1996/1105), 12 de diciembre de 1990 (1990/9918).



Como se indicó en la Resolución impugnada, mediante Resolución de fecha 22 de enero de 2009 Telefónica fue designada operadora con poder significativo en el mercado de acceso (físico) al por mayor a las infraestructuras de red en una ubicación fija y en el mercado de acceso de banda ancha al por mayor. Y entre las obligaciones impuestas en esta Resolución a Telefónica se encontraba la de atender las solicitudes razonables de acceso a las infraestructuras de obra civil, lo que incluía las canalizaciones, cámaras, arquetas, conductos y postes.

En el supuesto que nos ocupa, Telefónica presentó un conflicto ante esta Comisión el día 3 de enero de 2007 (y, por tanto, cuando todavía no le había sido impuesta la obligación de ofrecer acceso a las infraestructuras de obra civil) afirmando que, desde el año 2003, Euskaltel había venido desarrollando una política de ocupación y utilización unilateral de las infraestructuras de Telefónica mediante la ocupación de las cámaras y/o arquetas de la operadora para, a partir de ahí, desplegar su red a través de los conductos. A principios del año 2005 los operadores iniciaron una negociación sobre la compartición de infraestructuras de acceso en el ámbito de la Comunidad Autónoma Vasca.

Durante la tramitación del expediente que dio lugar a la Resolución impugnada, Euskaltel reconoció las negociaciones previas con Telefónica en relación con las condiciones generales, técnicas y económicas que debían aplicarse al acuerdo marco de compartición de infraestructuras, y se analizaron aquellas negociaciones para determinar si las partes habían llegado previamente a un acuerdo y, en caso contrario, fijar las condiciones adecuadas.

Se concluyó que, si bien las condiciones generales y técnicas habían sido consensuadas por las partes, no sucedía lo mismo con las condiciones económicas.

Concretamente, se indicaba en la Resolución (página 25) que *“el objeto principal del conflicto planteado por TESAU radica en la falta de acuerdo sobre el establecimiento de precios que EKT debería abonar a TESAU por el uso compartido de las infraestructuras objeto del presente expediente”*, y que, en cumplimiento del principio de intervención mínima, se tendría en cuenta si sobre los aspectos económicos las partes habían llegado previamente a un acuerdo.

En relación con la contraprestación económica por el uso de conductos entre arquetas, se dijo que se estaría a lo negociado por las partes y que, por tanto, Euskaltel pagaría a Telefónica, en concepto de canon por uso de cada metro de conducto cedido, las siguientes cantidades:

- 9,5 euros/metro de conducto, como pago único para infraestructuras de aportación ajena.
- 20,71 euros/metro de conducto, como pago único para infraestructuras construidas por medios propios.

En lo demás, se señaló en la Resolución impugnada que resultarían de aplicación los precios fijados por la Comisión ante la inexistencia de consenso entre ambas (precio fijado en la OBA para el servicio de tendido de cable externo como contraprestación económica por el uso de arquetas, y precio según la ocupación de los elementos sujetos a uso compartido o, en caso de desacuerdo sobre los porcentajes a aplicar en función de la ocupación, aplicación de un 50% tanto en lo correspondiente al conducto compartido como a las arquetas, como contraprestación económica por los gastos de mantenimiento).

De lo expuesto anteriormente se desprende claramente que Euskaltel reconoció, durante las negociaciones, que Telefónica tenía derecho a una compensación económica por la compartición con Euskaltel de las infraestructuras, llegando a concretar las condiciones económicas aplicables al uso de conductos entre arquetas, sin perjuicio de que no se pusieran de acuerdo sobre determinados conceptos como el de la contraprestación económica por el uso de arquetas y por los gastos de mantenimiento.



Euskaltel, a pesar de haber acordado previamente con Telefónica los precios por el uso de conductos, alegó en el expediente del conflicto que no tenía que pagar ningún precio a Telefónica, en la medida en que las infraestructuras no eran de su titularidad sino de dominio público municipal.

Por ello, resultaron objeto del conflicto, no solamente los conceptos y las cantidades por las que Euskaltel debía satisfacer una contraprestación económica a Telefónica, sino también la cuestión relativa a la obligatoriedad por parte de Euskaltel de satisfacer una contraprestación económica a Telefónica por el uso de unas infraestructuras que, según aquélla, no eran de la titularidad de Telefónica.

Sobre dicho aspecto, se dijo en la Resolución (página 17) que eran los costes en los que incurrió Telefónica en el momento de la construcción de las infraestructuras los que determinaban el derecho a ser compensada por el uso compartido de las mismas con otros operadores, afirmándose que era irrelevante para la resolución del conflicto que Telefónica fuera propietaria o no de las infraestructuras.

