



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

IGNACIO REDONDO ANDREU, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

### CERTIFICA:

Que en la Sesión 10/08 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 18 de marzo de 2008, se ha adoptado el siguiente

### ACUERDO

Por el cual, en relación con el expediente **RO 2007/663**, se aprueba la:

**RESOLUCIÓN POR LA QUE SE DA CONTESTACIÓN A LA CONSULTA PLANTEADA POR CABLEUROPA S.A.U. (ONO) SOBRE LA ADECUACIÓN DEL PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS Y ECONÓMICAS DEL CONCURSO CONVOCADO POR EL EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MÉRIDA AL MARCO REGULADORIO VIGENTE DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS.**

#### I.- ANTECEDENTES DE LA CONSULTA.

**Primero.-**Con fecha 9 de mayo de 2007 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Doña Maria Consuelo Roger Rull en nombre y representación de CABLEUROPA S.A.U. (en adelante, ONO) por el que formula consulta sobre la adecuación de determinadas cláusulas del Pliego de Condiciones económico administrativas del concurso convocado por el Ayuntamiento de Mérida al marco regulatorio actual de los servicios de comunicaciones electrónicas. En concreto, ONO pone en conocimiento de esta Comisión:

- Que, *“con fecha de 3 de abril de 2007, ha sido publicado en el Boletín Oficial de la Provincia, Diputación de Badajoz, número 65, anuncio 2687, el Pliego de condiciones económico administrativas del concurso para la “concesión administrativa de uso privativo del bien de dominio público para la dotación del servicio de conectividad total del Ayuntamiento de Mérida, mediante ampliación de red, implantación de equipos, dotación de instalaciones así como su explotación, conservación y mantenimiento” (en adelante, “Pliego de Condiciones”), aprobado por Resolución de la Junta de Gobierno Local de ese*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*Ayuntamiento, de 23 de marzo de 2007, la cual convoca, además la licitación correspondiente para la adjudicación de la concesión”.*

- Que, ONO ha recurrido la citada Resolución de 23 de marzo de 2007 por entenderla lesiva a sus intereses y contraria al ordenamiento jurídico el 3 de mayo de 2007 (Adjunta el Recurso como Documento nº 2 de su escrito).

Conforme a lo anterior, este operador formula la consulta a esta Comisión en relación a los siguientes aspectos:

- La adecuación del Pliego de Condiciones a lo dispuesto en los artículos 26 y 29 de la Ley 32/2003 General de Telecomunicaciones, de 3 noviembre (en adelante, LGTel) el y el 57 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, Reglamento del Servicio Universal), puesto que en virtud del citado Plan *“solamente un operador de comunicaciones electrónicas (el que resulte adjudicatario) va a poder ocupar el bien de dominio público municipal consistente en las infraestructuras de soporte de la red alumbrado público”.*

Así, según ONO, de lo establecido en el artículo 26.1 en relación con el 29.1 de la LGTel, desarrollados por el 57 y siguientes del Reglamento del Servicio Universal, *“los operadores tienen el derecho a la ocupación del dominio público en la medida en que ello sea necesario para el establecimiento de una red pública de comunicaciones electrónicas, no pudiendo imponerse por la normativa específica relativa al dominio público que se trate restricciones absolutas a dicho derecho”.*

- La *“[a]decuación del Pliego a lo dispuesto en el artículo 28.1 de la LGTel por cuanto prevé el otorgamiento de una concesión administrativa de uso privativo del bien demanial en vez de la preceptiva autorización de ocupación de dominio público”.*
- La procedencia de *“convocar un concurso para otorgar una autorización de uso del dominio público para la implantación de una red de comunicaciones electrónicas”.*
- *“Si las condiciones concretas relativas a la implantación y explotación de la red a la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas por parte del operador adjudicatario que vienen recogidas en el Pliego pueden contravenir la legislación en materia de telecomunicaciones y suponer, [...] una invasión de competencias de titularidad estatal”.* Así, igualmente consulta la adecuación de determinadas cláusulas del pliego al marco regulatorio vigente.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Finalmente, ONO solicita de esta Comisión *“que se pronuncie sobre si la regulación contenida en el Pliego en relación con las condiciones que ha cumplir el concesionario para la instalación y explotación de la red y para la prestación del servicio, y que han sido indicadas anteriormente, son o no compatibles con la legislación sectorial en esta materia y, en caso negativo, se pronuncie sobre la posible invasión por parte del Ayuntamiento de Mérida de las competencias exclusivas del Estado”*.

### II.- HABILITACIÓN COMPETENCIAL

El artículo 48.3 m) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) establece que, en materia de telecomunicaciones, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, ejercerá *“Cualesquiera otras (funciones) que legal o reglamentariamente se le atribuyan o que le encomiende el Gobierno o el Ministerio de Ciencia y Tecnología”*.

Por su parte, el Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por el Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, atribuye a esta Comisión, en el artículo 29.2 a) la competencia para *“resolver las consultas que puedan formularle los operadores de redes y servicios de telecomunicación y las asociaciones de consumidores y usuarios de estos servicios”*.

Con carácter general, y conforme a lo señalado por esta Comisión en distintos acuerdos contestando consultas que le han sido planteadas, ha de entenderse que las consultas a las que se refiere el artículo 29.2 a) del Reglamento de la CMT pueden referirse a los siguientes ámbitos:

- Las normas que han de ser aplicadas por la Comisión;
- Los actos y disposiciones dictados por la Comisión;
- Y las situaciones y relaciones jurídicas sobre las cuales ha de ejercer sus competencias la Comisión.

ONO es un operador de comunicaciones electrónicas lo que permite enmarcar la consulta presentada ante esta Comisión dentro del ámbito del artículo precitado, centrándose la consulta en determinados aspectos relacionados con la conformidad del pliego de cláusulas administrativas del Ayuntamiento de Mérida al ordenamiento jurídico de comunicaciones electrónicas, ámbito que se circunscribe en el citado artículo 29.2.a) por referirse a normas cuya aplicación



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

corresponde a esta Comisión, conforme a las competencias que le son atribuidas por las Leyes.

Por ello, puesto que la consulta objeto de la presente Resolución afecta a la actuación en general del Ayuntamiento de Mérida en el ámbito de sus competencias sobre ocupación del dominio público y licitación de servicios, debe precisarse que únicamente corresponde a esta Comisión analizar aquellas cuestiones sobre las que incida la normativa de telecomunicaciones, que es el ámbito material en el que esta Comisión despliega sus competencias de Derecho Público. No correspondiéndole enjuiciar la conformidad a Derecho de los actos de otras Administraciones Públicas, materia sobre la que, en su caso, habrán de pronunciarse los Tribunales.

Por lo tanto, esta Comisión sólo se pronunciará sobre aquellos asuntos que refiriéndose directa o indirectamente a cuestiones relacionadas al sector de las comunicaciones electrónicas, sean encuadradas en el ámbito competencial de su actuación.

