



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. JAIME VELÁZQUEZ VIOQUE, 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 nº 26/04 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 1 de julio de 2004, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

CONTESTACIÓN A LA CONSULTA PLANTEADA POR EL EXCMO. AYUNTAMIENTO DE ALBAIDA SOBRE LA ADECUACIÓN A LOS PRINCIPIOS Y PROCEDIMIENTO 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.

I. ANTECEDENTES.

Con fecha 20 de mayo de 2004, ha tenido entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) escrito del Excmo. Ayuntamiento de Albaida (Valencia), en el que expone lo siguiente:

- Que con fecha 22 de marzo de 2004, el alcalde presidente de dicha corporación municipal, dirigió escrito a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., (en adelante TELEFONICA), instándole a la revisión de la propuesta del "CONVENIO DE APORTACIONES AJENAS ENTRE EL AYUNTAMIENTO DE ALBAIDA, ENTIDAD PROMOTORA DEL PROYECTO DE URBANIZACIÓN." P.I. EL LABERINTO" Y TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. PARA LA EJECUCIÓN DE OBRAS DE INFRAESTRUCTURAS DE TELECOMUNICACIONES".



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que, conforme a dicha comunicación, se ponía en conocimiento de TELEFÓNICA que, según Orden de 31 de julio de 2001 (BOE 194 de 14 de agosto de 2001), el municipio de Albaida cuenta con la declaración de utilización compartida del dominio público de acuerdo con la Ley General de Telecomunicaciones y se adjuntaba copia de la misma.
- Que de acuerdo con la LGTel., y según reiterados pronunciamientos de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, las condiciones y requerimientos para la ocupación del dominio habrán de ser en todo caso transparentes y no discriminatorias, teniéndose que respetar los principios de igualdad y no discriminación entre los operadores.
- Que TELEFÓNICA ha presentado un Convenio, a tenor del cual (estipulación quinta), le otorga un derecho pleno y permanente sobre la infraestructura construida, lo que le hace al Ayuntamiento tener serias dudas en cuanto a su firma en el sentido de si se han respetado los principios enunciados anteriormente.

En base a lo expuesto, la Junta de Gobierno del Ayuntamiento, acuerda remitir copia de la propuesta de Convenio a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, y solicitarle informe relativo a:

- *Su adecuación o no a los principios y requerimientos de la Ley General de Telecomunicaciones.*
- *Solicitar de la Comisión listado de operadores con licencia que les permita optar a la utilización compartida del suelo público que pretende Telefónica y constatación de que se han cumplido, si es el caso, los principios de publicidad y transparencia (¿se cumple con la exposición pública que se da al Proyecto de urbanización?) que les haya permitido optar a la utilización compartida del dominio pretendida por Telefónica.*
- *Procedimiento a seguir, si es el caso, para acreditar la publicidad y transparencia (anuncio en el BOE, DOGC, BOP,) en este momento procedimental la urbanización está a punto de ser finalizada y recepcionada).*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

II. OBJETO DEL INFORME.

El presente informe tiene por objeto dar contestación a las cuestiones planteadas por el Excmo. Ayuntamiento de Albaida en el marco de la regulación que, la vigente Ley 32/2003, de 3 noviembre, General de Telecomunicaciones, (en adelante Ley 32/2003), establece en materia de ocupación del dominio público y la propiedad privada, ubicación compartida de las infraestructuras y uso compartido de la propiedad pública o privada.

Al objeto de dar respuesta a la consulta planteada, se analizarán, con carácter previo, los criterios y principios generales aplicables a la regulación del derecho de ocupación y uso compartido de infraestructuras según la Ley 32/2003. Posteriormente se examinará más concretamente los aspectos concernientes a la instalación de las redes de telecomunicaciones en las nuevas urbanizaciones, en particular, en lo que afecta a la consecución de los mencionados objetivos y principios que establece la citada ley. Finalmente se procederá a analizar la adecuación o no a los indicados principios de la Propuesta de Convenio de Aportaciones ajenas a suscribir entre el Ayuntamiento de Albaida y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.

