

**ACUERDO POR EL QUE SE DA CONTESTACIÓN A LA CONSULTA
FORMULADA POR LA DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE LA CORUÑA SOBRE
LA APLICABILIDAD DEL DECRETO DE 13 DE MAYO DE 1954**

CNS/DTSA/388/16/DECRETO DE 13 DE MAYO DE 1954

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D. Diego Rodríguez Rodríguez

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

D. Benigno Valdés Díaz

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 24 de enero de 2017

La Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC), en su reunión de 15 de diciembre de 2016, ha acordado dar la presente contestación a la consulta formulada por la Diputación Provincial de La Coruña en relación con determinadas cuestiones relativas al Decreto de 13 de mayo de 1954.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CONSULTA

La Diputación Provincial de La Coruña ha planteado, por escrito de fecha 21 de septiembre de 2016, una consulta a la CNMC, sobre la base de los siguientes hechos:

- Esa Diputación cuenta con una red de carreteras de 2.100 kilómetros, habiéndose instalado en la zona de dominio público provincial a lo largo del tiempo postes de telefonía.
- Dentro de los planes de inversión de esa Diputación se están realizando actuaciones dirigidas a ampliar el ancho de dichas carreteras.
- Con motivo de dichas ampliaciones, en muchos casos resulta necesario trasladar postes de líneas telefónicas, entre otros servicios afectados.
- Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica) ha presentado ante esa Diputación el presupuesto de traslado de postes, aplicando el

Decreto de 13 de mayo de 1954, que establece que corresponde el pago del 50% a la administración titular de la carretera y el otro 50% a Telefónica, incluyendo los conceptos que considera oportunos. Se señala, asimismo, que dicha sociedad sería la que ejecutaría el proyecto, directamente o bien a través de empresas a las que encomendaría el traslado de los citados postes, y la Diputación abonaría el 50% del presupuesto, una vez ejecutado el mismo.

- Para la valoración de los traslados de los postes se tiene en cuenta la Orden Ministerial de 9 de junio de 1981, por la que se aprueba el nuevo baremo de precios de aplicación a la modificación o traslado de líneas telefónicas, así como la Orden de 5 de junio de 1978, por la que se aprueban las fórmulas polinómicas para la revisión de baremos de precios de aplicación a la modificación o traslado de líneas telefónicas, donde se detalla la fórmula de revisión a aplicar anualmente para el cálculo de las valoraciones.

A la vista de lo expuesto, y teniendo en cuenta las nuevas circunstancias, según la Diputación, en especial que los servicios de telecomunicaciones ya no se presta en régimen de monopolio, se plantean las siguientes cuestiones sobre las que se solicita el criterio de la CNMC:

1º.- Si está en vigor la normativa citada, que parece contradictoria con los principios básicos de competencia, recogidos en la Constitución y en el Derecho Comunitario.

2º.- Si el presupuesto elaborado de manera unilateral por Telefónica puede ser vinculante para la Diputación en todo su contenido:

- A) A precios unitarios.
- B) Unidades de obra (se incluyen tipologías de postes y unidades de obra que pueden no corresponderse con las características de las instalaciones que son objeto de traslado).
- C) No se valora el concepto de “costo recuperado”.

3º.- Si el traslado de postes lo puede contratar solo Telefónica o puede contratarlo la Diputación de acuerdo con los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación.

4º.- Si se adjudica a Telefónica, plantean las siguientes cuestiones:

- A) ¿qué procedimiento de adjudicación debe utilizar, teniendo en cuenta que se financia parcialmente con fondos públicos?
- B) ¿Es posible la adjudicación a empresas vinculadas a Telefónica?

C) Si el coste real y efectivo de la ejecución del traslado de postes es inferior al presupuesto, ¿debe reintegrar Telefónica la parte proporcional “de la economía” que financia la Diputación?

5º.- Si adjudica la Diputación se plantea por su parte la siguiente cuestión: ¿Qué condiciones puede establecer la empresa titular del tendido de telefónica para permitir la libre concurrencia, en particular el plazo máximo para dar la autorización para ejecutar la obra? En este sentido, la Diputación pone de manifiesto que una vez que se haya ampliado la carretera, la permanencia de los postes de telefónica en su ubicación inicial supondría un grave riesgo para la circulación de vehículos.

II. HABILITACIÓN COMPETENCIAL

Las competencias de la CNMC para contestar la presente consulta resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial. Tal y como señala el artículo 6.5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, Ley CNMC), corresponde a este Organismo “realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, y su normativa de desarrollo”. Esta remisión a la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, ha de entenderse efectuada en la actualidad a la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), que ha derogado la anterior ley.

En este sentido, el artículo 70 de la LGTel, en su apartado I), establece la competencia de esta Comisión para ser consultada por el Gobierno y el Ministerio de Industria, Energía y Turismo en materia de comunicaciones electrónicas, particularmente en aquellas materias que puedan afectar al desarrollo libre y competitivo del mercado. Igualmente, la CNMC podrá ser consultada en materia de comunicaciones electrónicas por las comunidades autónomas y las corporaciones locales.

Por su parte el artículo 8.1 del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto orgánico de la CNMC, atribuye al Consejo de este organismo, entre otras, las funciones consultivas previstas en la Ley.

En particular, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC resulta competente para emitir este informe, en virtud de lo previsto en los artículos 20.1 y 21.2 de la Ley CNMC y los artículos 8.1 y 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto.