### III. OBJETO DE LA CONSULTA

El objeto de la consulta que formula ONO a esta Comisión es que se pronuncie sobre si ciertos aspectos de la Resolución de 23 de marzo de 2007 de la Junta Local del Ayuntamiento de Mérida por la que aprueba el Pliego de Condiciones económico administrativas del concurso para la concesión administrativa de uso privativo del bien de dominio público para la dotación del servicio de conectividad total del Ayuntamiento de Mérida, mediante ampliación de red, implantación de equipos, dotación de instalaciones así como su explotación, conservación y mantenimiento, son conformes a la legislación sectorial de comunicaciones electrónicas.

### IV. CONTESTACIÓN A LAS CONSULTAS FORMULADAS POR ONO

#### IV.1 Cuestiones generales del derecho de los operadores a la ocupación del dominio público.

##### **A. El derecho de los operadores a la ocupación del dominio público.**

La actual LGTel, siguiendo el marco normativo europeo de comunicaciones electrónicas, califica en su artículo 2 las telecomunicaciones como servicios de interés general, esta consideración conlleva, entre otras, a que a los operadores de comunicaciones electrónicas les son exigibles el cumplimiento de determinadas obligaciones –principalmente recogidas en el Capítulo I de la LGTel- y les son reconocidos determinados derechos, entre los que destacan a efectos de esta Resolución, los recogidos en el Capítulo II del título III de la



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

LGTel sobre los “*Derechos de los operadores a la ocupación del dominio público, a ser beneficiario en el procedimiento de expropiación y al establecimiento a su favor de servidumbres y de limitaciones a la propiedad*” y más concretamente en los artículos 26, 28 y 29.

En este sentido, el artículo 26.1 de la LGTel y el 57 del Reglamento de Servicio Universal reconocen el derecho de los operadores a la ocupación del dominio público en la medida en que ello sea necesario para el establecimiento de la red pública de comunicaciones electrónicas.

Efectivamente, la actividad en que consiste la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas no puede llevarse a cabo sin incurrir en la utilización del terreno físico. Por tanto, para hacer posible dicha actividad es necesario permitir la ocupación del suelo o dominio público en el que deben ubicarse las infraestructuras de telecomunicaciones para hacer posible el despliegue de la citada red y con ella el acceso a los usuarios finales<sup>1</sup>.

Este derecho a la ocupación del dominio público por los operadores no es absoluto ni exigible *erga omnes*, puesto que está supeditado por un lado, a la necesidad del establecimiento de una red de comunicaciones electrónicas por parte del operador, y por otro, a la posibilidad de que la Administración competente titular del dominio público puedan matizar e incluso denegar esta ocupación por razones establecidas en los artículos 28 y 29 de la LGTel. Estas relaciones entre las Administraciones titulares de dominio público y los operadores deben ser auspiciadas por los principios de **no discriminación** entre operadores y el **mantenimiento de condiciones de competencia efectiva** en el mercado (artículo 26.2 *in fine* LGTel).

Los citados artículos establecen que, además de lo recogido en la normativa sectorial, para la ocupación del dominio público se tendrá que tener en cuenta la normativa específica relativa a la gestión del dominio público de que se trate. En esta consideración, la Administración titular del mismo podrá imponer condiciones al ejercicio de este derecho únicamente fundamentadas en razones de medio ambiente, la salud pública, la seguridad pública, la defensa nacional o la ordenación urbana y territorial, debiendo ser la entidad de la limitación del ejercicio de este derecho proporcionada en relación con el interés público a salvaguardar.

Del contenido de estos preceptos, y más concretamente del 29, se debe concluir, que aun cuando el título de este artículo sea “*limites de la normativa a que se refiere el artículo anterior*” no nos encontramos ante un precepto que *per se* habilita a la Administraciones a coartar el ejercicio de este derecho a los

<sup>1</sup> Resolución del Consejo de esta Comisión de 14 de febrero de 2008, por la que se pone fin al conflicto sobre compartición de infraestructura suscitado por Servicios en General Sagunto, S.L. contra Cableuropa, S.A.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

operadores, sino más bien lo contrario, es decir, la limitación de ese derecho es algo excepcional y únicamente por las razones previstas en la Ley. De hecho, este precepto comienza asentando que la normativa que puede ser aducida para imponer condiciones “*deberá, en todo caso, reconocer el derecho de ocupación del dominio público o la propiedad privada para el despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas*”.

Asimismo se establece en dicho artículo que estas condiciones o límites **no podrán implicar nunca restricciones absolutas** al derecho de ocupación del dominio público y privado por los operadores, siendo ésta la doctrina que ha asentado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 24 de marzo de 2000<sup>2</sup>:

***“(...) El ejercicio de dicha competencia municipal en orden al establecimiento de exigencias esenciales derivadas de los intereses cuya gestión encomienda el ordenamiento a los Ayuntamientos no puede traducirse, en ningún caso, en restricciones absolutas al derecho de los operadores al uso u ocupación del dominio público municipal, ni siquiera en limitaciones que resulten manifiestamente desproporcionadas. Por ello, puede resultar útil, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional y la Jurisprudencia de esta Sala, el examen de los preceptos cuestionados desde las perspectivas de los parámetros que sirven para determinar la existencia de proporcionalidad; esto es, la idoneidad, utilidad y correspondencia intrínseca de la entidad de la limitación resultante para el derecho y del interés público que se intenta preservar.”***

Por tanto, la regla general es que los operadores tienen derecho a la ocupación del dominio público. Si bien, para el ejercicio de este derecho se debe tener en cuenta la normativa propia de las Administraciones titulares del espacio físico, la imposición de condiciones al ejercicio de este derecho a los operadores por las Administraciones debe ser excepcional y estar suficientemente justificado por los requisitos establecidos en la LGTel, todo ello bajo el principio de proporcionalidad entre la entidad de la limitación y el interés público a proteger.

En consecuencia, en el caso que, y justificado en los motivos anteriormente establecidos, la Administración titular del dominio público impusiera una condición que pudiera implicar la imposibilidad, por falta de alternativas, de llevar a cabo la ocupación del dominio público o la propiedad privada, el establecimiento de dicha condición deberá ir acompañado de las medidas necesarias, entre ellas, el uso compartido de infraestructuras, para garantizar el derecho de ocupación de los operadores y su ejercicio en condiciones de igualdad.

