

Resolución relativa al recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España S.A.U contra la Resolución de 26 de septiembre de 2013 por la que se resuelve el conflicto de compartición presentado por la entidad Telefónica de España, S.A.U. frente a la entidad Tele Satélite Mazarrón, S.L. concerniente a la ocupación de determinadas infraestructuras situadas en el municipio de Mazarrón (AJ 2013/2145).

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA DE LA CNMC

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D^o Eduardo García Matilla.

D^o Josep María Guinart Solá.

D^a Clotilde de la Higuera González.

D^o Diego Rodríguez Rodríguez.

Secretario de la Sala

D. Tomás Suárez-Inclán González, Secretario del Consejo

En Barcelona, a 17 de diciembre de 2013

Visto el expediente relativo al recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España, S.A., contra la Resolución de 26 de septiembre de 2013 por la que se resuelve el conflicto de compartición presentado por la entidad Telefónica de España, S.A.U. frente a la entidad Tele Satélite Mazarrón, S.L. concerniente a la ocupación de determinadas infraestructuras situadas en el municipio de Mazarrón, la SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA, en su sesión núm. 11/2013, acuerda lo siguiente:

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Escrito de solicitud presentado por Telefónica de España, S.A.U. contra Tele Satélite Mazarrón, S.L.

Con fecha 28 de septiembre de 2012, tuvo entrada en el Registro de la extinta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT) escrito de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU), en virtud del cual planteaba un conflicto de uso compartido de infraestructuras frente a la entidad Tele Satélite Mazarrón, S.L. (TSM) ante

la ocupación por ésta de determinada infraestructura de Telefónica sita en el municipio de Mazarrón, sin tener en cuenta la regulación vigente en la materia.

En prueba de lo anterior TESAU remitió la siguiente documentación:

- Planos de las ocupaciones realizadas tanto en el municipio de Mazarrón como en el puerto de Mazarrón.
- Informe fotográfico de las citadas ocupaciones.
- Copia de dos requerimientos remitidos por TESAU a TSM donde se solicitaba el desalojo y reposición de la infraestructura ocupada.

Formuladas estas alegaciones, TESAU solicitó que esta Comisión:

- Ordenara la retirada de las redes y equipos que habían sido instalados de forma unilateral por TSM en infraestructura en uso por TESAU, procediendo a restablecer las mismas al estado en que se encontraban con anterioridad a la ocupación.
- En su defecto, que se obligara a TSM a la formalización por escrito de un acuerdo de uso compartido por el cual se incluyesen las condiciones económicas establecidas por la Resolución de 14 de mayo de 2009, por ser éste un caso similar al analizado en la citada Resolución.
- Advirtiese a TSM de que se abstuviese, en adelante, de realizar prácticas de ocupación unilateral de infraestructuras en uso de TESAU.

SEGUNDO.- Comunicación a los interesados del inicio del procedimiento RO 2012/2156.

Mediante sendos escritos del Secretario de la extinta CMT, de fechas 11 de octubre de 2012, se notificó a los interesados el inicio del correspondiente procedimiento para resolver el conflicto de acceso planteado por TESAU, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).

A través de dicho acto de inicio de procedimiento, se concedió un plazo de diez días, de acuerdo con lo establecido en el artículo 76.1 de la LRJPAC, desde la notificación del acuerdo de inicio, para que las partes alegaran lo que tuviesen por conveniente y aportaran los documentos que considerasen oportunos.

Asimismo, por ser necesario para la determinación y conocimiento de los hechos puestos de manifiesto en el marco del expediente, se requirió a TSM, al amparo de lo previsto en el artículo 78.1 de la LRJPAC, para que remitiese la siguiente documentación en relación con los hechos denunciados por TESAU:

- Acreditación de los trámites realizados para llevar a cabo la ocupación de las infraestructuras sitas en dominio público y que son objeto del presente conflicto.

- Documentación que acredite la autorización del Ayuntamiento de Mazarrón a ocupar las citadas infraestructuras (declaración de uso compartido, proyecto urbanizador donde se preveía su ocupación, etc.).
- Razones que justifiquen su negativa a alcanzar un acuerdo de uso compartido con TESAU.

TERCERO.- Solicitud de informe al Ayuntamiento de Mazarrón.