III. HABILITACIÓN COMPETENCIAL.

El presente Acuerdo se adopta al amparo de lo dispuesto en el artículo 48.3 h) de la Ley de 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, que establece que la CMT tiene competencia para asesorar a las Comunidades Autónomas y a las Corporaciones Locales, a petición de los órganos competentes de cada una de ellas, en relación con el ejercicio de competencias propias de dichas Administraciones Públicas que entren en relación con la competencia estatal en materia de telecomunicaciones.

IV. ASPECTOS GENERALES DE LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE OCUPACIÓN Y EL USO COMPARTIDO EN LA NUEVA LEY GENERAL DE TELECOMUNICACIONES.

Con carácter previo a la contestación de las cuestiones planteadas por el Ayuntamiento consultante, interesa a esta Comisión, hacer una referencia general al contenido y principios que informan la actual Ley General de Telecomunicaciones en lo que se refiere a los derechos de los operadores a la ocupación del dominio público y propiedad privada, ubicación y uso compartido de la propiedad.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La vigente Ley General de Telecomunicaciones contempla, al igual que hacía la ley anterior, diferentes instrumentos para permitir que un operador pueda acceder a infraestructuras ajenas a los efectos de establecer su red de comunicaciones electrónicas o de prestar servicios de esta naturaleza.

En términos generales -sin necesidad de profundizar sobre la fundamentación y el concreto régimen que rige la aplicación de cada uno de esos supuestos- cabe señalar que la Ley General de Telecomunicaciones contempla los siguientes instrumentos:

- El derecho de ocupación del dominio público que permite a los operadores acceder a bienes que sean de titularidad de una Administración Pública y tengan naturaleza demanial.
- El derecho a ser beneficiarios en un procedimiento de expropiación forzosa que permite a los operadores acceder a bienes propiedad de particulares.
- La compartición permite a los operadores acceder a infraestructuras de red cuya propiedad o uso está atribuida a otros operadores y que se encuentran en el dominio público o en dominio privado que haya sido expropiado.
- El acceso consiste en la puesta a disposición de un operador a otro operador de recursos o servicios, incluidos los elementos de las redes, las infraestructuras físicas y recursos asociados con fines de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.

La regulación en la actual legislación de los citados derechos de ocupación y compartición presenta, no obstante, algunas novedades en relación con la anterior Ley 11/1998.

En lo que concierne a los derechos de ocupación, la Ley 32/2003, admite que, sobre el ejercicio de los mismos, se pueda proyectar la normativa específica que se dicte por la Administración competente en materia de medio ambiente, salud pública, seguridad pública, defensa nacional y ordenación urbana y territorial. Ahora bien, al objeto de asegurar los objetivos de la normativa comunitaria y de la propia Ley, establece unos límites, tanto en lo que respecta a la regulación sustantiva como al procedimiento que puedan establecer esas Administraciones.

Desde el punto de vista sustantivo, prevé varios límites (artículo 29.1). Así, señala que *“La entidad de la limitación que entrañen [las normas adoptadas por las administraciones competentes] para el ejercicio de ese derecho [derecho de ocupación] deberá resultar proporcionada en relación con el concreto interés público*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que se trata de salvaguardar". También establece que *"Estas condiciones o límites no podrán implicar restricciones absolutas al derecho de ocupación del dominio público que se trata de salvaguardar"*, y que *"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"*.

Desde el punto de vista del procedimiento, la nueva ley prevé también otros límites (artículo 29.2): la exigencia de que los procedimientos para el ejercicio del derecho sean públicos, rápidos, no discriminatorios, transparentes y que las normas que resulten de aplicación fomenten una competencia leal y efectiva entre los operadores.

Con relación a la **compartición**, la Ley 32/2003, prevé que, cuando los operadores no puedan ejercitar por separado los derechos de ocupación, *"por no existir alternativas por motivos justificados en razones de medio ambiente, salud pública, seguridad pública u ordenación urbana y territorial"*, la Administración competente en dichas materias acuerde la compartición (artículo 30.2).

La determinación de las condiciones de compartición continúa siendo un aspecto que queda al acuerdo entre las partes, a falta del cual interviene la CMT.