---

<sup>2</sup> En el mismo sentido Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 15 de febrero de 2001 por la que se da contestación a la consulta planteada por Mediterránea Norte Sistemas de Cable, S. A. y Mediterránea Sur Sistemas de Cable, S.A. acerca de la ocupación del dominio público local con el objeto de instalar redes públicas de telecomunicaciones.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En este sentido la Resolución del Consejo de esta Comisión de 4 de noviembre de 2005, por la que se contesta la consulta formulada por el Exmo. Ayuntamiento de Carreño sobre diversas cuestiones en relación con la instalación de infraestructuras para la prestación de servicios de difusión de televisión por cable y de comunicaciones electrónicas, estableció que este procedimiento conlleva que *“el Ayuntamiento [...] abra un trámite de información pública, al que deberá dar publicidad suficiente, en el que se indique que por motivos justificados en razones de:*

- *medio ambiente;*
- *salud pública;*
- *seguridad pública;*
- *ordenación urbana y territorial*

*tiene la intención de acordar la utilización compartida del dominio público o de la propiedad privada en que se van a establecer las redes públicas de comunicaciones.*

*Una vez realizada la declaración de compartición, los operadores interesados deberán llegar a acuerdos voluntarios para la fijación de las condiciones de uso compartido, de no alcanzarse, corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, previo informe preceptivo del Ayuntamiento [.....], y mediante Resolución, el establecimiento de las citadas condiciones”.*

### **B. Título habilitante necesario para la ocupación del dominio público.**

El artículo 5 del la LGTel establece que *“la adquisición de los derechos de uso de dominio público radioeléctrico, de ocupación del dominio público o de la propiedad privada y de los recursos de numeración necesarios para la explotación de redes y para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas deberá realizarse conforme a lo dispuesto en su normativa específica”.* Así, el reconocimiento del mencionado derecho no excluye que el operador interesado en la ocupación de un determinado bien de dominio público haya de solicitar una habilitación concreta para poder ocuparlo. Esta habilitación concreta corresponde concederla a la Administración titular del bien de que se trate, Administración que podrá ostentar, asimismo, otras competencias en relación con las finalidades públicas a que esté afecto el bien demanial o, en su caso, que pudieran proyectarse sobre el mismo bien.

En referencia a la habilitación necesaria para la ocupación del dominio público el artículo 28.1 de la LGTel recoge expresamente que en *“la autorización de ocupación del dominio público será de aplicación, además de lo previsto en esta Ley, la normativa específica relativa a la gestión del dominio público concreto de que se*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*trate y la regulación dictada por su titular en aspectos relativos a su protección y gestión.”*

La propia norma ha querido precisar y establecer qué tipo de título habilitante es necesario para el ejercicio de este derecho, siendo éste la autorización.

En iguales términos se pronunció el Consejo de esta Comisión en su Resolución de 15 de febrero de 2001<sup>3</sup>, la cual en referencia a la utilización de la figura de las autorizaciones, establecía que:

*“La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha precisado a este respecto que la referencia recogida en estos artículos a "autorizaciones de uso" debe ser considerada en sus propios términos. Estas autorizaciones de uso no se otorgarán mediante concurso, sino de forma directa a todos los operadores de telecomunicaciones debidamente habilitados en los términos de la citada normativa, y ello sin perjuicio de lo que se va a decir en los siguientes apartados. Este régimen de utilización del dominio público se impone ex lege sobre la normativa de régimen local, algo que -por otra parte- encaja perfectamente en las previsiones del artículo 84.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, conforme al cual "las licencias o autorizaciones otorgadas por otras Administraciones públicas no eximen a sus titulares de obtener las correspondientes licencias de las Entidades locales, respetándose en todo caso lo dispuesto en las correspondientes leyes sectoriales".*

*A este respecto ha sido muy claro, por su parte, el Tribunal Supremo en sentencia de 24 de enero de 2000, ya citada (F.J. 2º) al afirmar que "los Ayuntamientos, titulares del dominio público solicitado no pueden denegar la autorización pertinente para la utilización que requiera el establecimiento o la ampliación de las instalaciones del concesionario u operador en su término municipal utilizando el vuelo o subsuelo de sus calles"*

Esta conclusión tiene aún mayor sentido si se tiene en consideración la propia naturaleza jurídica de la autorización, comparándola, como ha sido tradición en el ámbito doctrinal, con la figura de la concesión.

En este ámbito estaríamos ante dos formas diferentes de uso u ocupación del dominio público cuya diferenciación ha sido de constante polémica<sup>4</sup>. Así, por

<sup>3</sup> Resolución por la que se da contestación a la consulta planteada por Mediterránea Norte Sistemas de Cable, S. A. y Mediterránea Sur Sistemas de Cable, S.A. acerca de la ocupación del dominio público local con el objeto de instalar redes públicas de telecomunicaciones.

<sup>4</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1997 "...La diferenciación entre concesión y autorización, sobre todo en la utilización de los bienes de dominio público, es una de las cuestiones menos pacíficas en la



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

concesión administrativa sobre bienes públicos, se debe entender que aquélla supone el reconocimiento de un derecho a un administrado, que antes no ostentaba, para el uso de bienes de dominio público<sup>5</sup>.

Por su parte, la autorización administrativa sobre bienes públicos es aquel acto de la Administración por el que el administrado cumpliendo los requisitos objetivos establecidos para su otorgamiento puede hacer un uso o aprovechamiento cualificado de bienes de dominio público previo permiso de la Administración competente. Es más, la propia naturaleza de las autorizaciones no consiste en el reconocimiento de derechos, sino más bien en la **declaración del ejercicio de los mismos**.

Conforme a todo lo anterior, cuando los operadores soliciten el ejercicio de su derecho de ocupación del dominio público, la Administración competente deberá conceder el consiguiente título habilitante al operador para poder ejercitar este derecho, siendo éste la autorización.

### **IV.II Descripción del Pliego de Condiciones del Ayuntamiento de Mérida.**

#### **A. Descripción del servicio sometido a concurso por el Ayuntamiento de Mérida.**

Con carácter previo a la contestación de las cuestiones planteadas por ONO, interesa a esta Comisión, en aras a clarificar el contenido de la misma, hacer una breve descripción del servicio que según los documentos aportados por este operador estaría licitando el Ayuntamiento de Mérida.

La cláusula primera del Pliego de Condiciones establece que:

---

*teorización del Derecho Administrativo, falta de consenso que se ha trasladado a la legislación y a la doctrina jurisprudencial ya que los caracteres que se consideran como propios de una u otra categoría se trasvasan sin grandes perturbaciones. [...]Ni bajo la denominación de autorización existirá un contenido unívoco ni las concesiones pueden tener tampoco un tratamiento homogéneo, sino que habrá que estar a las consecuencias en cada caso establecidas por el Derecho positivo y por el contenido de los acuerdos administrativos que establecieron la concesión o autorización...*"

<sup>5</sup> En sentido parecido la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 julio 1983 [RJ 1983\4002] "...lo único que se trasfiere en el contrato concesional del servicio público que se examina, son las exclusivas facultades de gestión de dicho servicio, conclusión que es la que ha llevado a la jurisprudencia a declarar, en doctrina establecida en la S. de 18 diciembre 1979 recordada en la más reciente de 3 marzo 1981, que la concesión administrativa, como forma de gestión indirecta de servicios competencia de la Administración, reduce la figura del concesionario al modesto papel de intermediario entre aquélla y el público, de forma tal, que su actuación se limita a colaborar con la primera, de quien depende en absoluto, y a quien todo lo debe, atendiendo a que en la concesión, su titular goza de unas facultades que le han sido transferidas por dicha Administración, sin que el concesionario pueda presentar ninguna facultad previa u originaria, de lo que deviene como consecuencia obligada, que aquél debe prestar el servicio cuya gestión le ha sido trasladada, del modo dispuesto por la Administración, todo ello, en definitiva, como desarrollo de la conocida expresión acuñada por la doctrina, de que el concesionario gestiona y la Administración controla". (Subrayado nuestro)



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*“Es objeto del contrato, la concesión administrativa del uso privativo del bien de Dominio Público consistente en el uso de las Infraestructuras soporte de la red de Alumbrado Público para la dotación del servicio de Conectividad de banda ancha a través de red coaxial o fibra, así como la disposición de la plataforma para la dotación de contenidos multimedia a los ciudadanos del municipio”.*

De la documentación técnica del Pliego de Condiciones de este Ayuntamiento se deben diferenciar dos conceptos fundamentales con el objeto de interpretar el escrito. Primero, la obra civil por la que discurrirán las infraestructuras necesarias (cableado, canalizaciones) y, segundo, las tecnologías que se emplearán sobre las infraestructuras (PLC<sup>6</sup>, CATV<sup>7</sup>).