Con fecha 23 de octubre de 2012, se solicitó al Ayuntamiento implicado en el procedimiento RO 2012/2156, en su condición de Administración competente, la emisión del informe preceptivo al que se refiere el artículo 30.3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel).

La solicitud del indicado informe fue notificada a las partes interesadas, comunicándoles, igualmente, la suspensión de la tramitación del expediente administrativo hasta el momento que se recibieran en esta Comisión los informes preceptivos; todo ello de conformidad con lo establecido en el artículo 42.5 c) de la LRJPAC.

CUARTO.- Escrito de alegaciones de TSM.

Con fecha 15 de noviembre de 2012, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de TSM en el que solicitaba que se ampliara el plazo concedido para aportar la documentación requerida.

QUINTO.- Reitero del requerimiento de información a TSM y de solicitud de informe al Ayuntamiento de Mazarrón.

Al no haber recibido contestación, con fecha 21 de febrero de 2013, se requirió nuevamente a TSM la información requerida el 11 de octubre de 2012, reiterándose también en fecha 21 de febrero de 2013, la solicitud de informe al Ayuntamiento de Mazarrón, no recibéndose respuesta de ninguno de los dos.

SEXTO.- Informe de Audiencia en procedimiento RO 2012/2156.

Mediante sendos escritos, de fecha 16 de julio de 2013, una vez finalizada la instrucción del procedimiento y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 de la LRJPAC, se procedió a comunicar a los interesados la apertura del trámite de audiencia previo a la resolución definitiva del expediente, así como el Informe elaborado por los Servicios de esta Comisión.

SÉPTIMO.- Escritos de alegaciones.

Con fecha 2 de agosto de 2013, y dentro del plazo conferido para realizar alegaciones en el trámite de audiencia, la representación de TESAU presentó escrito de alegaciones en el Registro de esta Comisión.

En el citado escrito, se efectuaron las siguientes consideraciones:

- Que la intención de TESAU hasta la fecha había sido regularizar la ocupación de TSM de forma pacífica ante una ocupación de infraestructuras realizada de forma irregular.
- Que TSM no había contestado a ninguno de los requerimientos remitidos por TESAU solicitando el desalojo y reposición de la infraestructura ocupada, ni a los requerimientos efectuados por la CMT en el propio expediente RO 2012/2156, lo cual acreditaba la actitud obstruccionista de TSM para alcanzar un acuerdo de compartición.
- Que TSM había ocupado la infraestructura de TESAU por vía de hecho, sin hacer uso de ninguno de los mecanismos que, de conformidad con la regulación vigente, cuenta todo operador para llevar a cabo la compartición de infraestructura de TESAU. En este sentido, TESAU manifestó que TSM no había solicitado al Ayuntamiento de Mazarrón el oportuno informe necesario para llevar a cabo la compartición, de conformidad con el artículo 30.2 de la LGTel, ni tampoco había solicitado el acceso a la Oferta Marco
- Que la CMT debía considerar que el hecho de que el Ayuntamiento de Mazarrón no se hubiese manifestado en relación a la necesidad de uso compartido debía ser interpretado como un pronunciamiento favorable a la compartición de infraestructura.

Con fecha 19 de agosto de 2013 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un nuevo escrito presentado por TESAY mediante el cual aporta la siguiente documentación:

- Burofax remitido a TSM, con fecha 31 de julio de 2013, en el que además de reiterarse la disposición de TESAU a llegar a una solución pacífica del conflicto, se le emplaza expresamente para formalizar un acuerdo de compartición.
- Informe jurídico emitido por el Ayuntamiento de Mazarrón, con fecha 2 de agosto de 2013, por el cual se puede verificar ese consistorio no se opone a la compartición de infraestructuras objeto del presente expediente.

Por su parte, TSM no presentó alegaciones en el trámite de audiencia del expediente RO 2012/2156.

OCTAVO.- Resolución de 26 de septiembre de 2013 recaída en expediente RO 2012/2156.

Mediante Resolución de 26 de septiembre de 2013 el Consejo de la extinta CMT acordó:

“Único.- Declarar la falta de los presupuestos necesarios para que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de acuerdo con el artículo 30.3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, pueda entrar a resolver el conflicto de compartición de infraestructuras suscitado entre Telefónica de España, S.A.U. y Tele Satélite Mazarrón. S.L., y por lo tanto, desestimar las pretensiones efectuadas por Telefónica de España, S.A.U.”