Por lo demás, la Ley 32/2003, prevé ciertas medidas en orden a garantizar la transparencia y publicidad en materia de derechos de ocupación y compartición. Así, el artículo 31 prevé que la CMT publicará en Internet un extracto de las normas concernientes a estas materias (incluidas las de naturaleza tributaria) que cada Administración le haya comunicado, y que, asimismo, emitirá a los operadores certificaciones acreditativas de las inscripciones en el Registro, y de su consiguiente derecho a la ocupación.

V. SOBRE LA INSTALACIÓN DE INFRAESTRUCTURAS DE TELECOMUNICACIONES EN LAS NUEVAS URBANIZACIONES.

En relación a la presente cuestión, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en anteriores Resoluciones al tratar sobre esta materia ha distinguido, con carácter general, dos posibles situaciones:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

1. Que entre estas obras de urbanización, figure la construcción de las infraestructuras necesarias para prestar servicios de telecomunicaciones a la población que se va a asentar en el terreno a urbanizar. (Este es el caso del Ayuntamiento de Albaida).

Para estos supuestos, lo que ha destacado la CMT es que los instrumentos de carácter urbanístico que contemplen la instalación de esas infraestructuras deben acoger las necesidades de los operadores, a fin de que se puedan asegurar las condiciones de competencia entre ellos.

Para que este supuesto resulte de aplicación es necesario que los instrumentos de planificación urbanística contemplen, como se ha señalado, las infraestructuras para redes de telecomunicación como una obra de urbanización a ejecutar. Resulta de interés destacar, a este respecto, que, a propósito de la determinación de las infraestructuras a establecer, la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, prevé, en su artículo 26.2, párrafo segundo, que ***“Los instrumentos de planificación territorial o urbanística **deberán recoger las necesidades de redes públicas de comunicaciones electrónicas contenidas en los informes emitidos por el Ministerio de Ciencia y Tecnología y garantizarán la no discriminación entre los operadores y el mantenimiento de condiciones de competencia efectiva en el sector”.*****

2. Puede suceder, también, que la normativa en materia de urbanismo no haya previsto la instalación de infraestructuras para redes de telecomunicación en el marco de la ejecución de obras de urbanización, y que, no obstante ello, a los operadores les resulte de interés establecer sus infraestructuras de red durante el período en que tiene lugar la ejecución de las obras de urbanización (ya sea con el fin de ahorrar costes, ya sea porque, terminada la urbanización, la normativa aplicable prevea un período de carencia de obras, al objeto de proteger la circulación viaria).

En estos casos, lo que ha destacado la CMT es que se ha de permitir concurrir al procedimiento de instalación de las obras necesarias para el establecimiento de las redes a los diferentes operadores que puedan estar interesados, a fin de evitar situaciones discriminatorias.

A salvo de las especialidades que la normativa contemple, éstas son, en principio, las soluciones normales de las situaciones que pueden producirse.

Distinguidos estos dos supuestos, y siempre con relación a las redes que se instalan en los terrenos de nueva urbanización, se procederá seguidamente a analizar las cuestiones planteadas por el Ayuntamiento, referidas fundamentalmente a la publicidad del procedimiento en orden a garantizar el



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

cumplimiento de los principios de transparencia y publicidad legalmente exigidos.

VI. CONTESTACIÓN A LAS CUESTIONES PLANTEADAS EN LA CONSULTA.

El supuesto planteado por el Excmo. Ayuntamiento de Albaida corresponde al caso de un polígono industrial denominado "El Laberinto" en el que se acaban de desarrollar las obras de urbanización, (*la urbanización está a punto de ser finalizada y recepcionada*, en palabras del propio Ayuntamiento) actuando como promotor el propio Ayuntamiento de Albaida, en su condición de Entidad Gestora del Proyecto Urbanístico.

El citado promotor ha sido el encargado de ejecutar las obras, en subterráneo, de la infraestructura canalizada precisa para la prestación de servicios de telecomunicaciones, para lo que ha contado con el asesoramiento técnico y determinado material aportado por TELEFÓNICA, según una propuesta de Convenio de 23 de octubre de 2003, que, no obstante a esta fecha, aún no ha sido firmada por las partes. Es decir, nos encontramos con el supuesto peculiar de un Convenio no firmado pero ya ejecutado por las partes.