En relación a la obra civil, de los pliegos publicados por el Ayuntamiento de Mérida se presupone que las canalizaciones y las infraestructuras necesarias para el tendido de la red serán anejas a la red de distribución de energía eléctrica y alumbrado público (compartiendo incluso zanjas o tendidos aéreos), con el objeto de facilitar el despliegue.

Por otro lado, el Ayuntamiento de Mérida menciona diferentes tecnologías a emplear sobre la red (PLC, CATV) que, pueden, hasta cierto punto resultar incompatibles. Ahora bien, una vez descritos todos los elementos que según el Pliego deberán componer la red, se puede interpretar que la topología de la red a desplegar será una red de cable, puesto que todos los dispositivos así lo apuntan (amplificadores de línea, derivadores, TAPS). Dicha tipología de red permite la transmisión simultánea y bidireccional de datos, voz y televisión (digital o analógica), debido al gran ancho de banda disponible para el operador.

A pesar del objeto transcrito, como más adelante se desarrollará, parece desprenderse del contenido del Pliego, que el Ayuntamiento de Mérida estuviera licitando la gestión de servicios públicos, mas que la ocupación del dominio público para la prestación este servicio.

Una vez realizadas las matizaciones anteriores, la red de cable que se propone en el documento publicado por el Ayuntamiento permitiría ofertar el listado de servicios que pretende dicho Organismo, esto es, datos, voz y televisión.

### **B. Forma de licitación o publicación**

Antes de nada, esta Comisión quiere dejar claro que el objeto de este apartado no es enjuiciar la actuación del Ayuntamiento de Mérida en la convocatoria del

---

<sup>6</sup> Power Line Communications

<sup>7</sup> Community Antenna Television



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

concurso, sino simplemente determinar su adecuación al ordenamiento sectorial de comunicaciones electrónicas.

En primer lugar debe señalarse que el Ayuntamiento de Mérida en la realización y publicación del Pliego de Condiciones, parece partir de la consideración de que las comunicaciones electrónicas son servicios públicos.

Así, a lo largo de todo el Pliego de Condiciones se recogen distintas condiciones y obligaciones que son más propias de servicios públicos que de servicios de interés general como son las telecomunicaciones.

En este sentido, esta Comisión considera necesario realizar una aproximación desde el punto de vista normativo y doctrinal de los contratos de gestión de servicios público, para poder comprobar, de esta manera, si realmente la licitación y publicación que realiza el Ayuntamiento de Mérida se corresponde con esta figura de la contratación administrativa.

En referencia a los contratos de gestión de servicios públicos, el Título II del Texto Refundido de la Ley de Contratos de la Administración Pública<sup>8</sup> (en adelante, TRLCAP) recoge el concepto y las características propias de este tipo contrato, definiéndose éste como un contrato por el que las Administraciones encomiendan *“a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio público [que] se regularán por la presente Ley y por las disposiciones especiales del respectivo servicio”*<sup>9</sup>, siendo únicamente viable esta gestión sobre *“servicios de su competencia”*<sup>10</sup> y cuya modalidad de contratación será vía concesión, gestión interesada, concierto o la sociedad de economía mixta<sup>11</sup>.

Asimismo *“[e]l contrato de gestión de servicios públicos no podrá tener carácter perpetuo o indefinido, fijándose necesariamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares su duración y la de las prórrogas de que pueda ser objeto, sin que pueda exceder el plazo total, incluidas las prórrogas, de los siguientes períodos: b) Veinticinco años en los contratos que comprendan la explotación de un servicio público no relacionado con la prestación de servicios sanitarios”*<sup>12</sup>.

En las actuaciones preparatorias de este tipo de contrato, se deberá aprobar el denominado *“pliego de cláusulas administrativas particulares y del de prescripciones técnicas, especificando el régimen jurídico básico regulador del servicio a que se refiere el artículo 155 y los Reglamentos especiales reguladores del mismo, así como los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo y, en su caso, las tarifas que hubieren de percibirse de los usuarios, los procedimientos para su revisión y el*

<sup>8</sup> Recientemente modificada por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

<sup>9</sup> Artículo 154 TRLCAP

<sup>10</sup> Artículo 155 TRLCAP

<sup>11</sup> Artículo 156 TRLCAP

<sup>12</sup> Artículo 157 TRLCAP



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*canon o participación que hubiera de satisfacerse a la Administración, cuando así procediera*<sup>13</sup>.

Asentado lo anterior, esta Comisión debe señalar que la mayoría de las cláusulas del Pliego de Condiciones del Ayuntamiento de Mérida se corresponden con las notas anteriormente descritas sobre los “*contratos de gestión de servicios públicos*” así como con el resto de características recogidas en el Título II del TRLCAP<sup>14</sup>. Es más y a modo de ejemplo, la cláusula 1.1 del pliego recoge la reversión a favor de la Administración de las obras realizadas por el adjudicatario para la prestación del servicio; por su parte la cláusula 3 del pliego otorga una concesión por un plazo de 25 años; asimismo la cláusula 4<sup>15</sup> prevé una serie de obligaciones del adjudicatario que en su mayoría se circunscriben a las así previstas en el TRLCAP en su artículo 16<sup>16</sup>.

En este sentido parece obvio que el Ayuntamiento de Mérida, partiendo *ab initio* de esta consideración, ha incluido en el Pliego Condiciones la mayoría de cláusulas típicas de los contratos de gestión, cuyo ámbito competencial correspondería, en su caso, a la Administración Local si fuera un servicio público y de ámbito municipal. No obstante, y como ya se ha mencionado, las telecomunicaciones son servicios de interés general que se prestan en régimen de libre competencia, cuyo ámbito competencial en virtud del artículo 149.1.21 de la Constitución Española y el artículo 1 de la LGTel corresponde al Estado.

---

<sup>13</sup> Artículo 158.1 TRLCAP

<sup>14</sup> En igual sentido, el artículo 80 de la Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de la Entidades Locales

<sup>15</sup> “*El concesionario tendrá como principales obligaciones, las siguientes:*

a) *Prestar el Servicio, con continuidad, regularidad y generalidad, sin discriminación alguna, a partir de la firma del contrato y constitución de la fianza definitiva[...]*

b) *No enajenar, ni gravar bienes que tengan que, en su caso, revertir al Ayuntamiento, salvo autorización expresa de ésta.*

d) *Prestar el servicio por sí mismo [...]*

e) *Satisfacer al Ayuntamiento el canon correspondiente.*

i) *Responder de los daños que se deriven del funcionamiento del servicio, salvo que hubieran sido producidos en cumplimiento de una orden o un acto de la Entidad titular o administración concedente. [...]*”

<sup>16</sup> “Artículo 161. Obligaciones generales.