Dicha resolución fue notificada a TESAU en fecha 30 de septiembre de 2013, según consta en el acuse de recibo del registro electrónico de esta Comisión.

NOVENO- Recurso de reposición de TESAU.

Mediante escrito del día 25 de octubre de 2013, TESAU interpuso en la misma fecha citada y por medio del registro electrónico de esta Comisión, recurso de reposición contra la Resolución de 26 de septiembre de 2013 anteriormente citada. Los razonamientos aducidos por TESAU en su recurso de reposición pueden resumirse, fundamentalmente, en los siguientes:

1º.- El informe del Ayuntamiento de Mazarrón presentado por TESAU en fecha 19 de agosto de 2013 constituye una declaración expresa de uso compartido de dominio público de la Administración local competente.

2º.- En el proyecto de Ley General de Telecomunicaciones, actualmente en tramitación en el Congreso de los Diputados¹ se prevé que sea no la Administración local sino la central y, concretamente, el Ministerio de Industria, Energía y Turismo, quien emita la declaración de uso compartido de dominio público.

3º.- Existe una compartición “de facto” de por parte de dos operadores: TESAU y TSM, este último operador actuando de manera ilícita.

4º.- La no regularización técnica y operativa de las infraestructuras afectadas por la compartición afecta muy negativamente a su explotación y mantenimiento, con consecuencias negativas desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales, del despliegue de nuevas redes y de la instalación ordenada en el futuro de otros operadores en Mazarrón.

DÉCIMO.- Notificación del inicio del procedimiento a los interesados.

Mediante escrito fechado el día 30 de octubre de 2013 y remitido en fecha 31 de octubre de 2013 se informó a la recurrente y a todos los interesados, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 de la LRJPAC, del inicio del correspondiente procedimiento de tramitación del recurso potestativo de reposición interpuesto por TESAU.

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

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

II.1 FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

Primero.- Calificación.

¹ Referencia: Proyecto 121/000062.

El artículo 107.1 de la LRJPAC establece que *“contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de esta Ley”*.

A su vez, el artículo 116.1 de la LRJPAC prevé 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 entidad recurrente califica expresamente su escrito como recurso potestativo de reposición. Teniendo en cuenta que las disposiciones y resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa, procede calificar el escrito presentado por TESAU como recurso potestativo de reposición.

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 entidad recurrente ostenta la condición de interesado en el presente recurso por cuanto que ya lo era en el procedimiento RO 2012/2156, en cuyo marco fue dictada la resolución objeto de impugnación.

En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a TESAU para la interposición del recurso de reposición objeto de la presente resolución.

Tercero.- Admisión a trámite.

El recurso ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC. Asimismo, se ha presentado dentro del plazo de un mes desde la notificación del acto recurrido al que se refiere el artículo 117 de la LRJPAC, al haberse interpuesto el día 25 de octubre de 2013 tras haber sido notificada la resolución impugnada al recurrente en fecha 30 de septiembre de 2013.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.1 de la LRJPAC los recursos administrativos que interpongan los interesados han de estar fundamentados en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 o 63 de la misma Ley.

Aun cuando la recurrente no alude expresamente en su escrito a ninguna de las causas de nulidad o anulabilidad previstas en dichos artículos, en virtud del principio

antiformalista² que rige la actividad de la Administración Pública, corresponde a esta Comisión determinar si el acto impugnado incurriría en una infracción del ordenamiento jurídico determinante de su nulidad o anulabilidad, por lo que debe admitirse a trámite el recurso interpuesto por TESAU.

Cuarto.- Competencia y plazo para resolver.

De conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, la competencia para resolver los recursos de reposición le corresponde al órgano administrativo que dictó el acto impugnado. La Resolución recurrida fue dictada por el Consejo de la extinta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT).

De acuerdo con lo establecido en la Disposición Adicional Segunda, apartado 1, de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la constitución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia implicará la extinción, entre otros organismos, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Quinta, apartado 1, de la misma Ley 3/2013, los procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley continuarán tramitándose por los órganos de la autoridad a los que esta Ley atribuye las funciones anteriormente desempeñadas por los organismos extinguidos.