En los mismos términos, se reiteraba (pagina 25) lo siguiente:

“En contestación a esta alegación, debemos reiterar que el derecho a la contraprestación económica que aquí se trata no nace del título jurídico que detenta el operador cuya infraestructura va a ser objeto de compartición, sino que esta contraprestación económica únicamente pretende compensar el coste de la infraestructura que en su día asumió el operador ahora ocupado.

Por tanto, esta contraprestación económica deberá calcularse en atención al coste que haya soportado TESAU en el momento de la construcción de la respectiva infraestructura, ya que, si se obviase este aspecto, podría producirse un enriquecimiento injusto a favor del operador entrante, que se beneficiaría del uso de unas infraestructuras costeadas, en todo o en parte, por TESAU”.

La Resolución impugnada dio, por tanto, cumplida respuesta a la alegación de Euskaltel relativa a su disconformidad con el pago de una contraprestación económica a Telefónica por el uso compartido de las infraestructuras objeto del conflicto, y dio a la recurrente la posibilidad de recurrir aquélla en caso de considerar que la misma adolecía de vicios de nulidad o anulabilidad, por lo que cumplió debidamente con el requisito de la motivación establecido en el artículo 54 de la LRJPAC, debiendo descartarse que le produjera indefensión determinante de nulidad de pleno derecho.

Tampoco se aprecia la concurrencia de causa de nulidad alguna en la Resolución impugnada, derivada del reconocimiento de una contraprestación económica que compensara los gastos incurridos por Telefónica en la construcción de las infraestructuras objeto del conflicto, con independencia del título jurídico que ostentara la operadora en relación con ellas.

Sin perjuicio de que, como se expuso en la Resolución relativa a la suspensión solicitada por Euskaltel, el artículo 62.2 de la LRJPAC no resulta invocable en el presente supuesto, tampoco puede apreciarse vicio de anulabilidad en aquélla consistente en la infracción del ordenamiento jurídico y, concretamente, del artículo 1954 del Código Civil.

Nuevamente, en sede de recurso, Euskaltel vuelve a plantear los argumentos ya expuestos en el expediente del conflicto, alegando que la Resolución impugnada no acredita que Telefónica estuviera en uso o en posesión de título jurídico alguno sobre las infraestructuras.



Para reforzar este argumento, Euskaltel vuelve a hacer referencia a las sentencias recaídas, en primera instancia⁶ y posteriormente en apelación⁷, respecto de la acción posesoria interpuesta por TESAU en relación a las infraestructuras ocupadas por Euskaltel en el término municipal de Vitoria-Gasteiz. Euskaltel defiende que la Resolución de 14 de mayo de 2009 va en contra de lo establecido en la sentencia de apelación dictada por la Audiencia Provincial de Álava donde se indicaba lo siguiente:

“...la posesión por parte de Telefónica no abarca la totalidad de las canalizaciones, las pruebas practicadas indican de forma insistente que Telefónica ocupa tan sólo una parte de estas, existiendo tubos vacíos en la misma canalización que son los que Euskaltel utilizó obteniendo para ello licencia del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, motivo por el que el juzgador considera que no existe desposesión, cuestión que corrobora la Sala a la vista de las pruebas practicadas. La desposesión requiere una alteración del estado de hecho preexistente que implique privación total o parcial del goce de la cosa poseída, requisito que no concurre en el presente caso ya que Telefónica no poseía la totalidad de las canalizaciones, sino sólo unos determinados tubos..., la posesión de la actora no se extendía a la totalidad de las canalizaciones afectadas, sino sólo a parte de ellas...”

La entidad recurrente sostiene también que la Resolución impugnada vulnera el artículo 62.2 de la LRJPAC, al ser su contenido contrario al del artículo 1954 del Código Civil, según el cuál, *“el justo título debe probarse, no se presume nunca”*.

Dicho precepto alude a la prescripción adquisitiva o usucapión, consistente en la adquisición del dominio y demás derechos reales como consecuencia de la posesión de una cosa durante el tiempo determinado por la Ley (artículo 1940 del Código Civil), señalándose que para adquirir el dominio u otro derecho real por la posesión de algo habrá que probar que el título en cuya virtud se ostenta la posesión es suficiente para transmitir el dominio o ese derecho real.

Pero, como se dijo en la Resolución impugnada, no era objeto del conflicto decidir el título jurídico que ostentaba Telefónica sobre las infraestructuras y que, por tanto, Telefónica, fuera o no propietaria, estaba en posesión de las infraestructuras, debiendo determinarse si la operadora incurrió en algún coste en el momento de su construcción y, en caso afirmativo, si tenía derecho o no a ser compensada por los mismos.