*El contratista estará sujeto al cumplimiento de las siguientes obligaciones, con carácter general:*

- a. *Prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el abono, en su caso, de la contraprestación económica comprendida en las tarifas aprobadas.*
- b. *Cuidar del buen orden del servicio, pudiendo dictar las oportunas instrucciones, sin perjuicio de los poderes de policía a los que se refiere el artículo 155.*
- c. *Indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración.*
- d. *Respetar el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, respecto de las empresas de Estados miembros de la Comunidad Europea o signatarios del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio, en los contratos de suministro consecuencia del de gestión de servicios públicos”.*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Conforme a todo lo anterior, se debe señalar que el Pliego de Condiciones del Ayuntamiento adolece en su composición de una doble falta, desde el punto de vista del servicio a prestar que se configura como la gestión de un servicio público, y por otro, desde el punto de vista competencial, al ser una materia de titularidad estatal.

### **C. Fomento de la ocupación-uso del dominio público de otras infraestructuras para los servicios de comunicaciones electrónicas.**

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tiene especial interés en fomentar y respaldar las iniciativas de las Administraciones Públicas en la utilización del dominio público en términos generales, y más concretamente, aquél que por la naturaleza de su creación no fue concebido para abarcar redes de comunicaciones electrónicas<sup>17</sup>.

La ocupación del dominio público, así como el uso compartido de infraestructuras que, en principio, no estaban destinadas a las comunicaciones electrónicas supone una ventaja fundamental desde el punto de vista del mercado, pues supone la posibilidad de que la mayoría de operadores puedan ejercer su derecho a la ocupación y desplegar su propia red derivando de todo ello un mayor número de agentes en el mercado y por tanto, un mayor nivel de alternativas y competencia para el usuario final. Asimismo, dicha ocupación tendría resultados positivos, pues desde el punto de vista de la ordenación territorial, el aprovechamiento de este tipo de infraestructuras por parte de las Administraciones conlleva a una mayor armonía en el entramado de derechos y obras existentes en los territorios competentes.

No obstante, este tipo de medidas deben establecerse dentro del ámbito jurídico propio de los servicios de comunicaciones electrónicas, es decir, se debe partir del hecho de que son servicios de interés general de titularidad estatal de los que derivan el derecho de los operadores a la ocupación del dominio público, y cuya limitación por las Administraciones, como anteriormente se ha mencionado, sólo cabe en supuestos tasados y auspiciado bajo el principio de proporcionalidad.

De esta manera esta Comisión fomenta y apoya la iniciativa de las Administraciones, en este caso el Ayuntamiento de Mérida, en promover el aprovechamiento del dominio público en general para la instalación de redes de comunicaciones electrónicas como medida necesaria para el desarrollo de nuevas redes por parte de los operadores. No obstante, y como se ha mencionado, éste aprovechamiento debe ser rodeado de todas las garantías y obligaciones que el ordenamiento sectorial exige.

<sup>17</sup> Véase páginas 41 en adelante del Anexo I de la Resolución del Consejo de esta Comisión de 17 de enero de 2008, por la que se aprueban las conclusiones a la consulta pública sobre redes de acceso de nueva generación.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### IV.III Cuestiones concretas consultadas por ONO

#### **A. Respecto a la adecuación del Pliego de Condiciones a lo dispuesto en el artículo 26 y 29 de la LGTel y el artículo 57 del Reglamento del Servicio Universal.**

En este contexto, ONO consulta a esta Comisión si las condiciones del Pliego de permitir únicamente al adjudicatario del concurso el derecho al uso del dominio público del alumbrado del municipio puede suponer una restricción al derecho de ocupación del dominio público del resto de operadores.

Como se ha establecido más arriba, el derecho de los operadores a ocupar el dominio público está reconocido por la normativa de comunicaciones electrónicas, concretamente en la LGTel. Este derecho no puede ser coartado por las Administraciones públicas titulares del dominio público *per se*, sino que solamente podrá verse limitado por los criterios del artículo 29.1.a), no pudiendo suponer tales limitaciones nunca una restricción absoluta al derecho de la ocupación del dominio público.

En el caso objeto de consulta debe recordarse que el apartado primero del Pliego establece que el objeto del contrato es “*la concesión administrativa del uso privativo del bien de Dominio Público consistente en el uso de las infraestructuras soporte de la red de Alumbrado Público para la dotación del servicio de Conectividad de banda ancha a través de red coaxial o fibra, así como la disposición de la plataforma para la dotación de contenidos multimedia a los ciudadanos del municipio*”.

En este sentido, se debe señalar que si bien no ha habido una denegación *strictu sensu* de la solicitud de ONO –puesto que en sí el concurso tiene por objeto la concesión administrativa del uso privativo del bien de dominio público correspondiente al alumbrado del municipio - la adjudicación por parte del Ayuntamiento de Mérida de una concesión administrativa por la que dota en exclusiva<sup>18</sup> al adjudicatario de la ocupación de ese dominio público durante el

---

<sup>18</sup> En sentido, y respecto a la exclusividad, ya se pronunció esta Comisión en la Resolución de su Consejo de fecha 1 de julio de 2004, de *contestación a la consulta planteada por el Excmo. Ayuntamiento de Albadia sobre la adecuación a los principios y procedimientos establecidos en la Ley General de Telecomunicaciones de la propuesta de convenio de aportaciones ajenas entre dicho Ayuntamiento y Telefónica de España S.A.U. para la ejecución de obras de infraestructuras de telecomunicaciones.*

*“[...]el derecho de uso de Telefónica sobre la infraestructura canalizada sea pleno y permanente, no supone, a juicio de esta comisión una vulneración del principio de “no discriminación”, toda vez que dichas condiciones no implican en sí mismas la “exclusividad de uso” que pudiera originar dicha discriminación.*

*De esta forma, que el derecho de uso sea plano, no significa que sea exclusivo, sino que su titular [...] podrá ejercitar la totalidad de facultades que las leyes reconocen a dicho derecho.*

*Del mismo modo, que el derecho de uso sea permanente, no significa tampoco exclusividad [...]*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

plazo de 25 años, puede suponer en sí una negativa *de facto* al resto de operadores al uso de ese dominio público. Dicha negativa puede ser considerada como una restricción carente de justificación objetiva, quebrantando, de esta forma, el derecho a la ocupación de bienes demaniales que recoge tanto el artículo 26 como el 29 de la LGTel.

En este contexto, y una vez adjudicada en su caso la concesión en exclusividad, si un operador solicita al Ayuntamiento la ocupación del dominio público, éste sólo podría limitarlo por los requisitos citados del artículo 29. Como así se ha manifestado esta Comisión en multitud de Resoluciones<sup>19</sup> estas razones deben justificarse en criterios de medio ambiente, salud pública, seguridad pública y ordenación urbana y territorial<sup>20</sup>.

