



Roj: **SAN 3747/2014** - ECLI: **ES:AN:2014:3747**

Id Cendoj: **28079230082014100568**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **24/09/2014**

Nº de Recurso: **680/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **MERCEDES PEDRAZ CALVO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Madrid, a veinticuatro de septiembre de dos mil catorce.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº **680/12**, que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ha promovido la Procuradora **Sra. Albi Murcia** en nombre y representación de **LEBRIJA T.V. S.L.** contra la resolución de fecha 13 de julio de 2012, dictada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, representada por el Sr. Abogado del Estado, siendo codemandada **TELEFONICA DE ESPAÑA SAURANCE TELECOM ESPAÑA S.A.U.** representada por el Procurador Sr. Lanchares Perlado en materia de acuerdo de compartición de infraestructuras, con una cuantía indeterminada y siendo Magistrado Ponente **D^a MERCEDES PEDRAZ CALVO**.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el recurrente expresado se interpuso recurso contencioso-administrativo, mediante escrito presentado el 22 de octubre de 2012, contra la resolución antes mencionada.

Por Providencia de 28 de noviembre de 2012 la Sala acordó la admisión a trámite con reclamación del expediente administrativo.

Se persona en concepto de codemandada TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.U.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó demanda, mediante escrito presentado el 18 de octubre de 2012, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando dicte sentencia por la cual, estimando el recurso se anule la resolución recurrida.

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso.

Por la codemandada se presentó escrito el día 24 de julio de 2013 en el cual, tras exponer cuantos fundamentos de hecho y de derecho consideró de aplicación, terminó suplicando la desestimación del recurso.

CUARTO.- La Sala dictó auto acordando recibir a prueba el recurso, practicándose la documental y la pericial, a instancias de la actora con el resultado obrante en autos.

Las partes, por su orden, presentaron sus respectivos escritos de conclusiones, para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

QUINTO.- Por Providencia de esta Sala, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 17 de septiembre de 2014, en el que se deliberó y votó, habiéndose observado en la tramitación las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en las presentes actuaciones resolución de la COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES (CMT) de 13 de julio de 2012 por la que se acuerda:

"Telefonica de España SAU y Lebrija TV S.L. deberán en el plazo de 20 días hábiles a partir de la fecha de la presente resolución, hacer efectiva la formalización por escrito del acuerdo de uso compartido de infraestructuras en el que se deberán incluir las condiciones económicas establecidas en el presente informe, debiendo asimismo enviar copia del acuerdo a esta Comisión en el plazo de 20 días hábiles desde su formalización".

SEGUNDO.- El punto de partida de la resolución administrativa combatida en este recurso es que "concorre el presupuesto previsto en el artículo 30 de la LGTel en cuanto que existe una obligación de uso compartido adoptada por una Administración competente sobre la base de sus competencias de disciplina urbanística".

Se refiere a las resoluciones del Ayuntamiento de Lebrija según las cuales:

a) para la ocupación efectiva de las canalizaciones la ahora actora "deberá informar de la necesidad que para ocupar los conductos subterráneos de propiedad municipal debe presentar un escrito indicando en concreto qué tramos desea cubrir. Una vez notificado al Ayuntamiento, este contestará con la disponibilidad de canalización en dichos tramos o calles".

b) los servicios técnicos municipales (20-VI-2008) informan la autorización a la recurrente del uso compartido de la infraestructura de telecomunicaciones existente en los sectores de UR-1 "Las Carrascosas", UR-4 "Avefría", UR5 Pago Dulce, UR6 Los Tollos, UR8 Cuesta Belen, UR9 El Ejido, UR10 Camino de Jerez, UR12 Loma de Overo, y UR 13 Loma de Overo II y en uso por Telefónica .

c) el Ayuntamiento notifica a Lebrija TV y a Telefónica la necesidad de compartir las infraestructuras ahora en conflicto.

Las infraestructuras objeto del conflicto son arquetas y conductos que las comunican.

