



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. JOSÉ GIMÉNEZ CERVANTES, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA:

Que en la Sesión del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 5 de octubre de 2000, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN RELATIVA A LAS ACTIVIDADES DE TELECOMUNICACIÓN DESARROLLADAS POR LA EMPRESA AUTOPISTA VASCO ARAGONESA (exp.2000/3263)

HECHOS

PRIMERO.- El 17 de abril de 2000, AUTOPISTAS VASCO ARAGONESAS (en adelante AVASA) recibió escrito de esta Comisión en el que se le informaba de la necesidad de obtener título habilitante con carácter previo al establecimiento o explotación de redes de telecomunicación.

SEGUNDO. Con fecha 26 de septiembre de 2000, tiene entrada en esta Comisión copia de un documento del Director Gerente de Autopista Vasco Aragonesa en el que se declara expresamente que AVASA ofrece el exceso de capacidad en tubos y fibra óptica a operadores de telecomunicaciones, adjuntando un cuaderno de ventas al respecto. En este cuaderno se pone igualmente de manifiesto la existencia de una red interna para su uso en autoprestación.

TERCERO. De acuerdo con dicho cuaderno de ventas, el proyecto denominado EBRO (European Broadband Optical) tiene fecha de finalización prevista en noviembre de 2000 y complementa "los anillos que actualmente se



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

están llevando a cabo en Francia y que se dirigen al sur de Europa y conecta tres de las mayores áreas de negocio de España", "con vistas a atender la demanda potencial de operadores europeos y paneuropeos".

Tal actividad presenta "un perfil de carrier's carrier" teniendo en cuenta su conexión tanto internacional como nacional", "siendo esencialmente útil para redes transeuropeas" y se asentaría sobre la base del crecimiento potencial "espectacular" del mercado español de las telecomunicaciones que en el propio cuaderno se describe.

CUARTO. La utilidad de una obra de infraestructura como la que se oferta a terceros se describe igualmente, tanto en lo referente a operadores de ámbito estrictamente nacional, para el que pone en comunicación ciudades como Bilbao, Zaragoza y Madrid con posibilidad de completarse a lo largo de la costa mediterránea, como para operadores de ámbito europeo, para los que abre el camino hacia Portugal y Francia.

QUINTO. En cuanto a los "Aspectos fundamentales sobre Tarifas y Contrato", el cuaderno de ventas indica, a los efectos que aquí interesan, lo siguiente:

1º.- La oferta de prestaciones con la que se corresponden los precios que luego se ofertan comprende, entre otros, "el derecho de uso exclusivo de conductos de telecomunicaciones".

2º.- AVASA considera "clientes privilegiados" aquellos que tengan firmado un contrato antes de finalizar las obras, los cuales tendrán un derecho de prioridad sobre la infraestructura, cuyas características -y especialmente el número de conductos- son fijas y no son en modo alguno en función del número de clientes y de sus peticiones particulares.

SEXTO. Títulos habilitantes de telecomunicaciones de que dispone AVASA.

A fecha de hoy, Autopista Vasco Aragonesas no dispone de ningún tipo de autorización general ni de licencia individual que le habilite para la prestación de servicios de telecomunicación o el establecimiento y explotación de redes de telecomunicación, de acuerdo con los datos que obran en los correspondientes Registros¹ públicos. Tampoco está actualmente pendiente de resolución ningún expediente de solicitud de alguno de los títulos habilitantes considerados.

¹ El Real Decreto 1652/1998 aprueba el Reglamento de los Registros especiales de Licencias Individuales y de Autorizaciones Generales, cuya llevanza corresponde a esta Comisión de acuerdo con el art.1.dos.2.n) de la ley 12/1997 de Liberalización de las Telecomunicaciones.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Sobre el régimen jurídico de los derechos de ocupación y su impacto sobre la competencia.