Por tanto, si esa Administración considera, que conforme a lo anterior, no fuera posible tal ocupación, deberá, de acuerdo a lo establecido en el artículo 30.2 y 3 de la LGTel, dar inicio al procedimiento de compartición de las infraestructuras que anteriormente, en su caso, hayan sido adjudicadas por medio del concurso en exclusiva a un determinado operador.

De esta manera, la cláusula del Pliego de Condiciones del Ayuntamiento de Mérida por la que se dota en exclusiva de una concesión de uso del dominio público del alumbrado del municipio a un operador durante un periodo de 25 años podría considerarse como una restricción del derecho de los operadores a la ocupación de los bienes demaniales recogido en la LGTel.

En el Pliego de Condiciones, el Ayuntamiento de Mérida no ha justificado en ningún momento por qué únicamente va a permitir que sea el operador adjudicatario del concurso el que tenga la posibilidad de la usar el dominio público del alumbrado del municipio. Si bien no se puede entender que sea una restricción de carácter absoluto al uso del dominio público del municipio, puesto que sólo afecta al dominio público relativo al alumbrado, si que debe

---

*Es decir, el derecho de uso que se reconoce a TELEFÓNICA, no es incompatible con el hecho de que dichas infraestructuras de telecomunicaciones puedan ser igualmente objeto de uso por otros operadores interesados, que podrán ejercer su derecho de uso en idéntica forma”.*

<sup>19</sup> Resolución de 28 de julio de 2004, por la que se da contestación a la consulta planteada por Cableuropa, S.A.U. acerca de la posibilidad de utilizar canalizaciones y arquetas de acceso a viviendas que carecen de ICT, de las cuales viene haciendo uso Telefónica de España, S.A.U., Resolución de 21 de abril de 2005 sobre el conflicto de compartición presentado por Cableuropa, S.A.U. frente a Telefónica, S.A.U. concerniente a la ocupación de determinados conductos y arquetas situados en el dominio público del municipio de Jerez de la Frontera (Cádiz), Resolución de 4 de noviembre de 2005 por la que se contesta la consulta formulada por el Excmo. Ayuntamiento de Carreño sobre diversas cuestiones en relación con la instalación de infraestructuras para la prestación de servicios de difusión de televisión por cable y de comunicaciones electrónicas.

<sup>20</sup> Resolución de 4 de noviembre de 2005 por la que se contesta la consulta formulada por el Excmo. Ayuntamiento de Carreño sobre diversas cuestiones en relación con la instalación de infraestructuras para la prestación de servicios de difusión de televisión por cable y de comunicaciones electrónicas.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

entenderse que es una restricción al uso de ese dominio que no viene justificado por los motivos que para ello establece la LGTel.

Por tanto, esta Comisión debe señalar carece de justificación objetiva la imposición por parte de ese Organismo de una limitación del uso del dominio público del alumbrado de municipio.

### **B. Respecto a la utilización de la figura de la “concesión administrativa” en lugar de la “autorización” que recoge el artículo 28.1 de la LGTel.**

ONO consulta a esta Comisión sobre la adecuación por parte del Pliego de Condiciones del Ayuntamiento de Mérida de utilizar la figura de la concesión administrativa, en lugar de la autorización que recoge el artículo 28.1 LGTel.

En este sentido la cláusula del Pliego de Condiciones establece que *“el contrato, se constituirá como una concesión administrativa del uso privativo del bien de dominio público correspondiente a las Infraestructuras soporte de la red de Alumbrado Público para la dotación del servicio de conectividad, y difusión de contenidos multimedia.”*

Como anteriormente se ha establecido el artículo 28.1 de la LGTel recoge literalmente respecto a la normativa aplicable a la ocupación del dominio público y la propiedad privada, que deberá ser vía **autorización**.

El Ayuntamiento de Mérida en su elección de utilizar la figura de la concesión, parece tomar como punto de partida la asunción de que la ocupación del dominio público por los operadores supone un uso privativo del dominio público del artículo 78 del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (en adelante, RBEL) que establece que *“estarán sujetos a concesión administrativa: a) el uso privativo de bienes de dominio público”*.

El Pliego de Cláusulas en su apartado “2. NATURALEZA DEL CONTRATO” establece que *“el contrato se constituirá como una concesión administrativa de uso privativo del bien de dominio Público correspondiente a las Infraestructuras soporte de la red de Alumbrado Público para la dotación del servicio de conectividad, y difusión de contenidos multimedia”*.

Como anteriormente se ha establecido, el Consejo de esta Comisión en su Resolución de 15 de febrero de 2001<sup>21</sup>, en referencia a la utilización de la figura

---

<sup>21</sup> Resolución por la que se da contestación a la consulta planteada por Mediterránea Norte Sistemas de Cable, S. A. y Mediterránea Sur Sistemas de Cable, S.A. acerca de la ocupación del dominio público local con el objeto de instalar redes públicas de telecomunicaciones.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de las autorizaciones, establecía “*que la referencia recogida en estos artículos a “autorizaciones de uso” debe ser considerada en sus propios términos*”

Conforme a todo lo anterior, cuando los operadores soliciten el ejercicio de su derecho de ocupación del dominio público, la Administración competente deberá conceder la consiguiente autorización al operador para poder ejercitar este derecho, y si no otorga este título habilitante por las condiciones establecidas en el artículo 29 de la LGTel, deberá declarar el uso compartido de las infraestructuras conforme a lo establecido en el artículo 30 de la misma norma.

Esta conclusión, tiene aún más sentido si se parte, como se ha mencionado, de la diferenciación de la concesión respecto de la autorización como actos de la Administración. Así, mientras que las concesiones administrativas suponen un reconocimiento de derechos que previamente el administrado no ostenta, las autorizaciones tienen como misión la declaración del ejercicio de ese derecho que el administrado ya tiene reconocido. En el caso concreto de las comunicaciones electrónicas, la LGTel expresamente reconoce este derecho al uso del dominio público a los operadores, y por ello opta por establecer expresamente la figura de la autorización para su disfrute.

De esta manera, la propia LGTel ha querido determinar qué tipo de título administrativo necesitarán los operadores para el uso del dominio público, concretándose éste en el de la “autorización”. De tal manera, el título que se exige en el Pliego de Condiciones, esto es, la concesión, no se corresponde con la habilitación legal que así ha establecido la propia norma.

### **C. Respecto a la procedencia de convocar un concurso para otorgar una autorización de uso de dominio público para la implantación de una red de comunicaciones electrónicas.**

ONO consulta a esta Comisión que se pronuncie sobre si el hecho de convocar un concurso para otorgar de forma exclusiva, derechos de ocupación de dominio público y, en concreto, las condiciones del Pliego relativas a este punto, son acordes al marco regulatorio vigente en esta materia.