Resulta cierto, como indica Euskaltel, que el artículo 16 apartado c) del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo (en adelante, Ley del Suelo), establece como deber del promotor urbanístico el *“costear y, en su caso, ejecutar todas las obras de urbanización previstas en la actuación correspondiente, así como las infraestructuras de conexión con las redes generales de servicios y las de ampliación y reforzamiento de las existentes (...)”*. Asimismo, el apartado d) del citado precepto, establece que el promotor deberá *“entregar a la Administración competente, junto con el suelo correspondiente, las obras e infraestructuras a que se refiere la letra anterior que deban formar parte del dominio público como soporte del inmueble de las instalaciones propias de cualesquiera redes de dotaciones y servicios, así como también dichas instalaciones cuando estén destinadas a la prestación de servicios de titularidad pública”*.

⁶ Sentencia número 115/03, de fecha dos de julio de 2003, recaída en el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Vitoria-Gasteiz.

⁷ Sentencia número 244/03, de fecha 17 de noviembre de 2003, recaía en apelación en la Audiencia Provincial de Álava.



Es decir, la normativa urbanística establece que los promotores de nuevas zonas urbanísticas deben costear las obras necesarias para la dotación, entre otras, de las infraestructuras de telecomunicaciones, y su posterior cesión a la Administración.

Por tanto, las infraestructuras de telecomunicaciones realizadas en urbanizaciones de nueva construcción deberán ser cedidas por el promotor de la misma a la Administración correspondiente. Ello implica que todo aquel operador que solicite la ocupación de dichas infraestructuras sitas en dominio público local deberá pagar al municipio las tasas legalmente fijadas⁸.

Pero en relación con la afirmación de Euskaltel respecto a que con la mera obtención de la autorización del Ayuntamiento respectivo es suficiente para ocupar el dominio público con la única obligación de pagar las tasas correspondientes, debe recordarse que la LGTel establece la necesidad de que la Administración competente declare expresamente el uso compartido de las infraestructuras sitas en el dominio público, debiendo seguir a esta declaración el correspondiente acuerdo entre los operadores implicados.

En este mismo sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Álava en su Sentencia de 17 de noviembre de 2003 cuando, en relación a la alegación de Telefónica respecto a la falta de cumplimiento de Euskaltel de las normas establecidas en la LGTel para compartir infraestructuras, manifiesta que:

“La LGT y el RD 1736/98 que la desarrolla exigen un acuerdo entre las operadoras que manifiesten su interés en compartir bienes para el desarrollo de su red de telecomunicaciones que, de no existir, exigirá la intervención de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, quien impondrá las condiciones de la compartición. Es esta una cuestión que queda fuera del debate (...)”

La Audiencia Provincial de Álava, se limita a pronunciarse en relación con la acción posesoria planteada, en el ámbito civil, por Telefónica indicando que no había existido despojo por parte de la entidad demandada (Euskaltel), pero no entra a valorar si Euskaltel había cumplido con el procedimiento que, para compartir infraestructuras de telecomunicaciones, se debe seguir conforme a lo establecido por la LGTel.

En relación con lo anterior y, concretamente, sobre la ocupación que, según Telefónica, continúa por parte de Euskaltel en la arqueta situada en el cruce de las calles Aixerrota y Carretera la Galea en Algorta, debe señalarse que dicha ocupación debe tener lugar en cumplimiento de la normativa vigente sobre compartición, ya que de lo contrario podría suponer la comisión de una infracción administrativa. A tales efectos, de persistir Euskaltel en su comportamiento, Telefónica puede someterlo a consideración de esta Comisión a través de la presentación del correspondiente conflicto, por exceder del ámbito de la resolución del recurso interpuesto por Euskaltel.

Dicho esto, la tasa por ocupación del dominio público que deben pagar los operadores de ~~comunicaciones electrónicas~~ es independiente a la contraprestación económica objeto del

⁸ En concreto el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo de, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (en adelante, Ley de Haciendas Locales), establece en su artículo 24.1.c) que el “importe de las tasas previstas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local se fijará de acuerdo con las siguientes reglas: c) cuando se trate de tasas por utilización privativa o aprovechamientos especiales constituidos en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros que resulten de interés general o afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario, el importe de aquéllas consistirá, en todo caso y sin excepción alguna, en el 1,5% de los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtengan anualmente en cada término municipal la referidas empresas”.



presente conflicto. El objeto principal del expediente recurrido era determinar si Telefónica incurrió en algún coste en el momento en el que se construyeron las infraestructuras en conflicto, y en su caso, si por ello tiene o no derecho a cobrar una contraprestación económica que le compense dicho coste.