Es ésta una materia suficientemente tratada en Resoluciones anteriores² de esta Comisión, de manera que, sin perjuicio de resaltar ahora algunos de los aspectos peculiares de la situación creada por AVASA, resulta apropiado para evitar reiteraciones, dar por reproducidos los argumentos en ellas desarrollados en lo que se refiere al tratamiento que en Derecho comunitario y nacional se da al ejercicio de tales derechos.

Unicamente reiteraremos aquí que el principio esencial sobre el que, tanto en la legislación nacional como en la comunitaria, se asienta ese régimen de los derechos de ocupación del dominio público, es el de la supresión de derechos especiales o exclusivos y la igualdad de trato para todos los operadores en el mercado de redes de telecomunicaciones, de manera que queda prohibida la discriminación a las nuevas empresas frente a los organismos de telecomunicaciones y "otras empresas nacionales a las que se hayan concedido servidumbres de paso facilitando la instalación de sus redes de telecomunicaciones" (Directiva 96/19/CE, "plena competencia").

En caso de que haya exigencias esenciales, sobre todo en materia de protección del medio ambiente y de objetivos de ordenación urbana y rural, que se opongan a la concesión de servidumbres de paso similares a las nuevas empresas que aún no dispongan de infraestructura propia, los Estados miembros deberán al menos garantizar que estas últimas tengan acceso, cuando resulte posible desde el punto de vista técnico y en condiciones razonables, a los conductos o postes mediante una servidumbre de paso del organismo de telecomunicaciones, cuando precisen estas instalaciones para el tendido de su red. De no existir estos requisitos, los organismos de telecomunicaciones se verían inducidos a limitar el acceso a sus competidores a estas instalaciones, que son imprescindibles, y, por lo tanto, a abusar de su posición dominante. Por consiguiente, la no adopción de tales requisitos sería incompatible con el artículo 90 en relación con el artículo 86.

² Resolución de 28 de Enero de 1999 sobre la Contestación a la Consulta del Ayuntamiento de Barcelona sobre Compartición de Infraestructuras y Resolución de 4 de Marzo de 1999 sobre Contestación a la Consulta de Cable I Televisio de Catalunya sobre Compartición de Infraestructuras.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Además, de conformidad con el artículo 86 del Tratado, todos los operadores de redes públicas de telecomunicaciones que dispongan de los recursos básicos respecto de los cuales los competidores no tengan alternativas económicas deberán facilitar un acceso libre y no discriminatorio a dichos recursos.

En la misma línea, resulta más explícita sobre el asunto que nos ocupa la Directiva 97/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 1997, relativa a la interconexión en las telecomunicaciones en lo que respecta a garantizar el servicio universal y la interoperabilidad mediante la aplicación de los principios de la oferta de red abierta (ONP)".

En el Considerando 14 se dice que "el compartir infraestructuras puede resultar beneficioso por motivos urbanísticos, medioambientales, económicos u otros, y, por consiguiente, las autoridades nacionales de reglamentación deben fomentarlo sobre la base de acuerdos voluntarios que en algunas circunstancias pueden resultar adecuado imponer la obligación de compartir instalaciones, pero sólo debe imponerse a los organismos tras un procedimiento completo de consulta pública".

Ya en el articulado de la directiva, el artículo 11 titulado "Coubicación e instalaciones compartidas", dispone lo que sigue:

"Cuando un organismo que preste redes públicas de telecomunicaciones y/o servicios de telecomunicaciones accesibles al público y disfrute, con arreglo a la legislación nacional, de un derecho general a montar instalaciones en un terreno público o privado, o por encima o por debajo del mismo, o pueda beneficiarse de un procedimiento de expropiación o utilización de una propiedad, las autoridades nacionales de reglamentación procurarán que tales instalaciones y propiedad sean compartidas con otros organismos que presten redes y servicios de telecomunicaciones accesibles al público, en particular, cuando unos requisitos esenciales priven a otros organismos de alternativas de acceso viables.

Los acuerdos deoubicación o instalaciones compartidas serán normalmente objeto de acuerdo técnico y comercial entre las partes afectadas. La autoridad nacional de reglamentación podrá intervenir para solucionar litigios, según prevé el artículo 9.