III. VALORACIÓN

a) Antecedentes del Decreto de 13 de mayo de 1954

Una de las principales características de la ordenación jurídica tradicional de las actividades que, en la actualidad, se identifican bajo el título de telecomunicaciones, ha sido la de su consideración como un monopolio natural, calificación que conllevó su calificación como un servicio público, y de la que derivan diferentes consecuencias jurídicas, de entre las cuales interesa destacar, a los efectos planteados en la presente consulta, su prestación en el pasado en régimen concesional, la cual se formalizó mediante el convenio suscrito entre el Estado y la Compañía Telefónica Nacional de España (CTNE), aprobado por el Real Decreto de 25 de agosto de 1924¹, cuya base sexta señalaba expresamente lo siguiente:

“Para atender a las necesidades del debido desarrollo de los servicios objeto de este contrato, el Estado, cuando y a medida que lo solicite la Compañía, otorgará a ésta todos los derechos y servidumbres que sean útiles para los fines que requiera la misma y que pueda otorgarle el primero para la instalación y conservación de postes, alambres, cables, apoyos, cañerías, conductos, edificios y otros medios y obras, según lo exija el servicio de la Compañía.

La Compañía tendrá el derecho de expropiación de los terrenos y propiedades necesarias para los fines anteriormente citados. A estos efectos se declaran de utilidad pública todas las obras y servicios mencionados en este contrato y necesario el paso por terrenos que deben cruzar o en que deban apoyarse las líneas de la Compañía.”

Desarrollando esta base, el Real Decreto de 21 de noviembre de 1929, mediante el que se aprueba el Reglamento para la ejecución del contrato celebrado entre el Estado y la Compañía Telefónica Nacional de España, de 29 de agosto de 1924, establecía lo siguiente:

- a) Los diferentes organismos de la Administración Central, provincial o municipal, y toda Corporación o entidad de carácter público, concederían a la CTNE, a título gratuito y sin pago de canon o indemnización alguna, cuantas servidumbres, autorizaciones y demás facilidades requiriera, al estar facultada dicha Compañía a ejercitar con carácter general todos los derechos inherentes al Estado (art. 53).
- b) La CTNE quedaba facultada para ser ella la que designase el lugar en que las instalaciones habían de situarse, *“no pudiendo ser obligada a*

¹ CTNE inició su andadura como empresa de capital enteramente privado y tutelada por la compañía norteamericana International Telephone and Telegraph Corporation (ITT) –entre 1924 y 1945-; para pasar a tener capital estatal y privado, compartido, pero controlada completamente por el Estado –entre 1945 y 1995-; privatizándose el 100% de sus acciones en 1995.

variar el trazado de las mismas por los propietarios de las fincas que se pretenda expropiar” (art. 66).

- c) A las condiciones fijadas por estas disposiciones no podrían aplicarse las reglas generales fijadas por las leyes o normas, tanto de carácter general como particular, que dictase el Estado o las corporaciones de carácter público, relativas a esta clase de autorizaciones y permisos (artículo 65).

Posteriormente, el Decreto de 10 de octubre de 1952, dictado para el supuesto de modificación y traslado de las líneas telefónicas, estableció expresamente lo siguiente:

“Las autorizaciones para la ocupación de terrenos de dominio público por las líneas telefónicas se otorgarán siempre a título precario, quedando obligada la CTNE a realizar por su cuenta las modificaciones de las citadas líneas que requieran la explotación del ferrocarril, las obras de acondicionamiento y ensanche de las carreteras y el servicio público en general, cuando fuese ordenado por el organismo del Estado competente al efecto, sin derecho a indemnización alguna.”

De la lectura de este precepto se desprendían las siguientes consecuencias: a) la precariedad de las concesiones; b) la carga para la CTNE del coste de las modificaciones que resultaran precisas, lo que conllevaba una alteración del régimen previsto para las servidumbres en dominio privado en el artículo 545 del Código Civil, que atribuye los gastos por la variación de las servidumbres al titular del predio sirviente² y c) la ausencia de derecho a indemnización alguna por dichas obras.

b) Estipulaciones establecidas en el Decreto de 1954

El Estado modificó posteriormente la anterior regulación, mediante el Decreto de 13 de mayo de 1954 (publicado en el Boletín Oficial del Estado nº 136, de 16 de mayo de 1954), relativo a la ocupación del dominio público para instalaciones de comunicaciones (líneas o instalaciones telefónicas o telegráficas).

El régimen jurídico establecido en la meritada norma vino a sentar los siguientes principios:

² De conformidad con lo establecido en el artículo 545 del Código Civil, *“el dueño del predio sirviente no podrá menoscabar de modo alguno el uso de la servidumbre constituida. Sin embargo, si por razón del lugar asignado primitivamente, o de forma establecida para el uso de la servidumbre, llegara ésta a ser muy incómoda al dueño del predio sirviente, o le privase de hacer en él obras, reparos o mejoras importantes, podrá variarse a su costa, siempre que ofrezca otro lugar o forma igualmente cómodos, y de suerte que no resulte perjuicio alguno al dueño del predio dominante o a los que tengan derecho al uso de la servidumbre.”*

a) Gratuidad de la concesión

“Cuando para el establecimiento de líneas o instalaciones telefónicas y telegráficas sea precisa la ocupación de bienes de dominio público, se concretará la extensión y ubicación de las mismas, previo sumario expediente, a título gratuito y sin pago de canon ni indemnización alguna, en la forma reglamentariamente establecida para cada servicio por los diferentes organismos de la Administración Central, Provincial o Municipal, o en general, de las Corporaciones o entidades de carácter público que tengan a su cargo el servicio o la obra a que estén afectos aquellos bienes” (artículo primero).

b) Legalización de las ocupaciones

“Se entenderán legalizadas las ocupaciones de bienes de dominio público que en la actualidad estén ocasionadas por líneas o instalaciones de carácter telegráfico o telefónico, mediante su registro en el organismo correspondiente (artículo segundo).

c) Audiencia de los interesados

“Para la aprobación de planes de obras públicas que impliquen la modificación o traslado de líneas telegráficas o telefónicas ya instaladas en el terrenos de dominio público, será preciso que al acuerdo del organismo competente preceda vista del expediente y audiencia, que se darán por término de quince días a la Dirección General de Correos y Telecomunicación o la Compañía Telefónica Nacional de España, respectivamente” (artículo tercero).