Por lo tanto, una vez constituida la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y atendiendo a lo previsto en los artículos 20.1 y 20.2 de la citada Ley y al artículo 14.1.b) del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, el órgano competente para resolver el recurso de reposición interpuesto por TESAU es la Sala de Supervisión regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Por su parte, el artículo 117.2 de la LRJPAC dispone que los recursos deben ser resueltos y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a su interposición, siempre teniendo en cuenta las posibles suspensiones que afecten al transcurso del plazo máximo. En defecto de notificación en plazo de la resolución expresa, el silencio administrativo tendrá efecto desestimatorio, sin perjuicio del deber de la Administración de resolver con posterioridad confirmando o no el sentido del silencio, según establece el artículo 43.2 de la misma Ley.

² En efecto, el Tribunal Supremo, y entre otras, en la STS de 25 de febrero de 2003 (RJ 2003\6627) declara que no constituye razón suficiente para la inadmisión de un recurso la no expresión de *"la razón de la impugnación"*. Por su parte, el Tribunal Constitucional también ha aplicado reiteradamente el principio antiformalista y *pro actione* en el ámbito administrativo, entre otras, en las SSTC 158/2000 de 12 de junio, 40/2007 de 26 de febrero, 3/2008 de 21 de enero y 117/2008 de 13 de octubre.

II.2 FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Sobre los requisitos necesarios para la intervención de esta Comisión en la resolución del conflicto de compartición entre TESAU y TSM.

En los apartados 2 y 3 del artículo 30 la LGTel se dice que:

*“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.*

*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.”*

Los requisitos o presupuestos exigidos por los párrafos transcritos para que esta Comisión ejercite sus competencias son sistematizados en el Fundamento Tercero de la resolución recurrida³ en los siguientes términos:

a) **Establecimiento de una obligación de uso compartido por parte de la Administración competente.**

La LGTel permite a las Administraciones que sean competentes en materia de medio ambiente, salud pública, seguridad pública u ordenación urbana y territorial, acordar por motivos justificados, la utilización compartida del dominio público o la propiedad privada en que se vayan a establecer las redes públicas de comunicaciones electrónicas o el uso compartido de las infraestructuras en que se vayan a ubicar tales redes, si así resulta necesario por no poder ejercitar por separado dichos derechos (artículo 30.2 de la LGTel).

De este modo, a la Administración competente en alguna de las citadas materias, le corresponde acordar el uso compartido o la ubicación compartida, siempre y cuando se esté en un marco en que la justificación del uso compartido resida en los motivos indicados.

b) **Falta de un acuerdo entre las partes sobre las condiciones de la compartición.**

³ Véanse páginas 7 a 8 de la Resolución RO 2012/2156, de 26 de septiembre de 2013.

La competencia atribuida a la CMT por el artículo 30 de la LGTel para la determinación de las condiciones de compartición entre unos operadores tiene como presupuesto, la falta de acuerdo entre estos operadores acerca de la determinación de dichas condiciones: “El uso compartido se articulará mediante acuerdos entre los operadores interesados. A falta de acuerdo, las condiciones del uso compartido se establecerán (...) mediante Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.”

c) Solicitud de resolución del conflicto instada por una de las partes.

En consonancia con el principio de subsidiariedad que se deriva del artículo 30.3 de la LGTel (intervención de la CMT a falta de un acuerdo entre los operadores), la resolución del conflicto de compartición ha de ser instada por uno de los interesados en la misma.”

De acuerdo tanto con el informe de audiencia del procedimiento RO 2012/2156 como según la resolución final recurrida de fecha 26 de septiembre de 2013, el primero de los requisitos legales para la intervención de esta Comisión no concurre en este caso. De un lado, en la página 6 del citado informe de audiencia se constató que:

“En el caso que nos ocupa, y pese a los reiterados intentos realizados por esta Comisión, no se ha podido constatar la existencia de una declaración de uso compartido, por parte del Ayuntamiento de Mazarrón, que autorice la compartición de las infraestructuras de telecomunicaciones objeto del presente conflicto. Por tanto, esta Comisión ha de entender que no concurre el primero de los fundamentos sobre los que se asienta la competencia prevista en el artículo 30 de la LGTel, en cuanto que no existe una obligación de uso compartido adoptada por una Administración competente sobre la base de sus competencias de disciplina urbanística.”