En particular, los Estados miembros sólo podrán obligar a celebrar acuerdos de uso compartido de instalaciones y/o propiedad (incluida laoubicación física) transcurrido un período adecuado de consulta pública durante el cual todas las partes interesadas deben tener oportunidad de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

expresar sus opiniones. Tales acuerdos podrán incluir reglas de prorrateo de los costes de uso compartido de las instalaciones y/o de la propiedad”.

Los principios que presiden esta regulación, pueden resumirse de la siguiente manera:

- Supresión de los derechos exclusivos en el disfrute del derecho a establecer infraestructuras.
- Eliminación de discriminaciones en el otorgamiento de servidumbres o derechos de paso para la instalación de infraestructuras de telecomunicaciones.
- Derecho de acceso libre y no discriminatorio a las instalaciones del operador dominante que goce de servidumbres de paso, cuando no sea posible duplicar dichas instalaciones.
- Materialización del derecho de acceso mediante la remisión a los pertinentes acuerdos sobre uso compartido de instalaciones, una vez transcurrido un período de consulta pública.

Para completar el panorama regulatorio que se ha descrito, resulta obligada la referencia a la Comunicación de la Comisión Europea 98/C/265/02 sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones. Esta Comunicación contaba como precedente con otra Comunicación de la Comisión, sobre la misma materia, de fecha 11 de marzo de 1997.

La primera de las Comunicaciones reseñadas resulta de especial interés al presente caso por cuanto, sobre la base de la experiencia adquirida en una de las modalidades de acceso (como pueda ser la interconexión a la red pública conmutada de telecomunicaciones), sienta unos principios generales de acceso, no ya a las redes sino a las “instalaciones esenciales”³, desde la perspectiva de la normativa de competencia de la Comunidad Europea (artículos 85 y 86, fundamentalmente, del Tratado de la CEE).

Las ideas fundamentales que se plasman en la Comunicación son los que siguen:

³ La Comunicación de fecha 11 de marzo de 1997, define de la siguiente manera el concepto de instalación esencial: “instalaciones o infraestructuras que son básicas para llegar a los consumidores y/o permitir a los competidores llevar a cabo sus actividades y no pueden ser sustituidas por ningún medio razonable. Toda sociedad que controle una instalación esencial disfruta de posición dominante”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Pretensión de establecer unos principios de aplicación general, basados en las normas de competencia, que se puedan aplicar a cualesquiera problemas que puedan surgir en la fase de transición de los regímenes de monopolio a los de competencia, en lo que hace a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones.
- Atribución a las Agencias Nacionales de Regulación (ANR) de una posición de primer orden en la función de velar por el cumplimiento no sólo de los criterios resultantes de las Directivas de armonización sino para adoptar medidas que permitan una competencia efectiva (párrafo 15 de la Comunicación).
- Consideración de las normas de competencia y la normativa específica de telecomunicaciones como un conjunto coherente de medidas, de aplicación complementaria, para resolver los problemas que se presenten.
- Determinación de lo que se entiende por posición dominante en el acceso a las infraestructuras de telecomunicaciones.
- Calificación de determinadas situaciones como de abuso de posición dominante: a) cuando se deniegue el acceso en relación con un servicio en el caso de que el proveedor haya concedido acceso a otro operador (discriminación) b) denegación del acceso en relación con un servicio en el caso de que el proveedor no haya facilitado el acceso a ningún otro operador (negativa a ofrecer acceso a una instalación esencial)⁴ y c) retirada de un acceso a un cliente.
- Dilucidación de lo que se entiende por instalación esencial y los requisitos que deben concurrir para que una negativa a ofrecer acceso a la misma pueda constituir abuso de posición dominante.
- Análisis de los Acuerdos de acceso como prácticas restrictivas de la competencia (en la medida que puedan utilizarse como medio para la

⁴ Son elementos, que deben concurrir cumulativamente, para considerar en estos casos que existe abuso de posición dominante los siguientes:

- a) El acceso a la instalación es, en términos generales, fundamental para que las empresas compitan en el mercado afín.
- b) El operador dominante dispone de suficiente capacidad para facilitar el acceso.
- c) El titular de la instalación no consigue satisfacer la demanda en un mercado de servicio o producto ya existente, bloquea la irrupción de un nuevo servicio o producto potencial, o impide la competencia en un mercado ya existente o potencial de servicios o producto.
- d) La empresa que solicita el acceso está dispuesta a abonar el precio razonable y no discriminatorio fijado y, por lo demás, aceptará aquellas condiciones de acceso que no sean discriminatorias.
- e) No existe justificación objetiva para denegar el acceso



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

coordinación de precios, o reparto de mercados, por citar algunos ejemplos).

Esta aproximación completa las posibilidades de intervención en relación a las prácticas que pueda adoptar un operador dominante que goce de derechos exclusivos en el acceso a las infraestructuras idóneas para la implantación de redes, por cuanto, además de la normativa sectorial que, como hemos visto, reconoce el derecho de los operadores entrantes a exigir la compartición de infraestructuras, permite la adopción de medidas contra dicho operador dominante si abusa de su posición de dominio en el acceso o concluye acuerdos de acceso que puedan ser contrarios a la libre competencia en el mercado.

Es así que el reconocimiento de derechos de ocupación del dominio público en el ámbito de las telecomunicaciones se produce como contrapartida de la asunción de obligaciones de servicio público por parte de los operadores. En este sentido, no resultaría aceptable que se pudieran adquirir derechos de paso en el ámbito de las telecomunicaciones sin que al tiempo se asumieran obligaciones de servicio público, y esta asunción –como correlativa a la obligación que al respecto se produce en las normas aplicables- se produce inicialmente en el marco que ofrece la licencia.

Esta vinculación entre derechos de ocupación del dominio público y asunción de obligaciones de servicio público no es exclusiva del sector de las telecomunicaciones, sino que se da también en otros sectores como puede ser el propio sector eléctrico y se justifica en la necesidad de facilitar la prestación de determinados servicios que se consideran de interés general mediante el reconocimiento de un derecho genérico a ocupar el dominio público, para poder realizar las instalaciones e infraestructuras que permitan prestar ulteriormente esos servicios.

Así viene a disponerlo la disposición adicional sexta de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 93/38/CEE y 92/13/CEE, a cuyo tenor:

“Todos los operadores, debidamente habilitados, que instalen redes de telecomunicaciones o presten servicios de telecomunicaciones tendrán, a estos efectos, los mismos derechos en relación con la ocupación del dominio público o de la propiedad privada, en los términos establecidos en la Ley General de Telecomunicaciones y en sus normas de desarrollo, con independencia de que realicen cualquier otra actividad adicional”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De este precepto se desprende que la adquisición y ejercicio de derechos de ocupación del dominio público o privado, con el objetivo de instalar redes o prestar servicios de telecomunicaciones, deberá realizarse en los términos establecidos en la Ley General de Telecomunicaciones y normas de desarrollo, en las cuales se vincula esa adquisición y ejercicio en el marco de una licencia.

Esta disposición que comentamos viene a ratificar el principio de igualdad de trato entre operadores de telecomunicaciones, aunque esos operadores se dediquen a realizar otra actividad, incluso como principal, cual puede ser la explotación de autopistas.

Es preciso resaltar la razón de ser última de tal régimen, que no es otra que garantizar la igualdad de condiciones de los operadores respecto del ejercicio de unos derechos, los de ocupación, limitados por razones de interés general en muchos casos, y cuyo disfrute es tratado por la legislación sectorial de telecomunicaciones con mecanismos que evitan que se convierta en germen de posiciones indebidamente privilegiadas proscritas por la legislación comunitaria y nacional.