Por lo que se refiere al coste asumido en la construcción de las infraestructuras del conflicto que determinó el reconocimiento del derecho a obtener contraprestaciones económicas por parte de Telefónica, si bien el Real Decreto Legislativo 2/2008 antes mencionado, establece la obligación del promotor de costear las infraestructuras de telecomunicaciones, es conocido por esta Comisión que en las fases urbanizadoras es práctica habitual la firma de un Convenio de dotación de Infraestructuras entre los operadores de comunicaciones electrónicas y los promotores urbanísticos, en los cuales, el promotor se hace cargo de los gastos de obra civil, y los operadores asumen el coste de los materiales necesarios para la construcción de conductos, separadores y arquetas, entre otros (sistema de aportaciones ajenas). Es decir, los operadores que colaboran en la construcción de nuevas urbanizaciones asumen unos costes por la instalación de las infraestructuras, costes que deberían ser compartidos por aquellos operadores que muestren interés en hacer uso de las mismas.

Esta práctica también es utilizada por la propia Euskaltel, ya que en la documentación del expediente 2007/46 obran varios Convenios alcanzados por Euskaltel y Telefónica con distintos promotores en los mismos términos antes mencionados. En estos Convenios, ambos operadores asumen la construcción y pago conjunto de las infraestructuras de telecomunicaciones en zonas de nueva construcción (zonas urbanizables o no consolidadas). Estos Convenios prevén, además, aquellas contraprestaciones económicas que debe pagar un tercer operador que solicite el uso compartido de las infraestructuras de forma que se compense la inversión inicial de Telefónica y Euskaltel.

Es decir, la propia Euskaltel prevé en sus Convenios una contraprestación económica en supuestos similares a los que son objeto de discusión en el presente expediente. Por ello, no resultan razonables los argumentos esgrimidos por esa operadora para evitar el pago de las contraprestaciones económicas que le solicita Telefónica en el conflicto suscitado.

Lo más relevante a los efectos que aquí interesan es que lo anterior resulta de aplicación a infraestructuras de nueva construcción, es decir, zonas urbanizables o no consolidadas, donde el operador asume sólo los costes de los materiales (sistema de aportaciones ajenas), pero no a otras infraestructuras objeto del conflicto construidas en zonas consolidadas, en las cuales el operador no sólo debe asumir el coste de los materiales sino también los costes de la obra civil (sistema de aportaciones propias). En estos supuestos, las infraestructuras desplegadas son construidas y costeadas en su totalidad por el operador que en cada caso haya procedido a su despliegue.

Por ello, con independencia de la titularidad se entiende necesario reconocer el derecho al cobro de una contraprestación económica en los casos en los que las infraestructuras hayan sido costeadas por el operador.

Y en la Resolución impugnada se analizaron, teniendo en cuenta las alegaciones de ambas partes y la documentación aportada por ellas, las diferentes infraestructuras sobre las que Telefónica había planteado el conflicto (apartado tercero relativo a la *"identificación y descripción de las infraestructuras afectadas"*), y se excluyeron de la resolución del mismo aquellos casos en los que existía constancia de que Telefónica no había construido las infraestructuras objeto de conflicto, a saber:



- Infraestructuras de Vitoria situadas en el Polígono Industrial de Ibaiondo, Polígono Industrial Lakua 12 y Polígono Residencial Zabangana 2-3: quedó acreditado que cada operadora tenía construida su propia infraestructura y que, por tanto, Euskaltel no tenía intención de compartir la infraestructura con Telefónica.
- Infraestructuras de Vizcaya –concretamente, Baracaldo- en la Avenida de San Bartolomé: también se consideró acreditado que Euskaltel contaba con su propia infraestructura y que, por tanto, no tenía intención de compartir infraestructuras con Telefónica.
- Infraestructura de San Sebastián, en el Paseo Ubarburu, 81, Polígono industrial de Martutene: se excluyeron al ser el dueño del edificio el que había llevado a cabo a su cargo las canalizaciones.

En relación con ésta última, resulta relevante el planteamiento adoptado en la Resolución (página 21) al señalarse que *“entendiendo que TESAU no participó en la construcción de la citada infraestructura, sino que la misma fue costeada únicamente por el propietario del polígono, el cual, con posterioridad a su construcción, permitió su ocupación a TESAU y posteriormente a EKT”*.

Por tanto, únicamente se reconoció el derecho de Telefónica a una contraprestación económica respecto a aquellas infraestructuras respecto de las cuales la operadora sufragó el coste derivado de su construcción, con independencia de que hubieran devenido en infraestructuras de titularidad pública municipal.

A este respecto, y en los mismos términos, cabe recordar lo apuntado por esta Comisión en la Resolución de 31 de julio de 2008, relativa a los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución de fecha 8 de mayo de 2008 por la que se adoptaban medidas cautelares en relación con el procedimiento para la definición y análisis de los mercados 4 y 5, donde ya se indicaba, en relación con la imposición de una obligación de acceso a TESAU, que *“la obligación impuesta a TESAU de acceso a las infraestructuras de obra civil ha de ser necesariamente de contenido genérico, incluyendo en principio toda la infraestructura en posesión de TESAU o que pueda ser usada por TESAU”*.