Tales infraestructuras se construyeron durante la fase de urbanización por el respectivo promotor inmobiliario. Telefónica participó en la dotación de las mismas mediante distintos Convenios firmados con los promotores urbanísticos. Es sobre la base de estos convenios que Telefónica, según la CMT, ostenta un derecho de uso sobre las mismas.

Sobre la determinación de los costes de infraestructuras soportados por Telefónica la resolución de la CMT establece:

La contraprestación económica deberá calcularse exclusivamente en atención al coste que haya soportado Telefónica en el momento de la construcción de la respectiva infraestructura.

Por eso excluye gastos de asesoramiento y gastos de mantenimiento de la infraestructura.

Distingue la resolución impugnada entre:

a) convenios de aportaciones ajenas con el promotor inmobiliario. Son obras en las que el promotor paga la obra civil y Telefónica los materiales telefónicos. En este caso se establece el derecho/obligación al cobro/pago de una cantidad económica por los conductos y por las arquetas ocupadas por la recurrente.

Así ocurre en las siguientes urbanizaciones:

U. Huerta Macenas

U Polideportivo

UR4 Avefría

UR6 Los Tollos

UR9 Aceituno

U. Camino de Jerez

UR1 Las Carrascosas

b) lugares donde Telefónica no aporta los convenios con los promotores pero si las facturas de los materiales que abonó. En este caso se reconoce el derecho de Telefónica a repercutir los gastos.

Así ocurre en las siguientes urbanizaciones:

U Huerta Parpagón

UR5 Pago Dulce



c) lugares donde Telefónica suscribió un convenio de cesión gratuita con los promotores. Estos pagaron toda la obra, y Telefónica no tiene derecho a compensación.

Así ocurre en las siguientes urbanizaciones:

UR8 Cuesta Belén

UR13 Loma de Overo II

d) urbanizaciones donde Telefónica no acredita ni gastos ni convenios. No se le reconoce derecho a compensación económica alguna.

Así ocurre en las siguientes urbanizaciones:

U. Recreo Don Ramon I y II

U. San Benito I y II

U Morache

U Ceret Pago Dulce

UR12 Loma de Overo I.

En resumen, Telefónica será compensada por gastos a) y b) en determinadas urbanizaciones que son:

U. Huerta Macenas

U Polideportivo

UR4 Avefría

UR6 Los Tollos

UR9 Aceituno

U. Camino de Jerez

UR1 Las Carrascosas

U Huerta Parpagón

UR5 Pago Dulce.

Dado que no se ha acreditado cuando ocupó LEBRIJA las instalaciones, las partes deberán ponerse de acuerdo sobre estas bases:

1) a partir del 20 de noviembre de 2007 fecha en que Telefónica puso demanda de juicio verbal para recobrar la posesión

U. Huerta Macenas

U Polideportivo

U Huerta Parpagón

UR5 Pago Dulce

2) a partir del 14 de julio de 2008 fecha en que el Ayuntamiento de Lebrija notifica a Telefónica que ha decidido permitir a Lebrija TV el uso compartido de las siguientes infraestructuras

UR1 Las Carrascosas

UR4 Avefría

UR6 Los Tollos

UR9 Aceituno

3) a partir del 22 de enero de 2009 fecha en que se aprobó la resolución de los mercados 4 y 5

U. Camino de Jerez

La resolución determina los precios a aplicar:

1) antes de la entrada en vigor de la resolución de los mercados 4 y 5 CMT

I CONDUCTOS

Por las similitudes entre uno y otro supuesto, los precios vigentes en la OBA para el tendido de cable externo. 0,17 euros mensuales por metro de conducto resultando una cuota anual de 2,04 euros metro.

II ARQUETAS

Por las similitudes entre uno y otro supuesto, los precios vigentes en la OBA para el tendido de cable externo 2,36 euros por arqueta y mes, 28,32 euros por arqueta año

III MANTENIMIENTO PREVENTIVO

A falta de acuerdo, reparto al 50% en el conducto y en la arqueta.

