



MIGUEL SÁNCHEZ BLANCO, Director de Asesoría Jurídica y Secretario en funciones del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 7.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, Resolución del Consejo de 20 de diciembre de 2007, BOE nº 27 de 31 de enero de 2008,

### **CERTIFICA:**

Que en la Sesión número 36/09 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 29 de octubre de 2009, se ha adoptado el siguiente

### **ACUERDO**

Por el cual, en relación con la tramitación del procedimiento número RO 2009/766, se aprueba el siguiente

**Resolución por la que se da contestación a la consulta planteada por Cablerunner Ibérica, S.L. sobre la adecuación de las condiciones y requisitos que impone el Excmo. Ayuntamiento de Benidorm para el despliegue y explotación de una red de fibra óptica.**

## **I. ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 13 de mayo de 2009, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de la entidad CABLERUNNER IBÉRICA, S.L. (en adelante, Cablerunner)<sup>1</sup>, mediante el cual pone en conocimiento de esta Comisión los siguientes hechos:

- Que el Ayuntamiento de Benidorm convocó un concurso público mediante Pliego de condiciones para la creación, explotación y mantenimiento de una red de fibra óptica en el municipio. El concurso, aprobado en Pleno Municipal el 29 de septiembre de 2008, resultó desierto al no haberse presentado ninguna propuesta.
- Que la entidad Cablerunner es un explotador de red de fibra óptica oscura que desarrolla su actividad en distintos ámbitos geográficos.

---

<sup>1</sup> Con fecha 3 de noviembre de 2005 fue inscrito por Resolución del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones como persona autorizada para explotar una red de comunicaciones electrónicas (fibra oscura).



- Que vista la posibilidad de poder ofrecer alternativas de propuestas para el desarrollo de despliegue de una red de fibra óptica, inició conversaciones con el Concejal de Hacienda, Contratación, Nuevas Tecnologías y Medio Ambiente del Ayuntamiento de Benidorm para hacerle conocedor de sus proyectos y modelos de creación y explotación de redes de fibra óptica.
- Que en las conversaciones mantenidas, el Ayuntamiento exigía, para la efectiva instalación de una red en el municipio, el cumplimiento de unas condiciones similares a las convocadas en el citado concurso:
  - La red pasará a ser de propiedad municipal.
  - El adjudicatario deberá conectar obligatoriamente todos los centros municipales (27) mediante el despliegue de un cable exclusivo de fibra óptica dejando la conexión en el interior de cada edificio.
  - Paralelamente a ese cable, el adjudicatario desplegará otro cable de fibra óptica para su explotación, a quien se le permitirá su explotación durante un período de 15 o 20 años, pero quedando siempre esta como propiedad del Ayuntamiento.
  - Necesidad de pagar un canon al Ayuntamiento por la explotación de la red.

Conforme a lo anterior, Cablerunner solicita a esta Comisión que se pronuncie *“en relación a las obligaciones que impone el Ayuntamiento de Benidorm para el despliegue y explotación de una red de fibra óptica en sus municipio y cuáles son los derechos y obligaciones con los que contamos los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas para el desarrollo, despliegue y explotación de una red de fibra óptica oscura en la ciudad de Benidorm”*.

**SEGUNDO.-** Con fecha 29 de mayo del presente año, se dio traslado del escrito anterior al Ayuntamiento de Benidorm, con el fin de que se pronunciase sobre dicha consulta si lo estimaba conveniente. Asimismo, por ser necesario para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los que debe pronunciarse esta Comisión, se le requirió para que remitiera determinada información.

**TERCERO.-** Con fecha 3 de junio del año en curso, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado por el Ayuntamiento de Benidorm por el que venía a dar cumplimiento del requerimiento de información referido en el apartado anterior.

## **II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO.- HABILITACIÓN COMPETENCIAL DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES**

Según lo establecido en el artículo 48 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tiene por objeto *“el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de*



*telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, conforme a lo previsto por su normativa reguladora, la resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos*". Para el cumplimiento de este objeto, la Ley atribuye a esta Comisión determinadas funciones, además de cualesquiera otras que legal o reglamentariamente se le atribuyan o le encomienden el Gobierno o el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.