Y la resolución recurrida señala en su página 8 que:

“...la existencia de una autorización de uso compartido del dominio público, deberá ir precedida de (i) una solicitud del operador interesado en llevar a cabo tal ocupación y (ii) una resolución de la Administración titular del dominio público acordando el uso compartido de las infraestructuras en las que se vayan a apoyar las redes del solicitante.

En este sentido cabe poner de relieve que, a lo largo de la tramitación del presente procedimiento, no ha podido acreditarse que (i) haya existido una solicitud de TSM al respecto; (ii) se haya efectuado una declaración de uso compartido por parte de la administración competente.”

Ello no obstante, la entidad recurrente considera, y así lo expone a lo largo de su recurso, que dicho requisito legal concurre en este supuesto, analizándose en los siguientes Fundamentos los argumentos aducidos por TESAU en su escrito de impugnación.

SEGUNDO.- Sobre el documento del Ayuntamiento de Mazarrón aportado por la entidad recurrente.

En la página 2 de su recurso TESAU señala que:

“Pues bien, hemos de insistir que esta parte aportó, cuando pudo –cuando lo consiguió-, y recordamos, tras haberlo intentado reiteradamente la CMT, el 19 de agosto de 2013, un Informe del Ayuntamiento, concretamente del Negociado Municipal de Urbanismo, vinculante a todos los efectos a la Administración Pública de referencia, en el que deja constancia de la declaración requerida de uso compartido.

Así, el informe de referencia expresamente manifiesta que: “En virtud de dicha Resolución y en aplicación de lo dispuesto en la normativa de aplicación, Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones y Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, queda establecido el derecho de ocupación del dominio público, incluso el uso compartido de dicho dominio público.” No debe caber duda que, de lo citado, se deduce una necesidad de uso compartido de todas las infraestructuras del Municipio, y, por tanto, y más si cabe, de las existentes y usadas por Telefónica (...).”

Frente a las alegaciones transcritas de TESAU debe decirse que:

- el documento presentado es un informe jurídico y no una resolución administrativa propiamente dicha de compartición dictada por la autoridad competente, en el sentido del apartado 2 del artículo 30 LGTel, previo trámite preceptivo de información pública. Ello puede observarse claramente al final del documento, donde se reconoce su naturaleza meramente informativa, carente de parte dispositiva y con una cláusula expresa de salvaguarda a favor de los órganos municipales verdaderamente competentes para adoptar decisiones en la materia (*“Lo que informo dejando a salvo cualquier mejor criterio técnico o jurídico, siendo en este caso el órgano competente quien decidirá”*).
- la mención a una presunta “resolución administrativa” a la que se refiere el recurrente al reproducir el contenido del informe del Ayuntamiento está realizada fuera de contexto, ya que la resolución citada en el informe no es municipal sino de la extinta CMT, tal y como se deduce del cotejo de los Antecedentes y Fundamentos del Informe (*“Según manifiesta TSM es titular de autorización administrativa habilitante para la prestación de servicio de difusión de televisión por cable, en virtud de Resolución del Consejo de la CMT, en sesión celebrada el día 25 de marzo de 2004. En virtud de dicha Resolución, y en aplicación de lo dispuesto en la normativa de aplicación,...*”).

2.1 Necesidad de resolución administrativa declarando la compartición.

La necesidad de una resolución administrativa declarando la compartición se deriva no sólo de la interpretación conjunta de los apartados 2 y 3 del artículo 30 LGTel sino también del artículo 59 del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios (en adelante, RD 424/2005). En dicho precepto se dice claramente que:

“Asimismo, en los términos establecidos en el artículo 30 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, las Administraciones públicas podrán acordar que, desde la fecha en que se dicte la correspondiente resolución, el dominio público o la propiedad privada estarán sujetos al régimen de uso compartido previsto en dicho artículo.”

Por otro lado, el informe de la Administración competente del apartado 3 del artículo 30 LGTel se refiere a las “condiciones de uso” compartido pero no al establecimiento del uso compartido en sí mismo, que sólo puede ser objeto de la resolución administrativa prevista en el apartado 2 del mismo precepto y previo trámite de información pública.

Sobre la exigencia de una verdadera “decisión” en materia de compartición por parte de la Administración municipal en el artículo 30 LGTel se ha pronunciado recientemente el Tribunal Supremo en el Fundamento Cuarto de su STS de 30 de septiembre de 2013⁴:

“Admitido que por exigencias relacionadas con la ordenación del territorio y el urbanismo (también por requerimientos del medio ambiente, la salud o la seguridad) la compartición del dominio público o de la propiedad privada puede ser impuesta, con independencia de la voluntad de los operadores, corresponde a las Administraciones titulares de las competencias mencionadas, en las suyas los Ayuntamientos, adoptar la decisión de compartición.”