IV MANTENIMIENTO CORRECTIVO

Cada operador deberá abonar los gastos de reparación cuando cause desperfectos al otro, y reparar lo más rápido posible.

2) *despues de la entrada en vigor de la resolución de los mercados 4 y 5 CMT*

Precios de referencia fijados en la OFERTA MARCO.

TERCERO- La actora está en desacuerdo con la resolución impugnada básicamente en dos aspectos: considera que no debe abonar cantidad alguna, y en caso de que tenga que abonarla en ningún caso está conforme con las sumas fijadas por la Administración.

En cuanto a la cuestión relativa al título jurídico, y a la justificación derivada del abono de las tasas municipales, el Abogado del Estado recuerda, y debe expresamente reiterarse, que esta Sala en la sentencia dictada el día 22 de mayo de 2012 rec. 747/2009 en el que se impugnó una resolución de la CMT en materia de ocupación de infraestructuras, y se analizaba la resolución de 14 de mayo de 2009, razonó como sigue:

"El Tribunal comparte los fundamentos de la resolución de 1 de octubre de 2009, decisoria de la reposición, en el sentido de resultar irrelevante, a efectos de acordar el uso compartido de las infraestructuras y para fijar las condiciones económicas de dicha compartición, el título jurídico (o, justamente al contrario, la carencia de éste) que TELEFÓNICA pueda ostentar sobre las canalizaciones y demás infraestructuras existentes en el dominio público municipal.

También es irrelevante, con independencia de aquel título, si TELEFÓNICA ostentaba cuanto menos la posesión de aquellas infraestructuras cosa que, como hemos visto, sigue ésta defendiendo en sus argumentos defensivos en el presente recurso.

La complejidad de la cuestión, a la postre, queda en buena medida disipada si se repara en que las cantidades que la COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES fija no han sido establecidas "por compartir" infraestructuras sino "con ocasión de compartir" infraestructuras. Si estuviéramos ante el primero de estos casos ciertamente la premisa de la titularidad de las infraestructuras de cuya compartición se trata pasaría a un primer plano y también lo haría una cierta percepción subjetiva de injusticia pues se obligaría al pago por compartir algo que no es de aquél al que se ha de pagar.

Pero, como decimos, no es éste el caso sino la decisión, bien distinta, de que "con ocasión" de acordar la compartición de aquellas infraestructuras, se actúa una decisión regulatoria que tiene por objeto evitar que una de las operadoras se beneficie de los gastos que otra operadora afrontó.

La necesidad y oportunidad de emitir una decisión regulatoria en la materia queda claramente puesta de manifiesto en la resolución de 1 de octubre, resolutoria del conflicto, en la que se indicaba:

«No es baladí la cuestión relativa a la contraprestación económica que los operadores alternativos entrantes, que soliciten acceso 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».

La cuestión litigiosa, la ubicación compartida y el uso compartido de la propiedad pública y privada, está regulada por la Ley General de Telecomunicaciones del año 2003 en los siguientes términos:

"Artículo 30 Ubicación compartida y uso compartido de la propiedad pública o privada

2. *Cuando los operadores tengan derecho a la ocupación de la propiedad pública o privada y no puedan ejercitar por separado dichos derechos, por no existir alternativas por motivos justificados en razones de medio ambiente, salud pública, seguridad pública u ordenación urbana y territorial, la Administración competente en dichas materias, previo trámite de información pública, acordará la utilización compartida del dominio público*



o la propiedad privada en que se van a establecer las redes públicas de comunicaciones electrónicas o el uso compartido de las infraestructuras en que se vayan a apoyar tales redes, según resulte necesario.