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.

La consulta planteada se encuentra dentro del ámbito previsto en el citado artículo 29.2 a).

## **SEGUNDO.- OBJETO DE LA CONSULTA**

El presente Acuerdo, cuyo objeto es dar contestación a la consulta formulada por Cablerunner a esta Comisión, se centrará en los siguientes aspectos:

- Análisis del Pliego de condiciones convocado por el Ayuntamiento de Benidorm y su conformidad con el marco normativo actual.
- Análisis del régimen jurídico relativo a la ocupación del dominio público para el establecimiento de redes de telecomunicaciones y límites que, en su caso, puede imponer el Ayuntamiento de Benidorm.

## **TERCERO.- ANÁLISIS DEL CONCURSO CONVOCADO POR EL AYUNTAMIENTO DE BENIDORM PARA LA CREACIÓN DE UNA RED DE FIBRA ÓPTICA**

### **a) Descripción del servicio sometido a concurso por Ayuntamiento de Benidorm**

El Ayuntamiento manifiesta que, a principios de 2008, la Universidad de Alicante realizó un estudio para ese Consistorio *"La percepción de los ciudadanos de Benidorm sobre las TIC y la E-administración"* donde se puso de manifiesto la baja



penetración del cable en el municipio, de tan solo un 6%, frente al 19,3% registrado en la Comunidad Valenciana.

A la vista de estos datos, el Ayuntamiento de Benidorm decidió tomar alguna iniciativa para paliar esta carencia y, en base a ello, con fecha 29 de septiembre de 2008, el Pleno Municipal del Ayuntamiento de Benidorm convocó un concurso público para otorgar, mediante concesión, un contrato de gestión del servicio público para la creación de una red de fibra óptica en el municipio de Benidorm, cuyo objeto englobaba la realización, por parte del adjudicatario, de las siguientes actuaciones:

- La **construcción** de una red de fibra óptica en el municipio de Benidorm (REFOM), comprometiéndose el adjudicatario a su ejecución, instalación y certificación bajo la modalidad de “llave en mano”.

Esta red, conforme a lo establecido en el Pliego, debía estar formada por dos segmentos claramente identificados:

- Un segmento exclusivo, denominado REFOM-E, formado por la parte de red que posteriormente sería explotada en exclusiva por el Consistorio en régimen de autoprestación. Estando el adjudicatario obligado a interconectar con fibra determinadas dependencias y servicios municipales (según el proyecto 27).
  - Un segmento público, denominado REFOM-P, formado por la parte de la red destinada al uso público. Sobre este tramo de red el adjudicatario recibiría la concesión municipal para su explotación privada. Este segmento sería empleado por el adjudicatario, como se establece expresamente en el Pliego de Prescripciones Técnicas, para proveer de infraestructura de telecomunicaciones de banda ancha a aquellos operadores que, en su caso, lo solicitasen, no pudiendo el adjudicatario negar la prestación del servicio mientras haya capacidad en la infraestructura.
- La **conservación** de la REFOM de Benidorm, comprometiéndose el adjudicatario a conservar la totalidad de las obras e instalaciones que realizase, incluyendo los materiales y elementos complementarios que conformaran el servicio finalmente contratado.

La titularidad de la red descrita quedaría en manos del Ayuntamiento. En contraprestación por su creación, el adjudicatario recibiría una concesión municipal, por un plazo de 15 años prorrogable por 5 años más, para la explotación privada a nivel mayorista del segmento de red de uso público (REFOM-P), de tal forma que la empresa adjudicataria pudiera resarcirse de la inversión efectuada mediante el cobro de la correspondiente tarifa que cobrase a los operadores usuarios de esa red de fibra óptica.

Adicionalmente, en el pliego de condiciones administrativas se prevé que el adjudicatario del contrato administrativo quedaba obligado al pago de un canon por el uso de la citada infraestructura al Ayuntamiento.



El concurso público aquí descrito resultó desierto por no haberse presentado ningún licitador. No obstante, el Ayuntamiento ha manifestado a esta Comisión su intención de volver a convocar concurso similar, si bien no tienen aún fecha concreta para ello.