En este sentido, y en relación a lo manifestado en el apartado IV.III.B de la presente Resolución, la licitación para la ocupación del dominio público no puede vincularse a concurso puesto que, una vez aclarada la naturaleza del título habilitante de la Administración competente –autorización–, no puede condicionarse la misma a un procedimiento de concurrencia donde al final haya únicamente un único adjudicatario, puesto que esta situación soslayaría el derecho de los operadores a la ocupación del dominio público. En este sentido se pronunció esta Comisión al establecer que: “*Estas autorizaciones de uso no se*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*otorgarán mediante concurso, sino de forma directa a todos los operadores de telecomunicaciones debidamente habilitados [...]*<sup>22</sup>

En conclusión, el ejercicio del derecho a la ocupación del dominio público no puede realizarse vía concurso, pues iría en contra de la propia naturaleza de las autorizaciones y del derecho de los operadores a ocupar bienes demaniales, por tanto, su adjudicación debería ser directa vía autorización.

### **D. Sobre la adecuación de determinadas cláusulas del Pliego relativas a la implantación, explotación y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas al marco regulatorio sectorial.**

ONO en su escrito solicita a esta Comisión que se pronuncie sobre la compatibilidad de determinadas cláusulas del Pliego de Condiciones con el marco regulatorio sectorial, y, en último término, sobre la posible vulneración de las competencias de titularidad estatal.

#### *1. Sobre si las obligaciones del destinatario de la licitación se refieren a servicios más públicos que de interés general, como son las Telecomunicaciones.*

En este apartado ONO consulta a esta Comisión si las obligaciones impuestas al destinatario de la concesión, según se recogen en el Pliego de Condiciones, son obligaciones más propias de servicios públicos que de servicios de interés general, como son las telecomunicaciones.

Antes de ahondar en el contenido de esta pregunta, interesa a esta Comisión señalar que el texto del Pliego de Condiciones induce a confusión.

En efecto, como se ha señalado anteriormente, la mayoría de las cláusulas del Pliego de Condiciones del Ayuntamiento de Mérida se corresponden más con las notas esenciales de los contratos de gestión de servicios públicos, que con las características fundamentales de los contratos de uso del dominio público. Por su parte, y como se ha establecido en el apartado IV.II.B de la presente Resolución, el Ayuntamiento de Mérida en la elaboración del concurso ha asumido que el servicio a prestar se corresponde con la gestión de servicios públicos, calificación que no se corresponde con lo así recogido en el marco normativo sectorial puesto que, ya desde la anterior normativa, las telecomunicaciones han dejado de ser un servicio público, para pasar a ser un servicio de interés general que se presta en régimen de libre competencia,

<sup>22</sup> Resolución de 15 de febrero de 2001, por la que se da contestación a la consulta planteada por Mediterránea Norte Sistemas de Cable, S. A. y Mediterránea Sur Sistemas de Cable, S.A. acerca de la ocupación del dominio público local con el objeto de instalar redes públicas de telecomunicaciones.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

cuyo ámbito competencial en virtud del artículo 149.1.21 de la Constitución Española y del artículo 1 de la LGTel, son de titularidad estatal.

No obstante lo anterior, y como se ha puesto de manifiesto en inicio de la contestación a esta Consulta, no corresponde a esta Comisión en virtud de su marco normativo declarar la licitud o no de los actos de otras Administraciones, para lo que en su caso, ONO deberá dirigirse a los Tribunales oportunos.

### II. Sobre las cláusulas 6, 32 y 33 donde se establecen los precios a cobrar por el concesionario al usuario.

La cláusula 6 del Pliego sobre la “Retribución del concesionario” establece que:

*“El concesionario tendrá derecho a explotar el servicio ofertado en base a las tarifas previstas y la fórmula de revisión de precios propuesta (Actualización anual de las mismas por el IPC).*

*En concreto los ingresos que podrá percibir el Concesionario, serán los siguientes:*

- a) Las tarifas vigentes en cada momento; las cuales para su aplicación y cobro por el concesionario deberán ser aprobadas por el Ayuntamiento. (Las tarifas propuestas no incluyen el IVA)*
- b) El importe correspondiente a las instalaciones de los descodificadores en caso de ser necesarios y otros instrumentos que permitan distribuir la señal en las viviendas y oficinas que contraten el servicio, una vez pasados los períodos de Oferta Comercial.*
- c) El importe correspondiente a los trabajos de acometidas y sus reparaciones, siempre que no sean consecuencia de su normal uso, se realizará igualmente conforme al cuadro de precios unitarios ofertados y aprobados por el Ayuntamiento para tales trabajos.*

*En general, el importe de cualquier trabajo que, según el presente Pliego, deba realizar el concesionario con cargo a los usuarios de los servicios y con arreglo a los cuadros de precios previamente aprobados por la Administración cedente y la oferta de los licitantes”.*

Por su parte las cláusulas 32 y 33 del mismo Plan sobre “Tarifas del servicio” y “Revisión de tarifas”, respectivamente, disponen que:

*“32.1 Serán las correspondientes a la oferta realizada en el proceso de licitación, que apruebe en cada caso el Ayuntamiento de conformidad con las disposiciones vigentes en cada momento.*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

32.2 El Ayuntamiento comunicará por escrito al Concesionario las tarifas a las que deberán ser facturados los consumos a los abonados, de conformidad con las tarifas autorizadas.

Las tarifas base sobre las que se realizará la oferta serán:

SERVICIOS MENSUALES	Tarifa Base
Abono 1 MEGA + Multimedia	55.00 €
Abono 2 Megas + Multimedia	60.00 €
Abono 4 Megas + Multimedia	70.00 €
Abono 10 Megas + Multimedia	100.00 €
Multimedia	35.00 €
<b>MATERIAL INSTALACIÓN INICIAL</b>	<b>Tarifa base</b>
Instalación	20.00 €
Modem descodificador	50.00 €

### 33. Revisión de tarifas.

La revisión de las tarifas, se producirá aplicando un incremento anual que será igual al I.P.C”.

En consonancia con lo establecido en los apartados anteriores, el Ayuntamiento de Mérida al imponer las tarifas que el operador cobrará a los particulares, así como la revisión de las mismas, toma como punto de partida que las telecomunicaciones son un servicio público. En efecto, la imposición por parte de la Administración de las tarifas que el administrado – el operador- va a cobrar a los particulares es una de las obligaciones generales que en ámbito de la contratación administrativa se suele exigir para los servicios públicos, como así recoge el artículo 160 a)<sup>23</sup> del TRLCAP y el artículo 80.5 y 7 del RBEL<sup>24</sup>.

A este respecto se debe reiterar lo anteriormente expuesto sobre la confusión que parece desprenderse del Pliego de Condiciones respecto a su objeto y las condiciones asociadas al mismo; así como lo señalado sobre el carácter de

<sup>23</sup> “El contratista estará sujeto al cumplimiento de las siguientes obligaciones, con carácter general:

a) Prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el abono, en su caso, de la contraprestación económica comprendida en las tarifas aprobadas”.