La afirmación anterior es especialmente relevante respecto de las empresas que, al amparo de los objetivos de interés público que están obligadas a cubrir, han recibido y disfrutan de derechos especiales o exclusivos en ciertas áreas de actividad conceptuadas como de interés económico general, y cuya sustracción al régimen sectorial si participan con su actividad en el sector de telecomunicaciones, daría lugar a un ejercicio privilegiado de estas actividades sin el control que permiten la aplicación de las obligaciones exigibles al resto de operadores de telecomunicaciones. Los derechos de ocupación para la instalación y explotación de redes de telecomunicaciones tienen y son al tiempo contrapartida de las obligaciones de servicio público que se imponen en la legislación de telecomunicaciones a los operadores, y su ejercicio está sujeto a condiciones que garanticen la igualdad de estos operadores en su ejercicio, especialmente a través de la figura de la compartición. Permitir que derechos reconocidos y ejercidos e infraestructuras creadas para el servicio propio del concesionario de una autopista, se trasvasen incondicionalmente al ámbito de las telecomunicaciones implicaría crear unas posiciones privilegiadas que son definitivamente distorsionadoras de la competencia.

La legislación comentada viene a ratificar el principio de igualdad de trato entre operadores de telecomunicaciones, aunque esos operadores se dediquen a realizar otra actividad, como la construcción y explotación de vías públicas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Aún más, la actual propuesta de Directiva Marco que habrá de sustituir a las Directivas hoy vigentes, contiene una previsión específica en su art. 10 indicando que "los Estados miembros aseguran que los procedimientos para garantizar los derechos a realizar instalaciones sobre, propiedad pública o privada, por encima o por debajo de ella, están disponibles para todos los proveedores de redes públicas de telecomunicaciones sobre la base de condiciones y términos transparentes y públicamente disponibles, aplicados sin discriminación y sin retraso". (*La traducción es nuestra.*)

Segundo.- Calificación de las actividades de AVASA y necesidad de título habilitante.

Del documento de oferta de AVASA se deduce que la empresa se encuentra en dos supuestos. Por una parte ofrece capacidad en tubos y fibra óptica a terceros y por otra parte reconoce poseer una red interna de telecomunicaciones que utiliza en autoprestación.

En lo que a la autoprestación se refiere, es necesario tener en cuenta que los servicios de telecomunicación que se desarrollan se prestan dentro de la empresa exclusivamente, por lo tanto, la red creada por AVASA, en la que se soportan, tiene la consideración de "privada" en tanto que en ella no se prestan servicios disponibles al público. (Anexo de la Ley General de Telecomunicaciones)

En estas circunstancias, el título habilitante que se adapta a esta situación es la autorización general de tipo B⁵ que "habilita para el establecimiento y explotación de redes privadas".

No obstante, cuando los servicios en autoprestación se soporten en una red privada radioeléctrica será necesaria la obtención de una licencia individual (art. 15 de la L.G.T.) de las previstas en el capítulo IV de la Orden de 22 de septiembre de 1.998 por el que se regula el régimen aplicable a las licencias individuales. Sin embargo, este no es el caso en el supuesto objeto de estudio puesto que la infraestructura que tiene AVASA utiliza fibra óptica.

Tan solo están exentos de la necesidad de la autorización general citada las Administraciones Públicas o Entes Públicos de ellas dependientes, incluso cuando estas redes privadas sean radioeléctricas (art. 7.3 de la Ley General de Telecomunicaciones). Avasa es una entidad jurídico-privada.

Frente a la autoprestación, nos encontramos con que AVASA utiliza su infraestructura sobrante para prestar servicios a terceros. En estos casos

⁵ Orden de 22 de Septiembre de 1.998 por la que se regula el régimen aplicable a las autorizaciones generales.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

además de la autorización de tipo B es necesario obtener un nuevo título que ampare la prestación de servicios a terceros, sin que, en este supuesto, ni siquiera la posible naturaleza pública del prestador, aunque este no es el caso, le exima de esta obligación (art. 7.3 de la L.G.T.)

En este caso, la actividad de AVASA se debe desarrollar al amparo de una licencia individual de tipo C1 o B1, que permite establecer una red pública de telecomunicaciones y explotarla. Esta explotación comprende no solo la posibilidad de alquilar capacidad de transmisión sino también la de alquilar la llamada “fibra oscura”.