**b) Adecuación de determinadas cláusulas del concurso convocado por el Ayuntamiento de Benidorm al marco regulatorio actual**

En primer lugar, esta Comisión quiere poner de manifiesto su conformidad con las iniciativas de las Administraciones Públicas para potenciar el despliegue de redes de fibra óptica. No obstante, estas iniciativas deben cumplir con la normativa de comunicaciones electrónicas.

Por tanto, el objeto del presente apartado no es enjuiciar la actuación del Ayuntamiento de Benidorm en la convocatoria del concurso, sino simplemente determinar su adecuación al ordenamiento sectorial de comunicaciones electrónicas, de forma que, si el Consistorio decide sacar a concurso nuevamente el proyecto, pueda tener en cuenta las observaciones aquí realizadas.

**- En relación a la consideración del servicio de comunicaciones electrónicas como servicio público**

Esta Comisión ha observado que en la convocatoria del concurso, el Ayuntamiento de Benidorm considera las comunicaciones electrónicas como un servicio de titularidad pública prestado al amparo de un contrato administrativo de gestión de servicio público. Así, la mayoría de las cláusulas del Pliego de condiciones se corresponden con las notas esenciales de los contratos de gestión de servicios públicos (otorgamiento de una concesión por 20 años, canon que el adjudicatario debe satisfacer a la Administración, procedimiento de revisión de precios, etc..).

Como ha señalado esta Comisión reiteradamente, tras la liberalización del sector de las telecomunicaciones culminado con la entrada en vigor de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (derogada por la vigente LGTel), el nuevo marco legal que rige la prestación de servicios y la explotación de redes de telecomunicaciones contempla estas actividades como servicios de interés general que se prestan en régimen de libre competencia y no como servicios de titularidad pública, cuyo ámbito competencial, en virtud de lo establecido en el artículo 149.1.21 de la Constitución Española y del artículo 1 de la LGTel, es de titularidad estatal.

Precisamente el artículo 2 de la LGTel establece que las telecomunicaciones se consideran servicio de interés general que se prestan en régimen de libre competencia, con excepción de los servicios que deba prestar el Estado en exclusiva cuando así lo justifiquen motivos de seguridad nacional y/o defensa civil, y del servicio universal.

Procede señalar que los contratos de prestación de servicio público resultan adecuados sólo para la gestión o suministro de un servicio público y no de servicios de interés general cuya titularidad no es ya pública y en cuya prestación no es posible imponer condiciones o limitar el número de operadores, más allá de los casos previstos en la legislación sectorial aplicable.



En base a ello esta Comisión desea reiterar, como ya ha hecho en anteriores ocasiones<sup>2</sup>, su disconformidad con el uso por parte de las Administraciones Públicas del contrato de gestión de servicios público en procesos de licitación para la explotación de redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.

Por tanto, sería conveniente que el Ayuntamiento de Benidorm, en el caso de emitir un nuevo concurso público en relación con la citada red de fibra óptica, eliminara todas aquellas cláusulas típicas del contrato de servicio público.

**-En relación con el cumplimiento de los requisitos exigidos por la normativa sectorial de comunicaciones electrónicas vigente para explotar redes y prestar servicios de comunicaciones electrónicas.**

El capítulo I del Título II de la LGTel contiene el régimen jurídico básico que regula la forma en la que debe realizarse el acceso por los interesados al ejercicio de su derecho preexistente a la explotación de redes y a la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de libre competencia.

De esta forma, el artículo 6.2 de la LGTel impone como única obligación la notificación a esta Comisión, con anterioridad al inicio de la actividad, de la intención de explotar una red o prestar un servicio de comunicaciones electrónicas, en los términos que se determinan en el 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 de Servicio Universal).

La obligación de notificación sólo nace cuando el servicio a prestar es un servicio de comunicaciones electrónicas o cuando la red a explotar sea una red pública de comunicaciones electrónicas, es decir cuando sobre la misma se presten servicios de comunicaciones disponibles al público.