Esta ha sido también la interpretación seguida por esta Comisión en su Resolución de fecha 22 de enero de 2009, por la que se aprobaba la definición y el análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructuras de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor (Resolución relativa a los Mercados 4 y 5), que alude a la obligación de Telefónica de dar acceso a las infraestructuras, sin establecer que dicha obligación únicamente resulta de aplicación para infraestructuras de su titularidad.

La Resolución citada impone a Telefónica la obligación de dar acceso a las infraestructuras de obra civil y reconoce el derecho de la operadora a percibir una compensación económica por facilitar a los operadores alternativos el acceso a dichas infraestructuras, imponiendo la obligación de orientación de tales precios a los costes de producción.

No es baladí la cuestión relativa a la contraprestación económica que los operadores alternativos entrantes que soliciten acceso a las infraestructuras han de satisfacer al operador que sufragó los gastos para la construcción de éstas, ya que, como se ha señalado por esta Comisión, por la Comisión Europea y el ERG, los costes de las infraestructuras de obra civil suponen entre el 50% y el 80% de los costes totales del despliegue de una red de comunicaciones electrónicas. De ahí que la Resolución relativa a los Mercados 4 y 5 tenga en cuenta tales costes a la hora de fijar los precios de acceso a las infraestructuras de obra civil.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Las infraestructuras del conflicto existente entre Telefónica y Euskaltel también deben considerarse incluidas en la Resolución del Mercado 4 y, por tanto, sujetas a las obligaciones impuestas en dicha Resolución, por lo que, desde la vigencia de las obligaciones establecidas en dicha Resolución, los precios a pagar por el acceso de los operadores alternativos a dichas infraestructuras estarían sujetos al principio de orientación a costes.

Y la fundamentación para el cobro de una contraprestación económica por el acceso a las infraestructuras sería la misma tanto antes como después de la aprobación de la Resolución de 22 de enero de 2009.

Por tanto, esta Comisión considera, por un lado, que debe reconocerse el derecho a una compensación económica a favor del operador que facilita el acceso a las infraestructuras y, por otro, que los operadores alternativos deben sufragar un precio a dicho operador que compense los costes incurridos por el primer operador en la construcción de las infraestructuras.

En el presente caso, como se ha expuesto, se excluyeron del conflicto aquéllas infraestructuras sobre las cuáles, bien Euskaltel bien el propietario de un edificio, habían sufragado el coste de las mismas.

Y para la determinación de la contraprestación económica que debía satisfacer Euskaltel a Telefónica se dijo que la misma había de calcularse en función del coste que hubiera soportado Telefónica en el momento de la construcción de las referidas infraestructuras, si bien hubo infraestructuras respecto de las cuáles no pudo acreditarse el coste real incurrido por Telefónica en la construcción de las mismas.

Euskaltel considera que aquellas infraestructuras cuyos costes no hubieran podido acreditarse deberían quedar excluidas de la resolución del conflicto. Concretamente, alude la recurrente a las infraestructuras ocupadas en las localidades de Guipúzcoa y Vizcaya, sobre las que Telefónica no aportó documento acreditativo de los gastos incurridos en obra civil, así como a las de la calle Zubibarrí (Polígono Industrial de Gamarra) y las de las calles Duque de Wellington, Fco Javier Landáburu y Portal de Foronda, en Vitoria.

Sin embargo, en este punto, en relación con la alegación de Euskaltel relativa a la falta de prueba de los costes incurridos por Telefónica en la construcción de las citadas infraestructuras, debe señalarse que el hecho de que no se acrediten los costes concretos incurridos por Telefónica en la construcción de las infraestructuras no se considera justificación suficiente para eximir el pago a Telefónica de una contraprestación económica.

La propia Resolución del Mercado 4 prevé que cuando Telefónica no acredite la orientación a costes de sus precios, la Comisión podrá fijar los mismos, teniendo en cuenta otros indicadores, tales como la evolución de éstos y los costes de servicios semejantes en los países de la Unión Europea, las ganancias derivadas de la productividad de los operadores y la eficacia de las nuevas inversiones, realizadas o previstas.

Por lo que se refiere al conflicto entre Euskaltel y Telefónica, debe recordarse que las partes ya habían concretado algún acuerdo en relación con las condiciones técnicas y económicas, por lo que la Resolución impugnada dio oportunamente preferencia a los acuerdos ya alcanzados entre las partes sobre tales condiciones.

Además, Telefónica había puesto de manifiesto durante la tramitación del procedimiento que las infraestructuras objeto del conflicto fueron construidas hace mucho tiempo, lo que complicaba la labor de localizar la documentación relativa a los costes de la instalación. Por ello, para fijar la contraprestación correspondiente a aquellos conceptos sobre los que no había quedado



constancia de los costes, se tuvieron en cuenta los precios negociados por las partes o se tomó como indicador el precio regulado para un servicio similar.