d) Compartición de los costes entre la CTNE y la Administración por el traslado de líneas a instancias de esta última

“Los gastos que ocasione la modificación o traslado de las líneas telefónicas o telegráficas serán satisfechos en una mitad con cargo al presupuesto del servicio u obra pública que demande la modificación o traslado de las mismas, y la otra mitad, por la Compañía Telefónica Nacional de España, si se tratara de líneas telefónicas, o por la Dirección general de Correos y Telecomunicación, si se tratara de líneas telegráficas” (artículo cuarto)

e) Aprobación conjunta de proyecto y presupuesto

“A los efectos prevenidos en el artículo anterior y en la tramitación del proyecto correspondiente se estudiará y aprobará, conjuntamente, el proyecto y presupuesto de gastos de las modificaciones o traslados de las líneas telegráficas y telefónicas afectadas” (artículo quinto).

c) Vigencia del Decreto de 1954. Doctrina jurisprudencial

El convenio suscrito entre el Estado y la Compañía Telefónica Nacional de España (CTNE), aprobado por el Real Decreto de 25 de agosto de 1924, no mantuvo su vigencia hasta la ruptura legal del régimen concesional que trajo consigo la promulgación de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, sino que con anterioridad había sufrido ya dos importantes modificaciones: de un lado el contrato de 1924 fue sustituido por un nuevo contrato concesional aprobado por Decreto de 31 de octubre de 1946 y, por otro, siguiendo el mandato de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones, el Gobierno aprobó, el día 29 de noviembre de 1991, el contrato regulador de la concesión para la prestación de los servicios finales y portadores entre la Administración del Estado y Telefónica de España, S.A., contrato que fue suscrito entre los representantes del Gobierno y de Telefónica el día 26 de diciembre de 1991.

No obstante, ninguna de las dos modificaciones (aun siendo la segunda muy sustancial) afectó a la regulación de los derechos de Telefónica para la ocupación del dominio público y privado. A tal efecto, el Capítulo III del contrato de 1992 establecía lo siguiente:

“Telefónica tendrá derecho a la ocupación del dominio público necesario para la prestación de los mencionados servicios, a que se le otorguen las correspondientes concesiones de dominio público radioeléctrico, al establecimiento de servidumbres y limitaciones, a intervenir en la aprobación de las normas de planeamiento urbanístico en los términos que se establezcan en la legislación aplicable en la materia, y en especial en la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de la Telecomunicaciones y en los reglamentos de desarrollo de la misma, y a ostentar la condición de beneficiario en los procedimientos expropiatorios que resulten necesarios”

Por lo tanto, durante la vigencia del citado régimen contractual, no cabe duda de la vigencia y aplicabilidad del citado Decreto de 1954 por cuanto que, tal y como ya se ha señalado, el sector de las telecomunicaciones fue considerado en sus inicios como un monopolio natural, lo que conllevó que la prestación de los servicios de telecomunicaciones se configurase bajo el régimen de servicio público, con las consiguientes consecuencias jurídicas y prerrogativas que dicha consideración supuso para Telefónica –compañía nacional-, siendo un claro reflejo de ello el Decreto de 1954.

Esta calificación jurídica sufrió, no obstante, una primera quiebra en el ámbito comunitario como consecuencia de la publicación, en 1987, del «Libro verde sobre el desarrollo del Mercado Común de los Servicios y Equipos de Telecomunicaciones». El Libro Verde supuso una ruptura parcial de dicho monopolio, así como una separación entre los servicios de telecomunicaciones que, hasta entonces, se asociaban al servicio telefónico y su red. Esta separación permitió comenzar a distinguir entre redes y servicios básicos de otras redes, equipamientos y servicios. Dentro de esta segunda categoría,

podía, en algunos casos, actuarse en régimen de libre competencia. Establecía el Libro Verde, asimismo, una serie de principios y criterios para la liberalización de los servicios de telecomunicaciones en los países de la Unión Europea en años sucesivos.

En paralelo con el Libro Verde, y de acuerdo con los principios recogidos en él, se aprobó en España, en el mismo año, la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones, que, como su propio preámbulo señala, instaura el primer marco jurídico básico de rango legal aplicable al sector de las telecomunicaciones e inicia el proceso liberalizador en nuestro país.

Como consecuencia del carácter dinámico de las telecomunicaciones, la propia evolución del proceso liberalizador (tanto en el seno de la Organización Mundial del Comercio como en el ámbito de la Unión Europea) y la eliminación progresiva de los vestigios del monopolio natural, la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones de 1987 quedó pronto desfasada y fue necesario reformarla en profundidad. Así, se llevaron a cabo sucesivas adaptaciones de la misma, bien por medio de modificaciones expresas de ésta, a través de las alteraciones producidas por la Ley 32/1992, de 3 de diciembre, o por la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, o bien como consecuencia de la aprobación de leyes sectoriales que establecieron un régimen jurídico distinto para determinados ámbitos concretos, como la Ley 37/1995, de 12 de diciembre, de Telecomunicaciones por Satélite, o la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de Telecomunicaciones por Cable.

Todo ello conllevó a la aprobación de la Ley 11/1998, de 24 de abril anteriormente citada, mediante la que se instauró un régimen plenamente liberalizado en la prestación de servicios y el establecimiento y explotación de las redes de telecomunicaciones, abriendo el sector a la libre competencia entre operadores.

Por lo que se refiere a la configuración del derecho de ocupación del dominio público por Telefónica tras la liberalización del sector operada por la Ley de 1998, es importante señalar lo siguiente:

El artículo 44 de la Ley establecía que las condiciones y requisitos que se establecieran por las Administraciones titulares del dominio público, para la ocupación del mismo por los operadores de redes públicas, deberían ser, en todo caso, transparentes y no discriminatorios.