La fibra óptica aisladamente considerada no constituye una red de telecomunicación, pero sí es uno de los elementos que la integran y no tiene otro uso que no sea el de servir junto con otros a la creación de una red de telecomunicaciones⁶. Así lo ha confirmado por otra parte la Audiencia Nacional en sentencia de 1 de marzo de 2000⁸.

En consecuencia, AVASA, para ejercitar los derechos de paso que se reconocen legalmente, si desea instalar líneas y equipos para su explotación como infraestructura de telecomunicaciones, deberá contar con la oportuna licencia individual en la que se le reconozcan genéricamente los derechos de ocupación del dominio público y privado. Además, deberá cumplir el resto de exigencias de la normativa de telecomunicaciones para la ocupación concreta del bien de dominio público (arts. 44 a 46 de la LGT; arts. 44 a 47 del Reglamento del Servicio Universal⁷).

Cuando se ejercitan derechos de paso, reconocidos por legislaciones especiales, para la instalación de equipos y líneas de telecomunicaciones a fin de destinarlos al servicio propio de explotación, no serían extensibles los razonamientos anteriores y, por tal razón, AVASA, podría ejercitar esos derechos sin limitación alguna desde el punto de vista de la normativa de telecomunicaciones, siendo sólo exigible la Autorización general de tipo B antes mencionada. Por consiguiente, no podría ocupar el dominio público o la propiedad privada con la finalidad de instalar una red o prestar servicios de telecomunicaciones que no fueran en autoprestación amparándose en aquellos derechos que le correspondan en razón de que se realice cualquier otra actividad distinta a las telecomunicaciones. Si AVASA utiliza sus redes de telecomunicaciones no sólo en régimen de autoprestación, sino también frente

⁶ De acuerdo con el anexo de la LGT, se entiende por red de telecomunicaciones “los sistemas de transmisión y cuando proceda, los equipos de conmutación y demás recursos que permitan la transmisión de señales entre puntos de terminación definidos mediante cable o medios ópticos o de otra índole.”

⁷ Aprobado por el Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

a terceros necesitará, además, obtener una licencia de tipo B1 o C1, y solicitar que se declare el derecho de ocupar el dominio público o la propiedad privada, comprometiéndose a asumir las obligaciones de servicio público que les sean impuestas, conforme a lo establecido en el artículo 26.3 de la Orden de Licencias.

Por otro lado, la justificación de la licencia B1 o C1 como única vía posible para que los operadores de viales puedan explotar la red o parte de sus elementos instalados haciendo uso de derechos de ocupación reconocidos por otras normas sectoriales, reside en que la LGT sólo reconoce derecho de ocupación a estas categorías de títulos habilitantes.

Por último, el artículo 8.2 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, según la redacción dada por la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, incorpora la posibilidad de que las empresas concesionarias de autopistas puedan, *“por sí o a través de empresas filiales o participadas, y en los términos y de acuerdo con el procedimiento que reglamentariamente se determine, realizar las actividades que en relación a infraestructuras de transporte y de comunicación le sean autorizadas”*.

Dicha modificación de los preceptos de la ley reguladora de las concesiones de autopistas permitió la ampliación del objeto social de las sociedades concesionarias. Sin embargo, y a diferencia de lo que sostiene AVASA en su cuaderno de ventas, esta modificación no supone que estén habilitadas, sin más, para prestar servicios de telecomunicaciones ni establecer o explotar redes. Dichas actividades han de serle autorizadas de acuerdo con la normativa sectorial vigente, que no es otra que la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones y legislación de desarrollo. Por tanto, a la luz de dicho precepto, AVASA deberá cumplir con las condiciones y requisitos establecidos con relación, como anteriormete se expuso, a los títulos habilitantes necesarios para el establecimiento y explotación de redes públicas de telecomunicaciones

Tercero. Sobre la situación de discriminación respecto del resto de titulares de derechos de paso.