Al respecto, el Anexo II, en su apartado 28, de la citada LGTel, define el servicio de comunicaciones electrónicas como el *“prestado por lo general a cambio de una remuneración que consiste, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas, con inclusión de los servicios de telecomunicaciones y servicios de transmisión en las redes utilizadas para la radiodifusión, pero no de los servicios que suministren contenidos transmitidos mediante redes y servicios de comunicaciones electrónicas o de las actividades que consistan en el ejercicio del control editorial sobre dichos contenidos; quedan excluidos, asimismo, los servicios de la sociedad de la información definidos en el artículo 1 de la Directiva 98/34/CE que no consistan, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas.”*

Igualmente, el Anexo II, en su apartado 13 define la explotación de la red como *“la creación, aprovechamiento, el control o la puesta a disposición de dicha red”* y el apartado

---

<sup>2</sup> Resolución por la que se da contestación a la consulta planteada por Cableuropa, S.A.U. sobre la adecuación del pliego de cláusulas administrativas y económicas del concurso convocado por el Excmo. Ayuntamiento de Mérida al marco regulatorio vigente de comunicaciones electrónicas (RO 2007/663).



26 define el concepto de “red pública de comunicaciones” como *“la red de comunicaciones electrónicas que se utiliza, en su totalidad o principalmente, para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público”*. Es decir, para poder calificar una red de comunicaciones como una red pública es necesario que el servicio que se soporta sobre la misma sea un servicio de comunicaciones electrónicas y que, además, esté disponible al público en general.

Como anteriormente se ha señalado, cuando un operador tiene la intención de explotar redes o prestar servicios de comunicaciones electrónicas deberá notificar su intención a esta Comisión, al objeto de que se inscriba en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas cuya llevanza compete a esta Comisión.

En este sentido, el artículo 6 de la LGTel establece que *“podrán explotar redes y prestar servicios de comunicaciones electrónicas a terceros las personas físicas o jurídicas nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea o con otra nacionalidad cuando, en el segundo caso, así este previsto en los acuerdos internacionales que vinculen al Reino de España”*. Adicionalmente, en su apartado 2 se dispone que *“los interesados en la explotación de una determinada red o en la prestación de un determinado servicio de comunicaciones electrónicas deberán, con anterioridad al inicio de la actividad, notificarlo fehacientemente a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en los términos que se determinen mediante real decreto, sometiéndose a las condiciones previstas para el ejercicio de la actividad que pretendan realizar. Quedan exentos de esta obligación quienes exploten redes y se presten servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de autoprestación”*.

De esta forma, basta realizar una notificación a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, tras la cual seguirá una inscripción en el Registro de Operadores, quedando exentos de este régimen quienes exploten redes o se presten servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de autoprestación.

A la vista del citado régimen general, debemos analizar ahora qué actividades de las descritas en el proyecto, tanto las que realizará el Consistorio como el adjudicatario, pueden ser consideradas susceptibles de inscripción en el citado Registro de Operadores.

Del Pliego de Prescripciones Técnicas se puede concluir que el Ayuntamiento tiene la intención de crear una red de fibra óptica sobre la que ostentará la titularidad. A su vez, esta red se dividirá en los siguientes segmentos:

- (i) Segmento exclusivo, denominado REFOM-E, que conformará un segmento de red que será de uso exclusivo del Ayuntamiento y será explotado por este en régimen de autoprestación.
- (ii) Segmento público, denominado REFOM-P, que contendrá la parte de red destinada a uso público y sobre la que el adjudicatario recibirá la concesión municipal para su explotación privada. Este segmento será empleado por el adjudicatario para proveer de infraestructuras de telecomunicaciones de banda ancha a aquellos operadores que lo soliciten.



Por otro lado, **respecto al primer tramo de red (i)**, el Pliego de Prescripciones Técnicas establece que, sobre el segmento de red denominado REFOM-E, el Ayuntamiento de Benidorm va a prestar un servicio de banda ancha en régimen de **autoprestación**.