<sup>24</sup> “En toda concesión sobre bienes de dominio público se fijarán las cláusulas con arreglo a las cuales se otorgare, y sin perjuicio de las que se juzgaren convenientes, constarán estas

:

5ª Si mediante la utilización hubieren de prestarse servicios privados destinados al público tarificables, las que hubieren de regirlos, con descomposición de sus factores constitutivos, como base de futuras revisiones.  
7ª Canon que hubiere de satisfacer a la entidad local, que tendrá el carácter de tasa, y comportará el deber del concesionario o autorizado de abonar el importe de los daños y perjuicios que se causaren a los mismos bienes o al uso general o servicio al que estuvieren destinados”.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

interés general que detentan las telecomunicaciones cuya prestación se realizará en régimen de libre competencia. Por tanto, las cláusulas establecidas por el Ayuntamiento en lo referente tanto a las tarifas cuanto a la revisión de las mismas, desde el punto de vista de la naturaleza del servicio a prestar, es decir, del servicio de comunicaciones electrónicas, serían contrarias al ordenamiento jurídico, al ser obligaciones más propias de servicios públicos, que de servicios de interés general, como son las comunicaciones electrónicas.

A esta Comisión interesa señalar que la imposición por parte de las Administraciones de las condiciones, servicios y precios que el operador adjudicatario va a tener que garantizar supone, en última instancia, una limitación por parte de esa Administración de las condiciones para la prestación de un servicio de comunicaciones electrónicas más allá del ámbito de sus competencias<sup>25</sup>, limitación que supone una distorsión competitiva no compatible con el modelo abierto y liberalizado de prestación del servicio de comunicaciones electrónicas.

Llevado al extremo, la fijación por parte del Ayuntamiento de los precios podría suponer una fuente de ingresos públicos –en caso que el precio fijado fuera superior al competitivo- o, en caso contrario, esto es, la fijación de precios demasiado bajos (por debajo de costes, impidiendo la recuperación de la inversión) podría limitar la entrada de terceros operadores eficientes al mercado.

Cualquiera de las dos situaciones serían contrarias al ordenamiento jurídico puesto que distorsionarían de forma significativa las condiciones del mercado, ya que los precios fijados en el Pliego de Condiciones del Ayuntamiento no responden a la lógica competitiva del mercado, y en su caso a lo establecido en la normativa *ex ante* o *ex post*. Así, y como ha señalado esta Comisión en anteriores ocasiones, las Administraciones no pueden exceder el ámbito de sus competencias e imponer más limitaciones que las que la normativa sectorial establece.

### III. Respecto al canon que el concesionario deberá satisfacer a la Administración.

Por su parte, la cláusula 5 del Pliego de Condiciones establece que el “*canon que el concesionario ha de satisfacer al Ayuntamiento estará entre el 2% y el 3% sobre la facturación real y total de servicios, y de acuerdo con el Estudio Económico presentado, si bien éste se basará en previsiones, y el pago se realizará sobre la Facturación Real*”.

<sup>25</sup> Que se circunscriben a la posibilidad de condicionar el uso del dominio público por cuestiones relativas a materia de medio ambiente, seguridad pública u ordenación urbana y territorial (art. 30.2 LGTel)



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

Como ha señalado recientemente el Tribunal Supremo en su sentencia de 16 de julio de 2007:

*“[...]El párrafo tercero del artículo 24.1.c) LRHL sólo excluye de su ámbito de aplicación los servicios de telefonía móvil, por lo que no existe ningún impedimento para que las empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones (excepción hecha del régimen especial de compensación de Telefónica España, SA) queden sometidas a la tasa del 1,5%, y máxime a la luz de las sentencias de este Tribunal de fechas 9, 10 y 18 de mayo de 2005, en las que se ha entendido que todas las empresas de suministro de electricidad, gas, telecomunicaciones, agua y otros servicios que utilicen o disfruten del dominio público local con líneas, canalizaciones, redes etc., en su vuelo, suelo o subsuelo, con independencia de que sean titulares o no de aquellos soportes a través de los que se realiza el suministro y con independencia de que éste afecte a la generalidad o no del vecindario.*

*[...] Como tuvo ocasión de señalar esta Sala en la reciente sentencia de 18 de junio de 2007, [...] la utilización privativa o aprovechamiento especial se refiere específicamente al suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros que resulten de interés general o afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario, cuantificable en el 1,5% de los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtengan anualmente en cada término municipal las referidas empresas [art.24.1.c) LHL]<sup>26</sup> [...]*

*Por consiguiente, la doctrina legal procedente es: “la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial constituido en suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales a favor de empresas suministradoras de servicios de telecomunicaciones es la establecida en el artículo 24.1.c) del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo.”*

Por tanto, y conforme a todo lo anterior, la cláusula 5ª del Pliego de condiciones del Ayuntamiento de Mérida iría en contra de lo establecido en la

<sup>26</sup> Subrayado introducido por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

legislación reguladora de las haciendas locales y lo así determinado por el Tribunal Supremo, al imponer un canon al adjudicatario entre el 2% y el 3% sobre la facturación real y total de los servicios, cuando éste debe ser del 1,5%.

#### IV. La cláusula 30 sobre la exención de determinados edificios y dependencias del municipio al pago del suministro.

La cláusula 30 del Pliego de Condiciones establece que:

*“30.2. Todos los edificios o dependencias municipales, incluidas las escuelas públicas, así como piscinas, riego de calles, jardines y zonas deportivas, gozarán de una exención en el pago por suministro sobre la tarifa de aplicación al resto de los usuarios (a ofertar en la licitación).*

*El Ayuntamiento facilitará al inicio de la concesión una relación de edificios a los que asigna carácter municipal entendiéndose que todos los que no aparezcan en esta relación no gozarán de ninguna exención”.*

A este respecto cabe señalar que debido a la parquedad de la cláusula y sin contar con más información al respecto, esta Comisión no puede pronunciarse con mayor detalle sobre la misma, no obstante, el establecimiento de una exención al pago de los servicios de comunicaciones electrónicas de determinadas dependencias, no supone *per se* una vulneración de la normativa sectorial.

En este sentido, esta Comisión debe destacar que la cláusula que dispone esta exención no es lo suficientemente transparente, puesto que no se ha desagregado qué tipo de servicios y bajo qué condiciones están exentos de pago.

De esta manera, la imposición por parte del Ayuntamiento de Mérida, en este caso de la exención del pago del servicio en determinadas dependencias municipales, supone en última instancia que los operadores que estén interesados en la participación del concurso público deban detraer de su oferta al mismo los costes de prestación de los servicios de telecomunicaciones al Ayuntamiento y resto de dependencias locales eximidas del pago.

La vinculación de la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas a las dependencias municipales y la gestión de la red en el municipio de Mérida, no aseguran la contratación más eficiente para las necesidades del Ayuntamiento. En efecto, y en el ámbito de la convocatoria de concursos públicos para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, la agrupación de diferentes servicios en un mismo concurso puede conllevar a no ser siempre la mejor opción, puesto que, mediante la desagregación de los servicios de telecomunicaciones podrían obtenerse mayores beneficios, debido



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

a que el concurso es más abierto y podrían obtenerse mejores condiciones, como podrían ser, entre otros, en los precios.

No obstante lo anterior, y debido a la falta de transparencia aducida, esta Comisión no puede pronunciarse de forma concreta al respecto.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y 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.

EL SECRETARIO

Vº Bº  
EL PRESIDENTE

Ignacio Redondo Andreu

Reinaldo Rodríguez Illera