Teniendo en cuenta el régimen jurídico descrito y el tipo de actividades que AVASA se propone realizar, no puede dejar de señalarse que presentan una identidad de objeto con las desarrolladas por el resto de entidades que tienen atribuidos derechos especiales o exclusivos en sectores de actividad considerados de interés general tales como empresas eléctricas, concesionarios de las redes de Metro, concesionarios en el sector gasístico, empresas todas titulares actualmente de las oportunas licencias de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

telecomunicaciones que amparan la utilización de los derechos de paso, originalmente obtenidos para la finalidad propia de la concesión de que disfrutaban, para su explotación a terceros en el mercado de las telecomunicaciones.

Frente a todas ellas, AVASA estaría operando sin la asunción de ninguna de las obligaciones que como operador en el mercado de telecomunicaciones le corresponden y trasladando por tanto el beneficio de los derechos exclusivos de que disfruta en el ámbito de las infraestructuras de transporte por carretera al de las telecomunicaciones con el consiguiente perjuicio y distorsión de las condiciones de competencia en el mismo.

Cuarto. Competencia para el otorgamiento de los títulos a los que se refiere el apartado anterior

Como quiera que en el cuaderno de ventas de AVASA se afirma que dispone de las autorizaciones administrativas(Dirección General de Carreteras) pertinentes para la construcción y explotación de una red de telecomunicaciones, parece conveniente señalar que sin perjuicio de las competencias del titular del dominio público viario (Dirección General de Carreteras), el desarrollo de actividades de telecomunicación pasa por la obtención de alguno de los títulos descritos en el Fundamento de derecho anterior cuya otorgamiento corresponde, en el caso que nos ocupa y por no ser necesario el concurso, a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (art1.dos.2.b) de la Ley de liberalización de las Telecomunicaciones).

Quinto. Sobre la infracción del régimen de títulos habilitantes.

De acuerdo con el Antecedente de hecho tercero de este escrito, la entidad AVASA carece de título habilitante para la prestación de servicios de telecomunicaciones. La infracción que supuestamente habría cometido de quedar probados los extremos recogidos en el antecedente segundo, sería la tipificada como infracción muy grave en el artículo 79.1 de la LGT, consistente en *"La realización de actividades o la prestación de servicios de telecomunicaciones sin título habilitante cuando sea legalmente necesario"*, o la que tipifica como infracción grave el artículo 80.5 de la misma ley: *"La realización de actividades en el ámbito de las telecomunicaciones, sin título habilitante cuando sea legalmente necesario (...), siempre que las referidas conductas, no constituyan infracción muy grave, de acuerdo con lo establecido en el artículo 79.1."*

El artículo 84.1 de la LGT prevé que corresponde la competencia sancionadora a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, cuando se trate de infracciones muy graves, graves o leves derivadas del



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

incumplimiento de las resoluciones, instrucciones y requerimiento de ella emanados, de acuerdo con la normativa reguladora de su actividad. En el mismo sentido, se expresa el artículo 1.Dos.2.l de la Ley de Liberalización de las Telecomunicaciones que atribuye a la Comisión el ejercicio de la potestad sancionadora por el incumplimiento de las instrucciones dictadas para salvaguardar la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones y de los acuerdos y resoluciones que adopte en ejecución de las funciones públicas que se le atribuyen; así como por el incumplimiento de los requerimientos de información formulados por la Comisión en el desarrollo de sus funciones.

Por su parte, el apartado 2 del citado artículo 84 de la LGT, atribuye la competencia para la imposición de sanciones a la Administración General del Estado cuando se trate de infracciones a las normas reguladoras de las telecomunicaciones no incluidas en el párrafo anterior relativo a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

En atención a lo anterior, cabe concluir que no le corresponde a esta Comisión el ejercicio de la potestad sancionadora en el presente caso, ya que de existir infracción sancionable, no se derivaría del incumplimiento de sus resoluciones, instrucciones o requerimientos, siendo por tanto competente la Administración General del Estado, conforme se determina en el citado artículo 84 de la LGT.