3. El uso compartido se articulará mediante acuerdos entre los operadores interesados. A falta de acuerdo, las condiciones del uso compartido se establecerán, previo informe preceptivo de la citada Administración competente, mediante Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. *Dicha resolución deberá incorporar, en su caso, los contenidos del informe emitido por la Administración competente interesada que ésta califique como esenciales para la salvaguarda de los intereses públicos cuya tutela tenga encomendados.*"

En este caso existe una obligación de uso compartido adoptada por el Ayuntamiento de Lebrija, según informe remitido en su día a la CMT por este y obrante en el expediente.

Pero el art. 30 reproducido igualmente atribuye a la CMT la competencia para determinar las condiciones en que tal uso compartido se va a llevar a cabo a falta de acuerdo entre los operadores sobre la determinación de dichas condiciones.

Esta regulación impone llegar a la misma conclusión que alcanza la resolución impugnada: no basta con que el Ayuntamiento efectúe la declaración de uso compartido y se paguen las tasas. Es necesario para ocupar una infraestructura sita en el dominio público que ya esté ocupada por otro operador que los operadores implicados se pongan de acuerdo. Y la CMT en el ejercicio de las facultades que le otorga el ordenamiento jurídico, y que no son negadas o combatidas por la recurrente, procede a establecer las condiciones económicas de la compartición.

En el expediente administrativo ha quedado acreditado el distinto nivel de participación de Telefónica en la ejecución de las obras de las infraestructuras litigiosas, unas veces presentando los convenios correspondientes, otras aportando las facturas de los gastos incurridos en la realización de las infraestructuras.

CUARTO - Una vez establecida la competencia de la CMT y la procedencia de su actuación, y determinadas las infraestructuras afectadas, procede valorar la alegación de la actora según la cual las sumas fijadas por la Administración serían improcedentes, excesivas, y que dan lugar al enriquecimiento injusto de Telefónica.

Es preciso recordar que Telefónica denunció la "ocupación de hecho de infraestructuras" de su titularidad por la ahora demandante. Que la jurisdicción civil desestimó el interdicto antes formulado por entender que no hubo despojo de la posesión.

Pese a constatarse la ocupación denunciada, la ahora recurrente negó sistemáticamente ocupar infraestructuras de Telefónica, alegando que se trata de infraestructuras públicas sobre la base de que terminado cualquier proceso urbanizador, las instalaciones y dotaciones de servicios deben ser cedidas o revertir a la Administración, razón por la que la empresa recurrente paga tasas al Ayuntamiento (escrito de alegaciones ante la CMT pag. 2).

Ya entonces alegaba que Telefónica pretende lucrarse con la operación, cobrando un precio excesivo por el tubo de canalización para telefonía.

Telefónica contestó que su derecho de uso sobre las infraestructuras afectadas está establecido en la Resolución de la CMT de 19 de noviembre de 2009 sobre el análisis de la oferta de acceso a conductos y registros de Telefónica de España S.A y su adecuación a los requisitos establecidos por la CMT.

La resolución impugnada previa valoración de los hechos, y ante la imposibilidad de establecer los costes concretos de Telefónica en la realización de las infraestructuras litigiosas, establece un método que permite valorar el conjunto de indicadores recogidos en anteriores resoluciones de la Administración encargada de regular el mercado en cuestión, como son las resoluciones del mercado 4 y del mercado 5. O utiliza métodos de comparación o estimativos.

La CMT ha utilizado los mismos criterios que en supuestos similares anteriores, con cita de antiguos expedientes, uno de los cuales, el que concluyó con la resolución de 14 de mayo de 2009 fue confirmado por la sentencia de esta Sala anteriormente citada, de 22 de mayo de 2012 .

La justificación de la utilización de los precios vigentes en la OBA para el tendido de cable externo para las ocupaciones anteriores a la resolución que reguló los mercados 4 y 5 se encuentra en el hecho de que el referido tendido de cable no puede ser contratado por un operador que solicita el acceso al bucle desagregado o compartido de Telefónica cuando los equipos del operador no se ubican en el mismo lugar donde está situado el repartidor principal de Telefónica. Si la opción que efectúa el operador para tal tendido es instalarlo utilizando las canalizaciones y arquetas de Telefónica esta tiene derecho a cobrar por el servicio.