Anteriormente, el Tribunal Constitucional en su Fundamento 9 de la STC 8/2012, de 18 de enero de 2012⁵ también reconoció la necesidad de una decisión expresa junto con el previo trámite de información pública, trámite preceptivo que en este caso no consta se haya realizado en el documento presentado por TESAU ni podía efectuarse al no tratarse de una auténtica resolución administrativa:

“la decisión de utilización compartida del dominio público o de la propiedad privada deberá adoptarse respetando lo dispuesto en la legislación estatal, singularmente la obligación de realizar previamente un trámite de información pública (art. 30.2 de la Ley general de telecomunicaciones de 2003)”.

2.2 Naturaleza y efectos del documento del Ayuntamiento de Mazarrón presentado por TESAU.

Como hemos expuesto anteriormente en este mismo Fundamento, el documento presentado por la entidad recurrente el pasado 19 de agosto de 2013 es un mero informe jurídico desprovisto de parte dispositiva y no una resolución administrativa sujeta a control de los Tribunales en el sentido del artículo 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora

⁴ Nº de Recurso de Casación: 2275/2010.

⁵ BOE núm.36 de 11 de febrero de 2012.

de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Cabe recordar, lo dicho por el Tribunal Supremo en Auto de 23 de marzo de 1992⁶ acerca de los dictámenes jurídicos:

“...sin que un dictamen emitido con efectos meramente ilustrativos y orientadores confieran a un acto de esta naturaleza la consideración de acto administrativo impugnabile.”

A mayor abundamiento, en los artículos 11 y 12 de la Ordenanza de Urbanismo del Ayuntamiento de Mazarrón, de 27 de noviembre de 2012⁷ se prevén expresamente los servicios de información, asesoramiento y consulta, sin que, sin embargo, su utilización exima a los interesados de efectuar la oportuna solicitud al órgano competente para resolver⁸.

TERCERO.- Sobre la mención efectuada por el recurrente al proyecto de nueva Ley General de Telecomunicaciones (Proyecto de Ley 121/000062).

En las páginas 2 y 3 del recurso TESAU señala que:

“A mayor abundamiento, no debe olvidarse el Proyecto 121/000062, Proyecto de Ley General de Telecomunicaciones, que en su artículo 32, referido a la Ubicación compartida y uso compartido de la propiedad pública o privada, en su apartado 2 precisa que la ubicación compartida de infraestructuras y recursos asociados y la utilización compartida del dominio público o la propiedad privada también podrá ser impuesta de manera obligatoria a los operadores que tengan derecho a la ocupación de la propiedad pública o privada. A tal efecto, en los términos que mediante Real Decreto se determine, el Ministerio de Industria, Energía y Turismo, previo trámite de audiencia y de manera motivada, podrá imponer, con carácter general o para casos concretos, 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 de las infraestructuras y recursos asociados, por lo que será el Ministerio y no los Ayuntamientos, el que emitirá esa declaración de uso compartido.”

Frente a la anterior alegación debe recordarse que el Proyecto de nueva Ley General de Telecomunicaciones, actualmente en tramitación y cuyo texto fue publicado en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados del pasado 27 de septiembre de 2013⁹, es únicamente un proyecto sin valor normativo hasta que, una vez finalizado, el procedimiento legislativo previsto en los artículos 81 a 92 de la Constitución y en los Reglamentos del Congreso y del Senado, de 10 de febrero de 1982¹⁰ y de 3 de mayo de

⁶ RJ 1992\3116.

⁷ Véase: http://www.mazarron.es:8080/opencms/export/sites/default/portal/infraestructuras-y-urbanismo/documentos/1_ORDENANZA_URBANISTICA/ORDENANZA_LICENCIAS_URBANISTICAS.pdf

⁸ Véase apartado 3 del artículo 12 de la Ordenanza.

⁹ Véase: http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-62-1.PDF#page=1.

¹⁰ Véase: http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Hist_Normas/Norm/Reglam.