Por otra parte, en su disposición transitoria primera, apartados 6.b y c), se establecía:

“ b) *La normativa de desarrollo de la legislación vigente hasta la entrada en vigor de esta Ley tan sólo será de aplicación en lo que no se oponga a ella y, en especial, a las normas sobre libre competencia.*

c) Los títulos otorgados al amparo de la normativa a la que se refiere la letra b) deberán ser transformados en nuevos títulos, de conformidad con lo previsto en esta Ley, antes del 1 de agosto de 1999” (resaltado añadido)

La disposición transitoria octava establecía:

“Contrato del Estado con «Telefónica de España, Sociedad Anónima».

1. Si, conforme al apartado 6 de la disposición transitoria primera de esta Ley, «Telefónica de España Sociedad Anónima», el 31 de agosto de 1998, no hubiere solicitado la transformación de su actual concesión formalizada mediante el contrato celebrado con el Estado, el 26 de diciembre de 1991, en las correspondientes licencias individuales, se entenderá que el contenido de aquélla, en lo que no se oponga a lo dispuesto en esta Ley, continúa vigente, como título habilitante para la prestación de los servicios a los que se refiere.

2. A efectos de fijar el contenido de los derechos y obligaciones determinados en el citado título concesional que mantendrían su eficacia tras la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno, previa audiencia a «Telefónica de España, Sociedad Anónima», informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y dictamen del Consejo de Estado, adoptará el oportuno acuerdo.

*3. De conformidad con lo dispuesto en la cláusula tercera del contrato de 26 de diciembre de 1991, formalizador de la concesión otorgada a «Telefónica de España Sociedad Anónima», no darán derecho a indemnización por alteración del equilibrio económico las modificaciones derivadas de la aplicación de esta Ley que afecten al citado título habilitante. **En particular, las referidas modificaciones significan la necesidad de adecuación del régimen de derechos especiales o exclusivos al régimen de libre competencia, la igualdad de trato entre los operadores y la imposición de obligaciones al operador dominante.**” (resaltado añadido).*

Finalmente, por lo que se refiere a la Ley 11/1998 y la vigencia de la normativa anterior, la disposición derogatoria única establecía que sin perjuicio de lo previsto en la disposición transitoria primera quedaban derogadas, entre otras, cuantas otras disposiciones de igual o inferior rango a la presente Ley se opongan a lo dispuesto en ella.

De lo anteriormente expuesto podemos concluir, a priori, que Telefónica³, a partir de la Ley 11/1998 no puede gozar de mejor derecho de ocupación del dominio público o privado que el resto de los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas y, en ese sentido, debe ser analizada e interpretada la vigencia del Decreto de 1954.

Posteriormente, la Unión Europea, consciente de los importantes logros conseguidos, dirigió sus esfuerzos a consolidar el marco armonizado de libre competencia en las telecomunicaciones, esfuerzo que desembocó en la

³ Salvo norma con rango de Ley posterior o especial como la vigente Ley 15/1987, de 30 de julio, de Tributación de la CTNE.

aprobación de un nuevo marco regulador de las comunicaciones electrónicas en el año 2002, marco que fue traspuesto en España mediante la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

En el año 2010, la Unión Europea aprobó la Agenda Digital para Europa al objeto de impulsar la economía europea aprovechando las ventajas económicas y sociales sostenibles del mercado único digital. La Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, ha sido dictada, precisamente, con el fin de garantizar el cumplimiento de los objetivos de la referida Agenda.

Pues bien, a pesar del trascendental cambio conceptual que han sufrido las telecomunicaciones, que han pasado de considerarse como un servicio público (hasta el año 1987) a la calificación de servicios de interés económico general, ninguna de las normas referenciadas ha procedido a la derogación expresa del Decreto de 13 de mayo de 1954. Únicamente se encuentra una referencia al Decreto que nos ocupa en el Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento general para el desarrollo y ejecución de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, que establece en su disposición final primera lo siguiente:

“Por los Ministros de transportes, turismo y comunicaciones y de obras públicas y urbanismo se propondrán al Gobierno, en el plazo de tres meses, las modificaciones al Decreto de 13 de mayo de 1954, sobre ocupación de bienes de dominio público para la instalación de líneas telefónicas y telegráficas, que fueren precisas, para adaptarlo a lo dispuesto en la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de ordenación de las telecomunicaciones, y en la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas, en lo que se refiere al dominio público marítimo terrestre.”

Esta Comisión no tiene constancia de que la citada revisión del Decreto de 13 de mayo de 1954 se llevara efectivamente a cabo (o que se produjera modificación alguna para adaptar el mismo a la normativa sectorial vigente en materia de telecomunicaciones).

Es más, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al igual que los diferentes Tribunales Superiores de Justicia, ha mantenido la vigencia del referido Decreto en sentencias posteriores al proceso liberalizador de las telecomunicaciones. A estos efectos, cabe destacar los siguientes pronunciamientos:

- Sentencia de 20 de junio de 1990 (Id Cendoj: 28079130011990103755; RJ 1990\5442)

En esta sentencia, aunque el Alto Tribunal hace alusión expresa a la transformación en sociedad mercantil de Telefónica, mantiene la vigencia de los preceptos del Decreto referidos a la asunción de los costes del desplazamiento de líneas por la Administración (en este caso, local), responsable y titular de la obra pública que provoca el traslado de las mismas

(en este caso, local), si bien su fundamento se encuentra en la pervivencia del régimen de concesión del servicio público telefónico a favor de esa entidad. En concreto la sentencia señala lo siguiente:

*“(…) el artículo 4.1.º del Decreto de 13 de mayo de 1954 vino a determinar que, cuando fuere preciso revisar las instalaciones, los gastos que ello ocasione, habrán de ser abonados por mitad entre la Corporación que lo acuerde o solicite y la Compañía Telefónica Nacional de España pues bien, no hemos de olvidar que, cuando surjan colisiones de disposiciones normativas, -en este caso, Ordenanzas Municipales y Decretos legislativos del Estado-, ha de estarse, a una armonización de las mismas en el sentido de que, sin dejar de desconocerse el contenido de la legislación propia de los municipios, ésta ha de respetar asimismo el Régimen Jurídico especial existente en el Ordenamiento Jurídico general, en este caso para el servicio público telefónico; de forma que, si bien el Ayuntamiento hoy demandante dentro de aquella propia puede disponer la variación de las instalaciones de tal naturaleza en las vías municipales, **ello no implica que esté exento de soportar en un cincuenta por ciento los gastos de modificación que disponga o solicite;** pues si bien la Compañía Telefónica Nacional de España se encuentra bajo el régimen jurídico general de las sociedades anónimas mercantiles, es a la vez titular de la concesión del servicio público telefónico en todo el ámbito del Estado Español, lo que justifica dicha particularidad establecida en el citado Decreto de 13 de mayo de 1954; por lo que, al estar ajustadas a Derecho las resoluciones al presente combatidas, procedente es su confirmación, habiéndose de rechazar el actual recurso contencioso-administrativo, contra las mismas interpuesto.”*

El anterior fundamento de Derecho se reitera por el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de junio de 1990 (RJ 1990\5442).

- La existencia de una obligación de pago se reconoce asimismo en la Sentencia de 22 de diciembre de 1998 (Nº de Recurso: 4635/1991), de conformidad con la cual:

*(…) debe en un supuesto como el de autos afirmarse la **existencia de la obligación de pago que se demanda por venir la misma impuesta por una norma no afectada por causa alguna de derogación al tiempo en que aquella obligación surgió, cual es la contenida en el artículo 4 del Decreto de 13 de mayo de 1954, a cuyo tenor: «Los gastos que ocasione la modificación o traslado de las líneas telefónicas o telegráficas serán satisfechos en una mitad con cargo al presupuesto del servicio u obra pública que demande la modificación o traslado de las mismas, y la otra mitad, por la "Compañía Telefónica Nacional de España" si se tratara de líneas telefónicas, o por la Dirección General de Correos y Telecomunicación, si se tratara de líneas telegráficas».***

- Sentencia de 24 de enero de 2000 (Nº de Recurso: 114/1994):

En esta resolución el Supremo pone de manifiesto la obligatoriedad de conciliar el interés municipal “**con la condición que las telecomunicaciones tenían de servicio esencial en la LOT o de servicio de interés general que tienen en**

la LGT, y con el derecho que el artículo 16.2 de aquélla reconocía a los ciudadanos a acceder al servicio telefónico y con el régimen del «servicio universal de telecomunicaciones» a que se refiere la LGT (art. 37, y del que forma parte, entre otros contenidos que todos los ciudadanos puedan recibir conexión a la red telefónica pública fija y acceder a la prestación del servicio telefónico fijo disponible para el público).

“Dicha norma ha sido objeto de examen por la jurisprudencia postconstitucional en diversas sentencias y así por ejemplo en la de 20 de abril de 1999, se ha señalado que: “Es ésta una jurisprudencia consolidada que se inicia en las sentencias de 4 de enero de 1983 y 5 de octubre de 1984, y se ha mantenido de forma constante y reiterada hasta las más recientes sentencias de 22 de octubre de 1997, 11 de junio de 1998 y 10 de diciembre de 1998 entre otras muchas. Y decimos de forma constante, además de reiterada, porque la única sentencia que se invoca por la parte apelante como contradictoria (Sentencia de la Sala 4ª de 11 de febrero de 1985), aparte de ser una sentencia aislada carente de virtualidad para modificar la doctrina jurisprudencial reiterada, antes y después de la misma, es que, además, tampoco contradice la doctrina general, sino que se limita a enjuiciar un caso concreto y singular, sin comprometer el criterio establecido con carácter general.

De hecho esta sentencia resume la doctrina jurisprudencial con la reproducción del contenido de un pronunciamiento de 1997:

*“es nutrida y unánime la Jurisprudencia de esta Sala respecto a la obligación en que se encuentran los Ayuntamientos o Entidades públicas de satisfacer la mitad de los gastos que ocasione la modificación o traslado de las líneas telefónicas con cargo al presupuesto del servicio u obra pública que demande esa modificación o traslado. En realidad, la obligación de efectuarlo así viene taxativamente determinada por el artículo 4.º del tan repetido Decreto” **Nos encontramos por tanto ante una obligación “ex lege” de la Administración contratante de dichas obras quien debe asumir su coste en la mitad con cargo al presupuesto (...).**”*

En base a la argumentación contenida, se estima el recurso reconociendo el derecho de Telefónica a que le sea abonada la cantidad reclamada con base al Decreto de 1954.

- En la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2005 (Recurso de Casación núm. 1166/2003) se menciona asimismo lo siguiente:

“En el sexto estima la nulidad del párrafo cuarto del art. 31 de la Ordenanza que hace referencia a que las redes colocadas con anterioridad deberán de ser soterradas por la compañía propietaria en el plazo de 20 años y a su cargo. Declara la sentencia que tal imposición choca con el art. 4 del Decreto de 13 de mayo de 1954, plenamente vigente. Pero lo significativo para acceder a la pretensión de la compañía recurrente es que en cualquier caso, «la Ordenanza impone la aplicación retroactiva de condiciones ordenando soportar el gravamen de forma exclusiva en el propio afectado, desentendiéndose de lo que un día fue

tolerado por la propia Administración local. Y tal aplicación retroactiva por imponer gravámenes o cargas al recurrente contraría el art. 9 de la Constitución Española y el artículo 2.3 del Código Civil, porque la retroactividad sólo puede venir determinada por Ley, pero no por una norma de rango inferior, lo que conlleva la estimación del recurso.”