Así, en el Anexo I del citado Pliego se detallan aquellos Centros Municipales sobre los que el Consistorio prestará el servicio de banda ancha, entre los que se encuentran: Ayuntamiento, bibliotecas, centros educativos y culturales, policía, centros deportivos, una estación de autobuses, un almacén municipal y una imprenta, entre otros.

Como ha indicado esta Comisión en varias ocasiones<sup>3</sup>, la prestación del servicio general de Proveedor de acceso a Internet se considera como autoprestación en aquellos supuestos en que dicha prestación sea necesaria o complementaria para satisfacer las necesidades de los servicios municipales prestados en tales ubicaciones. En consecuencia, la prestación del servicio general de acceso a Internet en bibliotecas, centros culturales y centros de fomento de actividades sociales y culturales, en los espacios y para las actividades destinados a cursos o funciones educativo-culturales, se considera autoprestación y, por tanto, no está sujeta al régimen de notificación de la LGTel.

Fuera de los supuestos anteriores, la prestación del servicio de acceso general a Internet no se encuadra en el régimen de exención de la autoprestación toda vez que no se constata que la prestación de dicho servicio sea necesaria o complementaria para satisfacer las necesidades de los servicios municipales prestados en tales dependencias. En estos supuestos, la prestación del servicio general de acceso a Internet implica prestar un servicio de comunicaciones electrónicas disponible al público, lo que supone que la red sobre la que se prestan los mismos será una red pública de comunicaciones electrónicas, en el sentido del apartado 26 del Anexo de la LGTel, debiendo estar inscrito el interesado en prestar dicho servicio en el Registro de Operadores de esta Comisión.

Por tanto, en el caso de que el Ayuntamiento decida efectivamente prestar este servicio, deberá inscribirse en el Registro de Operadores como prestador del servicio de Proveedor de acceso a Internet ya que parte de los centros sobre los que se va a prestar el mismo quedan fuera de los supuestos considerados por esta Comisión como autoprestación (como por ejemplo, los centros deportivos, la estación de autobuses, el almacén municipal, etc..).

Por lo que se refiere a la red a través de la cual se va a prestar el citado servicio, como ya se ha puesto de manifiesto con anterioridad, de acuerdo con la LGTel, la obligación de notificación sólo nace cuando la red a explotar sea una red pública de

---

<sup>3</sup> Entre otras: Resolución relativa al Informe en relación con el régimen jurídico aplicable a la explotación de redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas (RO 2008/1350) y Resolución de 9 de marzo de 2009 por la que se da contestación a la consulta planteada por el Institut Municipal d'Informàtica (Ayuntamiento de Barcelona) sobre si la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas de acceso a Internet en determinados centros puede considerarse incluida en el régimen de autoprestación (RO 2009/193).



comunicaciones electrónicas, es decir cuando sobre la misma se presten servicios de comunicaciones disponibles al público. Teniendo en cuenta que se considera explotación de una red de comunicaciones electrónicas la creación, aprovechamiento, el control o la puesta a disposición de dicha red y que se considera una red pública aquella que se utiliza, en su totalidad o principalmente, para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público, debe concluirse que el Consistorio también estará obligado a notificar tal actividad a esta Comisión.

Asimismo, resulta oportuno recordar que las Administraciones Públicas para el desempeño de su actividad como operadores están sometidas a lo dispuesto en el artículo 8.4 de la LGTel, a cuyo tenor, la prestación o explotación en el mercado de servicios o redes de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas se deberá ajustar a lo dispuesto en la citada ley y sus normas de desarrollo y se realizará con la debida separación de cuentas y con arreglo a los principios de neutralidad, transparencia y no discriminación, pudiendo, esta Comisión, imponerles condiciones especiales que garanticen la no distorsión de la libre competencia.