1. Sobre la publicidad del procedimiento.-

De los términos en los que está redactada la consulta, se colige la incertidumbre del Ayuntamiento acerca de, si en el procedimiento seguido hasta la fecha, se han respetado los principios de publicidad, transparencia y no discriminación que deben presidir cualquier actuación administrativa en materia de derechos de ocupación.

A estos efectos, el Ayuntamiento de Albaida plantea la cuestión de si con la exposición pública que se le da al Proyecto de urbanización, se debe tener por debidamente cumplimentados dichos principios de publicidad y transparencia que hayan permitido optar a otros operadores a la utilización compartida del suelo público pretendida por TELEFÓNICA. Igualmente, solicita a esta Comisión le indique el procedimiento a seguir, si es el caso, para acreditar la publicidad y transparencia en este momento procedimental (la urbanización está a punto de ser finalizada y recepcionada).

En primer lugar, de los pocos datos que se proporcionan a esta Comisión en el escrito de consulta, se deduce que la solicitud de TELEFÓNICA al Ayuntamiento de desplegar sus infraestructuras de telecomunicaciones en el citado polígono tuvo que tener lugar necesariamente con fecha anterior al 23



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de octubre de 2003 (fecha de la propuesta del Convenio de Aportaciones ajenas), es decir, mientras se encontraba vigente la anterior Ley 11/1998, General de Telecomunicaciones.

A este respecto, ha de indicarse que el artículo 47 de la citada Ley 11/1998, contemplaba, con relación a los expedientes de ocupación del dominio público o la propiedad privada que tramitara la Administración competente a los efectos de la instalación de redes públicas de telecomunicaciones, la publicación de un anuncio por el que había de otorgarse un plazo de veinte días a los diferentes operadores de redes públicas, a fin de que los mismos pudieran manifestar su interés en la utilización compartida de los bienes de propiedad pública o privada objeto del expediente de ocupación.

Ese anuncio público había de tener lugar en los supuestos que determinara una Orden del Ministerio de Ciencia y Tecnología.

A estos efectos, mediante Orden ministerial del Ministerio de Ciencia y Tecnología de 31 de julio de 2001 se declaró la utilización compartida del dominio público local de titularidad del municipio de Albaida (Valencia), entre otros.

En su dispositivo primero, dicha Orden ministerial venía a disponer que se habría de seguir el procedimiento para el establecimiento del uso público compartido de infraestructuras previsto en el artículo 49 del Reglamento de obligaciones de servicio público (aprobado por Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio), con relación a las redes públicas de telecomunicaciones que se instalaran en el dominio público de titularidad del municipio de Albaida.

En su dispositivo segundo, la mencionada Orden estableció que para proceder a la utilización compartida, deberá efectuarse el oportuno anuncio público de acuerdo con el citado artículo 49 del Reglamento de servicio público.

Ante la solicitud de Telefónica de ocupación del dominio público¹, no consta a esta Comisión que el Ayuntamiento de Albaida haya publicado dicho anuncio por el que se hubiera dado a otros operadores la oportunidad de acceder a la compartición respecto de los tramos de dominio público que la citada operadora hubiere solicitado ocupar. Con ello, además de incumplir el procedimiento establecido, se desaprovechó la oportunidad de conocer previamente a que se hubieren realizado las obras de urbanización del polígono, cuales eran las necesidades reales de despliegue de redes al objeto de ejecutar las citadas obras de urbanización conforme a dichas necesidades.

¹ En este supuesto se trataría de dominio público "en ejecución", habida cuenta que, en dicha fecha, las obras de urbanización del polígono industrial o no se habían iniciado o se encontraban en proceso de ejecución.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A estos efectos, debe comunicarse al Ayuntamiento, que la exposición pública que en su día se le dio al proyecto de urbanización, dirigida al público en general, no es suficiente al objeto de garantizar la transparencia de los procedimientos de ocupación y de fomentar la competencia leal y efectiva entre los operadores de telecomunicaciones, obligaciones éstas, que competen a las Administraciones públicas titulares del dominio público cuya ocupación se pretende.