1994 (texto refundido)¹¹, entre en vigor como Ley en la fecha fijada por la propia norma publicada o bien a los veinte días de su completa publicación en el Boletín Oficial del Estado (BOE), según prevé el artículo 2.1 del Código Civil¹².

Por tanto, mientras no entre en vigor la nueva Ley General de Telecomunicaciones, resulta plenamente vigente y de aplicación lo dispuesto en el actual artículo 30 LGTel, que atribuye expresamente competencias decisorias en materia de compartición a los Ayuntamientos, tal y como se desprende del apartado 2 del citado precepto y ha reconocido explícitamente el Tribunal Constitucional en la antes mencionada la STC 8/2012, de 18 de enero de 2012¹³ :

“Se reconoce que las Administraciones autonómicas y locales pueden, en ejercicio de sus respectivas competencias, imponer a los operadores la coubicación y compartición de infraestructuras, si bien la determinación imperativa de los términos y condiciones del uso compartido corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con la finalidad de preservar la competencia entre operadores, aunque la comisión deberá atender a los contenidos de los informes sectoriales que persiguen la salvaguarda de las exigencias esenciales”.

CUARTO.- Sobre la situación “de hecho” de compartición de infraestructuras por parte de TESAU y TSM.

En la página 2 de su recurso TESAU señala que:

“.....según todos los documentos e informes aportados en este procedimiento, las infraestructuras están siendo utilizadas por dos operadores, TESAU legalmente, y TSM, con usurpación ilícita. Pero es más, el Ayuntamiento tampoco se ha manifestado en ningún momento en contra del uso compartido tras los precitados requerimientos de la CMT.”

Añadiendo en la página 3 que la prolongación en el tiempo de esta situación “fáctica” no hace sino favorecer al presunto infractor de la normativa aplicable (TSM):

“...estando las infraestructuras usadas por dos operadores, uno de ellos sin derecho, el negar la existencia de esa declaración no hace sino favorecer claramente al infractor del Ordenamiento Jurídico, TSM, que ni siquiera se ha molestado en presentar en este procedimiento documento o escrito alguno en defensa de su actuación, con claro perjuicio a quien, como TESAU, las viene utilizando legalmente y recurre a la normativa sectorial vigente para tratar de regular ordenadamente el uso compartido de las mismas con quien las ha ocupado ilegalmente.”

¹¹ Véase: <http://www.senado.es/web/conocersenado/normas/reglamentoootrasnormassenado/index.html>.

¹² “Las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el «Boletín Oficial del Estado», si en ellas no se dispone otra cosa.”

¹³ BOE núm.36 de 11 de febrero de 2012.

Frente a las alegaciones de TESAU de presunta ocupación ilegal o irregular de infraestructuras por parte de TSM, debe recordarse a dicho operador que nada le ha impedido efectuar la correspondiente denuncia para el restablecimiento de la legalidad ante la autoridad competente¹⁴ y, en su caso, interponer, además, el correspondiente interdicto para recobrar la posesión de las infraestructuras objeto de presunta usurpación ilícita, tal y como se recordaba al final del informe jurídico del Ayuntamiento de Mazarrón (*“siendo cuestión privada y ajena cuestiones relativas al uso compartido de otras instalaciones”*) y se reconoce, por ejemplo, en la S AP Pontevedra (Sección 6ª) núm.268/2007, de 26 de abril de 2007¹⁵.

QUINTO.- Sobre las posibles consecuencias negativas anunciadas por la entidad recurrente de la no regularización técnica y operativa de las infraestructuras afectadas por la compartición.

Finalmente, en las páginas 3 y 4 de su recurso TESAU efectúa una serie de consideraciones sobre los efectos negativos que la ocupación *“desordenada, ilícita y no normalizada”* por parte de TSM puede acarrear.

De un lado, el recurrente señala que dicha ocupación ilegal afecta negativamente a la *“explotación y mantenimiento”* de la infraestructuras ilícitamente ocupadas por TSM, con importantes consecuencias desde el punto de vista de *“Prevención de Riesgos Laborales”*.

Respecto a la alegación de posibles consecuencias técnicas negativas de la ocupación, reiteramos lo ya señalado en el Fundamento anterior: esto es, la facultad de TESAU de presentar las pertinentes denuncias y, en su caso, interdictos.