- En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, en su sentencia de 25 de marzo de 2014 (Nº de Recurso: 422/2012), cuyo fundamento de Derecho tercero recoge expresamente lo siguiente:

“Estamos de acuerdo, que es de aplicación al supuesto, el precepto al que se refiere el Decreto de 13 de mayo de 1954. El precepto indica que los gastos que ocasione la modificación o traslado de las líneas telefónicas o telegráficas serán satisfechos en una mitad con cargo al presupuesto del servicio u obra pública que demande la modificación o traslado de las mismas y la otra mitad por la Compañía Telefónica Nacional de España si se tratara de líneas telefónicas, o por la Dirección General de Correos y Telecomunicación, si se tratase de líneas telegráficas. Dicha Norma ha sido objeto de examen por la Jurisprudencia postconstitucional en diversas Sentencias y así por ejemplo en la de 20 de abril de 1999, se ha señalado que: "Es ésta una jurisprudencia consolidada que se inicia en las sentencias de 4 de enero de 1983 y 5 de octubre de 1984, y se ha mantenido de forma constante y reiterada hasta las más recientes sentencias de 22 de octubre de 1997, 11 de junio de 1998 y 10 de diciembre de 1998 entre otras muchas.

“Como síntesis de esta doctrina jurisprudencial, constante y reiterada, puede recordarse lo que se decía en la citada sentencia de esta Sala de 22 de octubre de 1997: "es nutrida y unánime la Jurisprudencia de esta Sala respecto a la obligación en que se encuentran los Ayuntamientos o Entidades públicas de satisfacer la mitad de los gastos que ocasione la modificación o traslado de las líneas telefónicas con cargo al presupuesto del servicio u obra pública que demande esa modificación o traslado. En realidad, la obligación de efectuarlo así viene taxativamente determinada por el artículo 4º del tan repetido Decreto" Nos encontramos por tanto ante una obligación " ex lege" de la Administración contratante de dichas obras quien debe asumir su coste en la mitad con cargo al presupuesto.”

- Cabe citar finalmente la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 28 de marzo de 2014 (Autos núm. 1335/2012) en un asunto sobre responsabilidad extracontractual por daños, en el que nuevamente se reconoce la aplicabilidad del Decreto de 1954.

Así en su Fundamento Jurídico Sexto se señala expresamente lo siguiente:

“Aparece fuera de toda duda que la línea telefónica instalada en el lugar en el que se llevaba a cabo la excavación sufrió daños y que esos daños fueron consecuencia de las obras ejecutadas al efecto. Pero, al margen de ello, la discusión o controversia esencial entre las partes surge en función de la obligación que, con base en el Decreto de 13 de mayo de 1954 (que hay que

poner en relación, a su vez, con el anterior de 10 de octubre de 1952), corresponde a la entidad demandada de sufragar el 50% de los gastos ocasionados como consecuencia de la modificación o traslado de las líneas telefónicas, cuando venga impuesta por la ejecución de una obra pública (...)

*(...) (i) que tales disposiciones tiene una inequívoco carácter administrativo y tienden a regular la concesión y autorización (a título de precario, por otro lado) para la ocupación del dominio público de las líneas telefónicas y telegráficas, con repercusión en las relaciones de derecho administrativo y no en las de derecho privado entre particulares, siendo en el marco de aquéllas en las que hay que contemplar la obligación a la que aluden las partes; (ii) que, **en función de ello debe contemplarse la obligación de la actora de asumir el 50% del coste de la modificación de la línea cuando sea necesario como consecuencia de una obra pública, pero conviene matizar que no es que la administración promotora tenga que sufragar el otro 50%, sino que éste será satisfecho con cargo al presupuesto de la obra (art 4 del Decreto) debiendo incluirse en la tramitación administrativa del proyecto (art. 5) con lo cual se repercute como consecuencia de su adjudicación por el precio correspondiente que lo absorbe; por ello la adjudicataria, obligada a ejecutar el proyecto, no es ajena a ese coste como parece entender la demandada, ni es la administración promotora la que debe coordinarse al efecto con la titular del servicio (como se mantiene en la contestación a la demanda en el hecho primero), sino que en esa coordinación tiene que intervenir la contratista de la obra pública como obligada a ejecutar el proyecto adjudicado en el que se contempla la modificación o el desvío (y su coste) que hace preciso una nueva ocupación del dominio público (...).**"*

A la vista de las resoluciones judiciales analizadas, cabe concluir que la jurisprudencia ha avalado hasta la fecha la validez del Decreto de 1954, y en particular de su artículo 4, incluso tratándose de situaciones posteriores a la entrada en vigor del régimen liberalizador de las telecomunicaciones, no obstante, su aplicación debe ser respetuosa con la normativa general reguladora de los derechos y obligaciones de los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas en relación con el ejercicio de su derecho a la ocupación del dominio público en condiciones de igualdad de trato.

d) Análisis del Decreto de 1954 desde la perspectiva de la legislación sectorial

En la actualidad el régimen de ocupación del dominio público por los operadores en materia de despliegue de redes públicas de comunicaciones electrónicas es el regulado por los artículos 30 y siguientes de la LGTel de 2014.

Así, y de conformidad con el artículo 30.1, los operadores tendrán derecho, en los términos de este capítulo, a la ocupación del dominio público en la medida en que ello sea necesario para el establecimiento de la red pública de comunicaciones electrónicas de que se trate. Las previsiones del capítulo en el que se inserta dicho precepto, van referidas a la puesta en práctica de las

medidas de liberación de actividades y simplificación administrativa, recogidas en la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios.

En lo que respecta al régimen jurídico de autorización de la ocupación del dominio público, puede entenderse por tanto que las previsiones del Decreto de 1954 (en concreto las previsiones establecidas en su artículo 1) han sido desplazadas por el régimen fijado en la actual LGTel, así como en la normativa sectorial anterior que también procedió de manera expresa a la regulación de esta cuestión.