**Respecto al segundo tramo de red (ii)** o REFOM-P, debemos indicar que responde a las características propias de una red neutra. Si bien en la normativa actual no existe una definición de “operador neutro”, esta Comisión ha definido la citada figura en la Resolución de 2 de abril de 2009<sup>4</sup>, indicando que *“podemos considerar como tal aquel que se encarga del despliegue de una red de acceso y transporte de comunicaciones electrónicas y permite a otros operadores prestar servicios minoristas a través de la misma. El despliegue de dicha red de acceso consistirá en la creación, puesta a disposición y control de la obra civil (formada principalmente por canalizaciones, arquetas, cámaras, postes, locales específicos para la instalación de los equipos, etc.) y de equipos de transmisión de fibra óptica (principal tecnología sobre la que se desplegarán las redes de nueva generación). El “operador neutro” puede actuar bien como operador de red que pone la misma a disposición de terceros operadores, o bien alquilando la capacidad de sus canalizaciones o la reventa de capacidad de su fibra oscura desplegada por sus canalizaciones sin necesidad de gestionar elementos de red”*.

Como ya hemos indicado con anterioridad, la creación y control de la red en el presente caso corresponderá al Ayuntamiento de Benidorm. No obstante, el servicio mayorista no será prestado por el Ayuntamiento directamente, sino que éste contratará con un tercero (el adjudicatario) la explotación de la red a nivel mayorista.

Por tanto, accesoriamente a la necesidad de inscribirse como explotador de una red de comunicaciones electrónicas por parte del Ayuntamiento, debe concretar qué servicios prestaría el adjudicatario.

Así, de la descripción aportada, se puede concluir que el adjudicatario del citado concurso, prestará un servicio mayorista de provisión de infraestructuras de telecomunicaciones de fibra óptica que estará disponible para aquellos operadores que lo soliciten, lo cual conllevará, tal y como se estableció en la Resolución de abril

---

<sup>4</sup> Resolución por la que se pone final período de información previa a la apertura de un procedimiento sancionador contra el Ayuntamiento de Miguelturra y se acuerda no iniciar el mismo (RO 2008/1652).



del 2009 antes citada, la necesidad de que el adjudicatario se inscriba tanto para explotar una red de fibra oscura como para prestar un servicio de reventa de capacidad.

#### **CUARTO.- RÉGIMEN JURÍDICO GENERAL SOBRE EL DERECHO DE LOS OPERADORES A LA OCUPACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO Y LÍMITES QUE PUEDE IMPONER LA ADMINISTRACIÓN**

Como ya se indicó anteriormente, la 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 cuestiones, que a los operadores de comunicaciones electrónicas les son exigibles el cumplimiento de determinadas obligaciones –principalmente recogidas en el Capítulo I del título III 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 mismo título III sobre los “Derechos de los operadores a la ocupación del dominio público”.

En concreto, la legislación española reconoce a los operadores de comunicaciones electrónicas el derecho a la ocupación del dominio público en la medida en que ello sea necesario para el establecimiento de la red de comunicaciones electrónicas de que se trate (artículos 26.1 de la LGTel y 57 del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por Real Decreto 424/2005, de 15 de abril).

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, a través de una autorización por parte de la Administración, para hacer posible el despliegue de la citada red y con ella el acceso a los usuarios finales<sup>5</sup>.

Sin embargo, el artículo 28 de la LGTel establece que también será de aplicación en la ocupación del dominio público, la normativa específica relativa a la gestión del dominio público concreto de que se trate y la regulación dictada por su titular en aspectos relativos a su protección y gestión.

En base a ello, el artículo 29 establece que *“La normativa a que se refiere el artículo anterior deberá, en todo caso, reconocer el derecho de ocupación del dominio público o la propiedad privada para el despliegue de las redes públicas de comunicaciones electrónicas de conformidad con lo dispuesto en este título. En cumplimiento de la normativa de la Unión Europea, se podrán imponer condiciones al ejercicio de este derecho de ocupación por los operadores, que estarán justificadas por razones de protección del medio ambiente, la salud pública, la seguridad pública, la defensa nacional o la ordenación urbana y territorial. La*

---

<sup>5</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.