Como se ha expuesto, en relación con la contraprestación económica por el uso de conductos entre arquetas, se fijaron los precios negociados por las partes y, en relación con la contraprestación económica por el uso de arquetas, se tomó como referencia por su similitud el precio establecido en la OBA para el servicio de tendido de cable externo. Para compensar los gastos de mantenimiento, se dijo que el precio dependería de los elementos sujetos a uso compartido que hubieran sido objeto de ocupación, y en caso de desacuerdo, se aplicaría el 50%.

Dicho lo anterior, debe aclararse que no es la apreciación por parte de esta Comisión de la concurrencia de los requisitos para la existencia de un enriquecimiento injusto en el sentido expuesto por la Jurisprudencia, lo que originó que se estableciera en la Resolución impugnada un derecho de compensación a favor de Telefónica por el uso compartido de las infraestructuras.

Euskaltel expone también en su recurso que la Resolución se limita a afirmar que podría producirse un enriquecimiento injusto por su parte por el uso compartido de las infraestructuras, sin que se den los requisitos exigibles para la existencia del mismo y resulta cierto, como expone la recurrente, que en la Resolución se establece que *“podría producirse un enriquecimiento injusto a favor del operador entrante, que se beneficiaría del uso de unas infraestructuras costeadas, en todo o en parte, por TESAU”*.

Como pronunció este Organismo en su Resolución de 19 de julio de 2007⁹, el principio general prohibitivo del enriquecimiento sin causa es un principio del Derecho no contemplado expresamente en el Código Civil, pero sí reconocido por la Jurisprudencia, que consiste en la prohibición del lucro u obtención de un beneficio por una persona, sin causa justificativa alguna para el desplazamiento patrimonial.

Y como también hace notar Euskaltel, una doctrina jurisprudencial reiterada¹⁰ establece los siguientes requisitos o presupuestos para que pueda prosperar la pretensión de enriquecimiento injusto:

- 1º). Enriquecimiento por parte del demandado consistente en la obtención de una ventaja patrimonial, que puede consistir en un aumento del patrimonio o en una no disminución del mismo.
- 2º). Correlativo empobrecimiento del actor, por un daño positivo o por un lucro frustrado, del que ha sido consecuencia el enriquecimiento del demandado.
- 3º). Conexión indispensable entre el empobrecimiento y el enriquecimiento, en virtud del traspaso directo o indirecto del patrimonio del demandante al de la otra parte.
- 4º). Falta de causa que justifique el enriquecimiento.
- 5º). Inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del enriquecimiento sin causa.

⁹ Resolución de los recursos de reposición interpuestos por las entidades Telefónica de España, SA, Sociedad Unipersonal, WORLD WIDE IBERCOM, SL, Desarrollo de la Tecnología de las Comunicaciones, SCOM.p.A., la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones, FRANCE TELECOM ESPAÑA, SA, ONO, SA, Sociedad Unipersonal y T-ONLINE TELECOMMUNICATIONS SPAIN, SA, Sociedad Unipersonal, contra la Resolución sobre modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado.

¹⁰ SSTs de 23 de marzo de 1966, 27 de enero de 1975, 1 de diciembre de 1980, 12 de diciembre de 1984, 25 de noviembre de 1985, 30 de marzo de 1988, etc).



Habrían de darse todos los requisitos anteriores para que pudiera entenderse producido un enriquecimiento injusto, pero no es este el momento ni el marco en el que ha de analizarse la concurrencia de los mismos. La acción de enriquecimiento injusto ha de ejercitarse ante los Tribunales del orden jurisdiccional civil, por lo que habrán de ser aquéllos y no este Organismo el que se pronuncie sobre tal aspecto.

Resulta, pues, que no era objeto de la Resolución el pronunciarse sobre la existencia o no de un enriquecimiento injusto por parte de Euskaltel y, menos aún, prejuzgar la posible prosperabilidad de una futura acción judicial por parte de Telefónica frente a Euskaltel por dicho motivo.

La intervención de este Organismo en el conflicto existente entre Euskaltel y Telefónica se produjo para asegurar el derecho de ambas operadoras a la ocupación conjunta del dominio público municipal, ante la falta de acuerdo entre ellos sobre la contraprestación económica a satisfacer por el uso compartido de las infraestructuras, lo que habilitaba a esta Comisión a intervenir en virtud de lo dispuesto en el artículo 30 de la LGTel.

SEGUNDO.- Sobre la concurrencia en la Resolución de 23 de julio de 2009 de las causas de anulabilidad del artículo 63.1 de la LRJPAC invocadas por la recurrente.