Mayor complejidad presenta el pronunciamiento sobre la previsión y vigencia del reparto de costes derivados del desplazamiento de las líneas (artículos 3 a 6 del Decreto), habida cuenta que la legislación sectorial en materia de telecomunicaciones nada dispone al respecto.

Resulta preciso, a este efecto, analizar la razonabilidad de que esta norma continúe vigente, teniendo en cuenta los importantes cambios que han acaecido desde entonces en el mercado de las telecomunicaciones.

A fin de conciliar las previsiones contenidas en la citada norma con la situación de libre competencia en que se desarrolla la provisión de servicios de telecomunicaciones en la actualidad, podría plantearse una interpretación amplia del contenido del artículo 4 del Decreto de 1954, al objeto de extender la bonificación o reparto de costes al resto de operadores que están presentes en el sector de las comunicaciones electrónicas junto a la Administración titular de la obra pública que demande la modificación afectada, interpretándose en este sentido el artículo 7 del Decreto de 1954. No obstante, esa interpretación, esto es, la aplicación de dicho régimen de reparto de costes a todos los operadores de comunicaciones electrónicas debería ser objeto de reconocimiento expreso en la normativa legal o reglamentaria de aplicación a fin de evitar la aplicación, en exclusiva, de dicho criterio solo respecto a las entidades citadas en el Decreto (CTNE –actualmente, Telefónica, empresa privada- y Dirección General de Correos y Telecomunicaciones⁴). De no ser así la aplicación del Decreto podría resultar contraria a los principios legales de no discriminación entre los operadores y de libre competencia establecidos en la vigente Ley General de Telecomunicaciones y su normativa de desarrollo.

En efecto, la obligación para las Administraciones Públicas de satisfacer la mitad de los gastos que ocasione la modificación o traslado de los postes exclusivamente cuando los mismos sean titularidad de Telefónica, tal y como se recoge en el artículo 4 del Decreto de 1954, puede resultar contraria a uno de los principales objetivos y principios de la vigente legislación sectorial, en concreto el de promover el despliegue de redes en condiciones de igualdad y no discriminación, recogido expresamente en el artículo 3 c) de la LGTel.

⁴ Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos.

Por otro lado, existen a nivel autonómico ciertos textos legales con previsiones más equitativas en este sentido. Así, el artículo 43 de la Ley 8/2006, de 13 de noviembre, de Carreteras del Principado de Asturias, reconoce, con carácter excepcional, la posibilidad de autorizar la colocación de postes de soporte de tendidos en la zona de dominio público, si bien la autorización que se conceda lo será a título de precario, **“quedando obligado el solicitante a retirar a su costa los elementos instalados cuando sea necesario por motivo de las obras de ensanche y mejora de la carretera o cualesquiera otras promovidas por la Administración del Principado de Asturias.”**

No obstante, no existe una previsión similar ni a nivel estatal en la Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de Carreteras, ni a nivel regional para la Comunidad Autónoma de Galicia (puesto que la Ley 8/2013, de 28 de junio de Carreteras, tampoco contempla una previsión similar a la establecida en Asturias).

En definitiva, debe concluirse que los artículos 3 a 6 del Decreto de 1954 siguen resultando de aplicación, tal y como reiteradamente han confirmado los Tribunales. Resulta sin embargo indudable que las previsiones normativas allí contempladas, si no se interpreta que son también aplicables al resto de operadores con derechos a ocupar el mismo dominio público, pueden dar lugar a un trato de desfavor hacia determinados operadores respecto de Telefónica. Por tal motivo está justificado que se proceda a dar traslado del presente acuerdo a la Secretaría de Estado para la Sociedad de la Información y la Agenda Digital, del Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital, a fin de que el citado organismo valore la conveniencia de plantear las modificaciones que puedan resultar necesarias con el objetivo de alinear el citado Decreto con el entorno de competencia en que en la actualidad se desarrollan los mercados de telecomunicaciones.

e) Elaboración unilateral del presupuesto por Telefónica

En relación con la cuestión planteada por la Diputación sobre si el presupuesto de las obras del traslado puede ser elaborado unilateralmente por parte de Telefónica, debe tenerse en cuenta que, de conformidad con lo establecido en el propio artículo 5 del Decreto, en la tramitación del proyecto correspondiente debe estudiarse y aprobarse, conjuntamente, el proyecto y presupuesto de gastos de las modificaciones o traslados de las líneas.

En este sentido, la sentencia del Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 28 de marzo de 2014, señala expresamente

*“(...) debe contemplarse la obligación de la actora de asumir el 50% del coste de la modificación de la línea cuando sea necesario como consecuencia de una obra pública, pero conviene matizar que no es que la administración promotora tenga que sufragar el otro 50%, sino que éste será satisfecho con cargo al presupuesto de la obra (art 4 del Decreto) **debiendo incluirse en la tramitación administrativa del proyecto (art. 5) con lo cual se repercute***

como consecuencia de su adjudicación por el precio correspondiente que lo absorbe; por ello la adjudicataria, obligada a ejecutar el proyecto, no es ajena a ese coste como parece entender la demandada, ni es la administración promotora la que debe coordinarse al efecto con la titular del servicio (como se mantiene en la contestación a la demanda en el hecho primero), sino que **en esa coordinación tiene que intervenir la contratista de la obra pública como obligada a ejecutar el proyecto adjudicado en el que se contempla la modificación o el desvío (y su coste) que hace preciso una nueva ocupación del dominio público;** (iv) que es esto lo que da sentido y justificación a los acuerdos a los que han aludido las partes y que usualmente adoptan la titular de la línea y la adjudicataria de una obra pública para el traslado o la modificación de las instalaciones impuesto por la obra; (v) que en este caso no consta que hubiera acuerdo entre las partes para la modificación de la línea con carácter previo a la ejecución de la obra, ni tampoco que en el proyecto se incluyera tal modificación (lo que, por lo demás y como señaló el Letrado de la actora al inicio de sus conclusiones en el acto del juicio, era muy fácil acreditar a la demandada al tener a su disposición la fuentes de esa prueba, es decir, el proyecto de la obra).