*entidad de la limitación que entrañen para el ejercicio de ese derecho deberá resultar proporcionada en relación con el concreto interés público que se trata de salvaguardar.*

*Estas condiciones o límites no podrán implicar restricciones absolutas al derecho de ocupación del dominio público y privado de los operadores. En este sentido, cuando una condición 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 igualdad de condiciones”.*

En desarrollo de esta previsión legal, el artículo 57 del Reglamento de Servicio Universal establece que “[...]los operadores tendrán derecho, en la medida en que sea necesario para el establecimiento de una red pública de comunicaciones electrónicas y en los términos establecidos en el capítulo II del título III de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, a la ocupación del dominio público y de la propiedad privada.

*Los operadores, para el ejercicio de dichos derechos, estarán obligados a cumplir las condiciones exigibles que se establecen en este reglamento y, en concreto, las normas que se fijen por las Administraciones públicas competentes de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 29 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, y con sujeción a los límites de emisión que se establezcan en desarrollo de lo previsto en el artículo 44.1.a) de dicha ley”.*

Por tanto, se debe concluir que el ordenamiento jurídico sectorial de comunicaciones electrónicas reconoce el derecho de los operadores al uso del dominio público. No obstante, estos derechos no son absolutos ya que la propia LGTel admite la posibilidad de insertar restricciones a la ocupación del dominio público local siempre que estas limitaciones puedan justificarse, por razones de medio ambiente, salud pública, seguridad pública, la defensa nacional o la ordenación urbana y territorial.

**- En relación a la posibilidad de imponer restricciones por parte de los Ayuntamientos a la ocupación del dominio público municipal por los operadores de comunicaciones electrónicas**

Según expone Cablerunner en su consulta, tras quedar desierto el concurso antes referido, esa entidad mantuvo una reunión de carácter comercial con personal del Ayuntamiento con el objetivo de plantear al Ayuntamiento distintas propuestas y alternativas al despliegue de fibra óptica en el municipio. No obstante, Cablerunner se encontró con la negativa del Consistorio (hecho que no ha negado el Ayuntamiento de Benidorm en su escrito) a realizar ningún tipo de despliegue que no fuera el proyectado por el Ayuntamiento y respetando las condiciones impuestas en el citado proyecto.

Como ha quedado señalado con anterioridad, el artículo 26.1 de la LGTel reconoce 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.

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. Además 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, salud pública, la seguridad pública, la defensa nacional o la ordenación urbana o territorial, debiendo ser la entidad de la limitación de ese derecho proporcionada en relación con el interés público a salvaguardar.

Por tanto, el marco normativo actual, establece que este derecho que asiste a los operadores no puede ser coartado por las Administraciones públicas titulares del dominio público *per se*, sino mas bien lo contrario, la limitación de este derecho debe ser algo excepcional y únicamente por las razones tasadas en la Ley y no pudiendo suponer tales limitaciones nunca una restricción absoluta al derecho de la ocupación del dominio público.

Esta limitación en el ejercicio de sus competencias a las Administraciones titulares del dominio público ha sido, a su vez, consagrada por el Tribunal Supremo en varias ocasiones, Sentencia de 24 de enero de 2000, Sentencia de 18 de junio de 2001 y Sentencia de 15 de diciembre de 2003, de la siguiente forma:

*“(...) 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 el caso que nos ocupa, el Consistorio parece supeditar el otorgamiento de una autorización al operador Cablerunner a la construcción de un proyecto elaborado por el propio Ayuntamiento, el cual no tiene porqué responder a las necesidades y plan de negocio del operador. La aparente razón que daría el Ayuntamiento para negar la ocupación del dominio público no sería de tal índole como para justificar la supuesta denegación, pues como anteriormente se ha mencionado, únicamente se puede limitar el uso del dominio público por las previsiones del artículo 29 de la LGTel, circunstancias que en el presente supuesto no parecen concurrir.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y en el artículo 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior aprobado por Resolución del Consejo de la Comisión de fecha 20 de diciembre de 2007 (B.O.E. de 31 de enero de 2008), con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

***El presente documento está firmado electrónicamente por el Director de Asesoría Jurídica, Miguel Sánchez Blanco (P.S. art. 7.2 Texto Consolidado RRI de la CMT, Resol. Consejo de 20.12.2007, BOE de 31 de enero de 2008), con el Visto Bueno del Presidente, Reinaldo Rodríguez Illera.***