Por otro lado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.Dos.2.m de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones está facultada para denunciar ante los servicios de inspección de las telecomunicaciones del Ministerio de Fomento (hoy Ministerio de Ciencia y Tecnología, de conformidad con los Reales Decretos 557/2000, de 27 de abril, de reestructuración de los Departamentos ministeriales y 696/2000, de 12 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica básica del Ministerio de Ciencia y Tecnología), todas aquellas conductas contrarias a la legislación de ordenación de las telecomunicaciones cuando no le corresponda el ejercicio de la potestad sancionadora.

Sexto. Sobre la conducta contraria a la libre competencia.

De la descripción de hechos que se realiza en la primera parte de la presente Resolución resultaría además que la explotación de los derechos de ocupación, e infraestructuras construidas sobre ellos, por AVASA podría suponer una vulneración de la libre competencia en un doble ámbito:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- el ya señalado de disfrute de una posición injustificadamente privilegiada en relación con el resto de titulares de derechos de ocupación e infraestructuras de telecomunicaciones;
- la explotación abusiva de los derechos exclusivos de que disfruta en un ámbito distinto de las telecomunicaciones evitando la aplicación de las previsiones contenidas en la regulación sectorial, en particular, todo lo referido a la compartición de infraestructuras y derechos de ocupación, de importancia vital para los operadores de redes de telecomunicaciones.

De acuerdo con el art. 1 Dos 2 de la Ley 12/1997, la CMT tiene por objeto salvaguardar las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones , para lo que, entre otras, tienen atribuida la función de "Adoptar las medidas necesarias para salvaguardar el acceso a las redes de telecomunicaciones".

Por lo tanto:

- El desempeño de actividades de telecomunicaciones sin el título habilitante que fuere preceptivo es una conducta cuya sanción, conforme a lo establecido en los artículos 79.1, 80.5 y 84.2 de la Ley General de Telecomunicaciones, es competencia de la Administración General del Estado. La competencia para resolver la cuestión planteada no corresponde a esta Comisión, conforme a lo determinado en la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, y en la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones.
- La Comisión es competente, conforme a la previsión del artículo 1.Dos.2.m de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, para denunciar ante los servicios de inspección de las telecomunicaciones del Ministerio de Fomento (hoy Ministerio de Ciencia y Tecnología, de conformidad con los Reales Decretos 557/2000, de 27 de abril, de reestructuración de los Departamentos ministeriales y 696/2000, de 12 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica básica del Ministerio de Ciencia y Tecnología) las conductas que pudiera constituir infracción prevista en la Ley General de Telecomunicaciones cuando no le corresponda el ejercicio de la potestad sancionadora.
- La CMT es competente para adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la competencia en el acceso a las redes e infraestructuras de telecomunicaciones.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

RESUELVE

Respecto a la conducta de AVASA consistente en el desempeño de actividades de telecomunicaciones sin el título habilitante que fuere preceptivo:

PRIMERO.- Proceder a la denuncia de la conducta ante los servicios de inspección de telecomunicaciones del Ministerio de Fomento (hoy Ministerio de Ciencia y Tecnología, de conformidad con los Reales Decretos 557/2000, de 27 de abril, de reestructuración de los Departamentos ministeriales y 696/2000, de 12 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica básica del Ministerio de Ciencia y Tecnología), conforme a la previsión del artículo 1.Dos.2.m de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, por existir indicios de una conducta que pudiese constituir infracción sancionable.

SEGUNDO.- Abrir expediente para la adopción de medidas destinadas a salvaguardar la libre competencia en el mercado de telecomunicaciones.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el Artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Contra la presente resolución, que constituye un acto de trámite, no cabe recurso alguno, sin perjuicio del derecho de los interesados, conforme al artículo 107.1 de la LRJPAC, de alegar lo que consideren oportuno para su consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento.

EL SECRETARIO,

Vº. Bº. EL PRESIDENTE,

José Giménez Cervantes.

José María Vázquez Quintana.