En cuanto a posibles riesgos laborales resultantes de la ocupación ilícita, TESAU no ha aportado prueba alguna, ni en sede del presente recurso ni durante la tramitación del procedimiento administrativo RO 2012/2156, que acredite debidamente la posible existencia de un riesgo específico que *“impida el cumplimiento de la normativa vigente en materia de prevención de riesgos laborales.”*

¹⁴ Esto es, desde el punto urbanístico, el Ayuntamiento de Mazarrón y desde el punto de vista de los apartados, dispositivos e instalaciones de telecomunicaciones, el Ministerio de Industria, Energía y Turismo.

¹⁵ JUR\2007\280895. En ella se dice que: *“Se parte de la afirmación de que el ordenamiento jurídico permite la posesión compartida de infraestructuras de telecomunicaciones, a virtud de acuerdo entre los operadores o, en su caso, mediante Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y, en consecuencia, que ningún operador puede ostentar una posesión exclusiva de ninguna estructura de telecomunicaciones de dominio público que implique exclusión de la misma infraestructura por otro operador. Sobre la base de que el fin último de toda acción de tutela sumaria (al igual que los anteriores interdictos) es evitar que se consumen los efectos de las denominadas «vías de hecho», con lo que se contribuye al mantenimiento de la paz jurídica (...). Tampoco presenta problema la concurrencia del siguiente de los presupuestos que cuestiona la parte recurrente: existencia de despojo o perturbación posesoria y animus spoliandi. La propia parte demandada reconoce la ocupación material de la infraestructura que venía siendo poseída por “Telefónica de España S. A. U.”, ocupación que comporta una clara invasión de parte del espacio destinado a futuro cableado, lo que dificulta las labores de conservación y mantenimiento de la instalación. Y siendo ello así, es llano nos encontramos ante un hecho de despojo, en la medida en que se trata de una actividad que se concreta en la alteración del estado de hecho preexistente, con privación parcial de la cosa poseída, haciendo el ejercicio de la posesión más dificultoso e incómodo y con paso, al menos parcial, del poder de hecho sobre la cosa del despojado al despojante.”*

En este sentido, debe recordarse el contenido del artículo 24.2 de la Ley 31/1995, de Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales:

“El empresario titular del centro de trabajo adoptará las medidas necesarias para que aquellos otros empresarios que desarrollen actividades en su centro de trabajo reciban la información y las instrucciones adecuadas, en relación con los riesgos existentes en el centro de trabajo y con las medidas de protección y prevención correspondientes, así como sobre las medidas de emergencia a aplicar, para su traslado a sus respectivos trabajadores.”

En la misma línea se pronuncia el artículo 7.1 del Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales¹⁶.

Si la Dirección o personal de TSM hicieran caso omiso de las instrucciones e información en materia de prevención de riesgos laborales dictadas por TESAÚ relativas a las infraestructuras ocupadas, entonces podría este último operador poner los hechos en conocimiento de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Murcia, no siendo la CNMC competente para conocer de estas cuestiones.

De otro lado, el operador recurrente señala que la situación de ocupación ilícita creada en Mazarrón puede *“causar perjuicio a otros operadores legítimamente interesados en desplegar redes en la localidad de forma ordenada, con el consiguiente perjuicio para los vecinos y para el interés general que la Administración debe proteger”*. Frente a esta alegación debe recordarse que, precisamente, el trámite de información pública previsto en el artículo 30.2 LGTél tiene por finalidad que otros interesados como, en este caso, terceros operadores, puedan conocer el procedimiento y, en su caso, solicitar también la compartición de infraestructuras.

Por todo lo anterior, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

RESUELVE

ÚNICO.- DESESTIMAR íntegramente el recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España S.A.U contra la Resolución RO 2012/2156 de 26 de septiembre de 2013 por la que se resuelve el conflicto de compartición presentado por la entidad Telefónica de

¹⁶ *El empresario titular deberá informar a los otros empresarios concurrentes sobre los riesgos propios del centro de trabajo que puedan afectar a las actividades por ellos desarrolladas, las medidas referidas a la prevención de tales riesgos y las medidas de emergencia que se deben aplicar.*

España, S.A.U. frente a la entidad Tele Satélite Mazarrón, S.L. concerniente a la ocupación de determinadas infraestructuras situadas en el municipio de Mazarrón.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y a la Asesoría Jurídica, y notifíquese al interesado, haciéndole saber puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.