Por lo tanto, el presupuesto no puede ser elaborado de manera unilateral por Telefónica, ni puede ser vinculante para la Administración su contenido, sino que el mismo deberá ser consensuado entre las partes.

f) Entidad a cargo del traslado de los postes

Otra de las cuestiones planteadas por la Diputación es la relativa a la entidad encargada del traslado de los postes, cuestión que dependerá de cada caso concreto, así como de los mecanismos que, en su caso, habilite la Administración afectada.

El Decreto no se pronuncia de manera expresa sobre esta cuestión, aunque de la lectura conjunta de su articulado así como de la doctrina jurisprudencial analizada cabe deducir que la entidad encargada del traslado de los postes es, en principio, la propia Telefónica. Esta interpretación resulta, por otro lado, compatible con las conclusiones alcanzadas en la última revisión de la Oferta MARCo efectuada por esta Sala, realizada mediante Resolución de 18 de octubre de 2016, sobre la revisión de la Oferta MARCo de Telefónica, en la que se señala que, dada la criticidad de los postes, en principio, las reparaciones/ampliaciones etc. que se lleven a cabo serán efectuadas por Telefónica directamente (y no por terceros operadores interesados en el acceso a los postes), en tanto gestor de la red.

En efecto, en la referida Resolución se pone de manifiesto, en relación con los trabajos de sustitución de los postes, cómo la manipulación de elementos de red que se encuentran activos conlleva el riesgo de comprometer la integridad de la red, por lo que en la Resolución se concluye que *“debe rechazarse la propuesta de que sea el operador quien instale los postes nuevos (sean o no*

de hormigón), puesto que los postes objeto de sustitución albergan cableados de Telefónica y, en su caso, de otros operadores. Los trabajos de sustitución requieren, por tanto, la manipulación de elementos de red que se encuentran activos, lo que conlleva el riesgo de comprometer la integridad de la red de otros operadores. Es por ello que resulta preferible centralizar la responsabilidad en un único operador, siendo en este caso Telefónica el más adecuado, como responsable de la red sujeta a obligación de acceso. Tampoco se considera adecuado que el operador realice los cálculos de la carga soportada en los postes puesto que, como se ha indicado, es Telefónica quien ostenta la responsabilidad de garantizar la integridad de esta infraestructura”.

g) Límite: coste real y efectivo

Por último, la Diputación de La Coruña se refiere al supuesto en que, una vez ejecutado el traslado de los postes, se comprueba que el coste real y efectivo de dicho traslado resulta ser inferior al presupuestado, y plantea a la CNMC si en dicho supuesto existiría una obligación por parte de Telefónica de reintegrar la parte proporcional financiada en exceso.

En relación con esta cuestión, a juicio de esta Sala el Decreto de 13 de mayo de 1954 no ampara un posible enriquecimiento injusto por parte de Telefónica. Es decir, el criterio de reparto del 50% debería corresponderse con el coste real y efectivo que haya supuesto la ejecución del traslado de postes, por lo que cualquier desviación respecto del presupuesto estimativo debería poder dar lugar a la consiguiente reintegración del exceso a la Administración por parte de Telefónica.

IV. CONCLUSIONES

- A pesar de la evolución experimentada en los mercados de telecomunicaciones, que han pasado de considerarse como un servicio público (hasta el año 1987) a la calificación de servicios de interés general, una vez se produjo la apertura de los mismos a la libre competencia, en ningún momento se ha procedido a la derogación expresa (o modificación) del Decreto de 13 de mayo de 1954. De hecho la vigencia del artículo cuarto del Decreto de 1954 (mediante el que se prevé el reparto de los costes por el traslado de las líneas entre la Administración y Telefónica) ha sido declarada reiteradamente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y reconocida por los distintos órdenes jurisdiccionales (si bien en ninguna de las resoluciones judiciales se ha abordado frontalmente esta cuestión).
- En cualquier caso, la previsión y vigencia del reparto de costes derivados del desplazamiento de las líneas (artículos 3 a 6 del Decreto), en el supuesto de que el artículo 7 del Decreto no se aplique de forma extensiva respecto de otros operadores de telecomunicaciones, podría resultar contraria al principio general de no discriminación entre

operadores, previsto expresamente en todas las leyes de telecomunicaciones (la propia Ley 11/1998, de 24 de abril de Telecomunicaciones ya reconocía la vigencia de dicho principio en su preámbulo).

- Debido a las dudas interpretativas que genera el artículo 7 del Decreto, se considera necesario dar traslado de la presente consulta y su contestación a la Secretaría de Estado para la Sociedad de la Información y la Agenda Digital, a fin de que, desde esa Administración, se valoren los efectos de la vigencia del Decreto de 13 de mayo de 1954 desde la perspectiva del cumplimiento de los principios sectoriales fundamentales, en especial del principio de no discriminación entre operadores, y se adopten las medidas oportunas.
- Si bien se considera razonable que la entidad encargada del traslado de los postes sea la propia Telefónica (a fin de evitar riesgos para la integridad de la red), ello no implica que sea la propia empresa la que deba elaborar el proyecto, ya que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto de 13 de mayo de 1954, el proyecto debe ser estudiado y aprobado conjuntamente con el presupuesto de gastos, por lo que en ningún caso podrá el mismo ser elaborado unilateralmente por Telefónica, ni resultar vinculantes para la Administración las estipulaciones formuladas por dicha empresa, debiendo evitarse en todo caso situaciones de enriquecimiento injusto a favor de esa entidad.
- El criterio de reparto del 50% debe corresponderse con el coste real y efectivo que haya supuesto la ejecución del traslado de postes.