La CMT, ha considerado, y la Sala considera que se trata de un criterio razonable, jurídicamente correcto y motivado, que hay una evidente similitud entre el tendido de cable externo y la ocupación litigiosa: en ambos casos se comparten infraestructuras ocupadas ya por Telefónica, y se instalan en los mismos cables.

Para el supuesto en que las infraestructuras litigiosas se ocuparon tras la aprobación de la resolución de la CMT sobre los mercados 4 y 5, se considera más ajustado tomar como referencia los precios fijados en la Oferta Marco, dado que allí, a través de la contabilidad de costes de Telefónica se fijó un marco de referencia que obliga a esta a compartir sus infraestructuras de la red de acceso con orientación a costes.

La actora sustenta su tesis en un informe pericial de parte: dicho informe comienza calificando los resultados obtenidos por la CMT como "desproporcionados y erróneos", señalando que no solo no se compensa la inversión real sino que se trata de una estrategia para dificultar la presencia de la competencia en la zona y para lucrarse.

Declaran los peritos que no saben si la documentación es exhaustiva, e incluso que es de "mas que dudosa validez legal" pero la aceptan como válida.

Concluyen que la CMT debe garantizar la libre competencia. Que las cifras establecidas por acuerdo entre las partes, en ejecución de la resolución impugnada son desproporcionadas a la vista de la inversión real efectuada por Telefónica, y aportan las cifras que estiman correctas.

Es preciso recordar que donde Telefónica pedía una cifra de 9,5 euros de pago único por metro de conducto se ha establecido en 0,17 euros metro.

Este informe pericial no razona por qué el método utilizado por la CMT es incorrecto, limitándose a efectuar alegaciones generalizadas a las que no acompaña razonamiento alguno sobre el supuesto hecho de es la propia Administración a la que la ley encomienda la defensa de la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, la que con el establecimiento de los precios litigiosos la obstaculiza.

La ley 32/2003 vigente en las fechas relevantes establece el objetivo de fomentar la competencia efectiva en los mercados de las telecomunicaciones y en particular en la explotación de las redes y la prestación de los servicios. Aceptar la tesis de la prueba pericial de la actora equivaldría a concluir que solo se respeta la libre competencia cuando se reparten al 50% los costes que la propia interesada determina como si se tratase de la adquisición de un producto en el mercado cuando en este caso, como recuerda la codemandada, existe una regulación estatal en materia de telecomunicaciones. Y esta es la regulación de los precios de la OBA para el tendido de cable externo y los precios establecidos en la oferta del servicio mayorista de acceso a registros y conductos o Marco.

Estos son los precios regulados para un sector regulado y por tanto los que deben tomarse en consideración para efectuar un cálculo y obtener cifras en una situación como la que se encuentra en el origen de este litigio. Y no los precios de cables, codos, conductos etc. de la Consejería de Obras Públicas de la Junta de Andalucía.

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del presente recurso y la confirmación, en los extremos objeto de este litigio, de la resolución impugnada.

QUINTO -. Deben imponerse las costas de este recurso a la parte actora que ha visto totalmente desestimadas sus pretensiones, de conformidad con lo dispuesto en el art. 139 de la Ley Jurisdiccional . Siendo de aplicación la redacción posterior a la reforma de la ley jurisdiccional en materia de costas procesales, pues se publicó en el BOE de 11 de octubre de 2011, señalando su Disposición Final que entraría en vigor a los veinte días de dicha publicación, y este recurso se interpuso el día 22 de octubre de 2012.

En atención a lo expuesto la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

FALLAMOS

Que debemos **DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS** el recurso de contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **LEBRIJA T.V. SL.** contra la Resolución dictada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el día 13 de julio de 2012 descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos por ser conforme a derecho. Con condena a la parte actora al pago de las costas.

Así, por esta nuestra Sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma no cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985 , y testimonio de la cual será remitido al Juzgado de origen a los efectos legales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.