- **Falta de solicitud por Euskaltel de la aplicación de los precios negociados con Telefónica para infraestructuras de su titularidad.**

Sostiene Euskaltel que no solicitó la aplicación de los precios negociados con Telefónica, ya que lo que en realidad venía pidiendo era la no aplicación de precio alguno por la compartición de infraestructuras al ser de titularidad pública municipal, por lo que debería anularse la Resolución impugnada (página 10) al señalar que la operadora expuso que *“la Comisión debería tener en cuenta los precios negociados por las partes previamente a la interposición del presente conflicto por ser los mismos ajustados a los costes concretos asumidos por TESAU”*.

Frente a lo expuesto por la recurrente, debe recordarse que en las alegaciones vertidas por Euskaltel al Informe de Audiencia con fecha 9 de marzo de 2009, la operadora manifestaba, en su alegación novena, lo siguiente:

“Pasamos a continuación a reiterar nuestra consideración de que los precios que consideraríamos precios reales de construcción, que fueron los justificados por nuestra parte, son precios que no han sido tenidos en cuenta por la Comisión ni rebatidos en modo alguno en su informe, que no ha hecho sino aplicar directamente los establecidos en otros conflictos de compartición como ya hemos visto.

Así, dado que en las negociaciones mantenidas ente las partes se acordó en todo momento repercutir costes efectivamente incurridos en la construcción, el rango de precios comentado entre las partes en la reunión mantenida el 18.4.05 y recogido en la última propuesta remitida por EUSKALTEL a TELEFÓNICA el 22.4.05 (...), estaba orientado a establecer un justiprecio que compensara los costes realmente incurridos (...)”

Tampoco puede entenderse anulable la Resolución impugnada por el hecho de que en el apartado relativo a los antecedentes de hecho de la Resolución se estableciera lo expuesto anteriormente, ya que la descripción de estas alegaciones en la Resolución no produjo efecto jurídico alguno en la esfera de la recurrente que motivara la nulidad de la Resolución.

La intervención de la Comisión, en este caso, no estaba limitada únicamente a la contestación de la pretensión de Euskaltel de no aplicación de precio alguno por la compartición de



infraestructuras, sino que debía ir más allá, dando solución al conflicto entre las partes, lo que pasaba por determinar si existía derecho a contraprestación económica y, en tal caso, concretar cuál sería dicha contraprestación.

Debe tenerse en cuenta que la otra parte en el conflicto, Telefónica, planteó éste ante el desacuerdo existente con Euskaltel sobre las condiciones económicas, por lo que la intervención de la Comisión se producía para dar solución a dicho desacuerdo y, en virtud del principio de intervención mínima que resulta de aplicación en el régimen de compartición de las infraestructuras, se tuvieron en cuenta los acuerdos alcanzados entre las partes en relación con las condiciones económicas.

Así pues, de igual modo que esta Comisión se abstuvo de intervenir en relación con las condiciones técnicas de la compartición que las partes habían acordado, aplicó en la resolución del conflicto las condiciones económicas que ambas ya habían acordado.

- **Discrepancia no intencional de la Resolución recurrida.**

Según Euskaltel, ha existido un error de hecho en la apreciación de las pruebas aportadas en el expediente del conflicto.

Concretamente, en relación con el precio por el uso de conductos entre arquetas, si bien se establece en la Resolución impugnada que el precio correspondiente al pago único para infraestructuras construidas por medios propios sería de 20,71 euros/metro de conducto, Euskaltel señala que no había un precio acordado entre las partes para infraestructuras construidas por medios propios.

Manifiesta la operadora que el precio de 20,71 euros era el propuesto por Telefónica, siendo el precio propuesto por Euskaltel el de 16 euros/metro, por lo que la contraprestación debería fijarse haciendo la media entre los precios propuestos por ambas operadoras, al igual que en el caso del pago único para infraestructuras de aportación ajena (se fijó un precio de 9,5 euros/metro de conducto, al haber consensuado las partes el pago de una cantidad que oscilaba entre los 9 y los 10 euros/metro).

Euskaltel señala que el Documento número 11 aportado por Telefónica junto a su escrito de interposición del conflicto, incluía el correo electrónico enviado por Euskaltel a Telefónica en el que se contestaba a su propuesta en los siguientes términos:

“2. En relación a los precios, en zonas consolidadas construidas por vuestras propias contratas, en vez de un precio único que incluyera trazados longitudinales y laterales de 2 conductos, proponemos los siguientes:

- ***Subir de 15 a 16 euros el precio del metro lineal en estas zonas”.***

Para contestar a la citada alegación de Euskaltel, resulta necesario tener en cuenta que el día 15 de abril de 2005, Telefónica envió a Euskaltel a través de correo electrónico (Documento número 10 aportado junto con el escrito de presentación del conflicto por Telefónica) su propuesta de precios del metro lineal de conducto para la utilización compartida en infraestructura construida por medios propios, señalando lo siguiente:

“nuestros cálculos en este apartado hacen referencia a un coste de 20,71 euros, y ello como pago único por el derecho de uso”.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A dicho correo contestó Euskaltel en los términos expuestos anteriormente (Documento número 11 aportado junto con el escrito de presentación del conflicto por Telefónica).

Con posterioridad al envío de la propuesta citada por parte de Euskaltel, nuevamente el día 16 de diciembre de 2005 se remitió a través de correo electrónico por Euskaltel a Telefónica su propuesta en relación con los precios aplicables al Convenio de uso compartido de infraestructuras de telecomunicaciones en el País Vasco (Documento número 19 aportado junto con el escrito de presentación del conflicto por Telefónica).

En dicho correo, se deja constancia del precio propuesto por Euskaltel para el tubo (canalización principal) ejecutado por contrata de Telefónica:

“Como recordatorio, derivados del análisis de costes de cada una de las partes, estos precios eran:

- *Tubo (de cualquier tipo) en zona de promoción inmobiliaria: 9€/m.*
- *Tubo (canalización principal) ejecutado por contrata de TESAU: 16€/m.*
- *Tubo (lateral) ejecutado por contrata de TESAU: 32€/m.*
- *Precio por ocupación de arqueta: incluido.*
- *Por asesoramiento y replanteo: incluido”*

Por tanto, de las alegaciones vertidas por las partes en el expediente recurrido se desprende que, para las infraestructuras construidas por medios propios, se había discutido la aplicación de dos modelos posibles:

- O bien distinguir entre precios aplicables a canalizaciones de dos conductos, a razón de 32,12 euros/metro, y precios para el resto de canalizaciones a razón de entre 15 y 20 euros/metro.
- O bien establecer un precio único para cualquier tipo de canalización de 20,71 euros/metro de conducto.

Dado que los operadores no llegaron a un acuerdo sobre el sistema de precios a aplicar respecto a los conductos construidos por medios propios, esta Comisión decidió optar por el pago único, es decir, por imponer el precio de 20,71 por ser más sencilla su aplicación. En caso contrario, la media debía haberse realizado no entre las cantidades solicitadas por Euskaltel sino entre las cantidades negociadas por las partes, es decir, entre 32,12 euros/metro y 15 y 20 euros/metro.

Por tanto, no debe modificarse el precio fijado por esta Comisión en relación al uso de los conductos.

Por lo que se refiere al precio por el uso de arquetas, según Euskaltel, los precios negociados por las partes ya incluían el precio de las arquetas, por lo que solicitó que se eliminara este precio fijado por la Comisión.

Frente a ello, debe señalarse que esta Comisión consideró que durante el proceso negociador las partes no habían logrado un acuerdo sobre los precios a establecer, por lo que estimó procedente tomar como referencia el precio fijado para estos mismos supuestos en otras Resoluciones aprobadas por el Consejo de esta Comisión, es decir, el precio de OBA de tendido de cable externo (2,36 euros/mensuales por arqueta).

Del expediente de conflicto se desprende que durante todo el período de negociaciones las partes no alcanzaron un acuerdo en relación a los precios por el uso de arquetas, ya que mientras que



Euskaltel ofertaba precios que incluían tanto el pago de conductos como el pago de arquetas, Telefónica exigía precios distintos para cada elemento.

Euskaltel interpreta que finalmente Telefónica había accedido a la inclusión del precio de las arquetas en el fijado para las canalizaciones (en base a un e-mail remitido por un empleado de Telefónica).

Del estudio de toda la documentación aportada por las partes, se llegó a la conclusión de la falta de acuerdo a este respecto, no sólo por lo alegado por las partes sino sobre la base del documento 19 aportado en su escrito de interposición del conflicto por parte de Telefónica, donde se recoge la última oferta efectuada por Euskaltel antes de romperse definitivamente las negociaciones (y de fecha posterior al e-mail al que hace referencia Euskaltel) y donde esta misma operadora, atendiendo a las exigencias de Telefónica, establecía un precio por las arquetas en uso (16,80 euros/arqueta/año).

Por tanto, no debería eliminarse el precio fijado por esta Comisión en relación al uso de arquetas al no haber quedado acreditado lo alegado por Euskaltel.

III RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar íntegramente el recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad Euskaltel, S.A., contra la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de fecha 14 de mayo de 2009, relativa al conflicto de compartición entre Telefónica de España, S.A.U y Euskaltel, S.A., concerniente a la ocupación de determinadas infraestructuras situadas en varios municipios del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma Vasca.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en el artículo 23.2 del texto consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado mediante Resolución de su Consejo de 20 de diciembre de 2007 (BOE núm. 27, de 31 de enero de 2008), con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, 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 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 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Ignacio Redondo Andreu, con el Visto Bueno del Presidente, Reinaldo Rodríguez Illera.