Por lo que se refiere a la consulta del Ayuntamiento relativa a las actuaciones que deberían realizarse, si es el caso, para dotar, en este momento (la urbanización se encuentra prácticamente terminada), de publicidad y transparencia al procedimiento, debe significarse que la vigente Ley 32/2003 no regula de una forma específica el mencionado anuncio público; tales aspectos quedan a la normativa que regule el ejercicio del derecho de ocupación con el que cuentan los operadores. En este sentido, lo que regula la actual Ley son los requisitos que ha de respetar esa normativa dictada por las correspondientes Administraciones en materia de ocupación del dominio público y la propiedad privada, y las características que deberán cumplir los procedimientos que regulen dichas materias.

Así, el artículo 29.2 de la mencionada Ley 32/2003 establece lo siguiente:

“Las normas que se dicten por las correspondientes Administraciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo anterior, deberán cumplir, al menos, los siguientes requisitos:

- a) Ser publicadas en un diario oficial del ámbito correspondiente a la Administración competente. De dicha publicación y de un resumen de ésta, ajustado al modelo que se establezca mediante orden del Ministro de Ciencia y Tecnología, así como del texto de las ordenanzas fiscales municipales que impongan las tasas por utilización privativa o aprovechamientos especiales constituidos en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales contempladas en el artículo 24.1.c de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, y del de cuantas disposiciones de naturaleza tributaria afecten a la utilización de bienes de dominio público de otra titularidad se deberán dar traslado a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a fin de que ésta publique una sinopsis en internet.*
- b) Incluir un procedimiento rápido y no discriminatorio de resolución de las solicitudes de ocupación.*
- c) Garantizar la transparencia de los procedimientos y que las normas aplicables fomenten una competencia leal y efectiva entre los operadores.*
- d) Garantizar el respeto de los límites impuestos a la intervención administrativa en esta Ley en protección de los derechos de los operadores. En particular, las solicitudes de información que se realicen a*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

los operadores deberán ser motivadas, tener una justificación objetiva, ser proporcionadas al fin perseguido y limitarse a lo estrictamente necesario.”

Así pues, las normas que regulen específicamente el procedimiento para la ocupación (que estarán publicadas en el diario oficial del ámbito correspondiente a la Administración competente) han de incluir un procedimiento no discriminatorio de resolución de las solicitudes de ocupación, garantizar la transparencia de los procedimientos y fomentar una competencia leal y efectiva entre los operadores.

Es en el marco de estas prescripciones donde ha de situarse la consulta del Ayuntamiento acerca de la forma de garantizar, a la fecha actual, la publicidad y transparencia de los procedimientos de ocupación.

Teniendo en cuenta que la Ley 32/2003, no hace expresa referencia a los medios para conseguir los indicados fines de transparencia y publicidad procedimental, será el Ayuntamiento de Albaida quien, como garante de dichos principios, deberá preocuparse de seleccionar el medio más eficaz que garantice dicha transparencia y publicidad, dirigida en cualquier caso específicamente a los operadores de telecomunicaciones y no al público en general.

De este modo, o bien el Ayuntamiento dirige una notificación escrita a cada uno de los operadores que exploten redes públicas, informándoles del proceso de compartición², o bien, (lo que se estima más operativo), publica un anuncio público en un diario oficial, en análogas condiciones a las previstas en el antiguo artículo 47 de la Ley 11/1998, otorgando un plazo determinado a los operadores para que manifiesten su interés en la ocupación del polígono industrial “El laberinto”.

En cualquier caso, debe significarse al Ayuntamiento que el anuncio a publicar en este momento procedimental, en el que ya se ha ocupado el polígono por TELEFÓNICA e instalado sus infraestructuras, no subsana el hecho de no haberse publicado, en su momento, un anuncio público dando a conocer expresa y específicamente a los operadores de telecomunicaciones el proceso de compartición con anterioridad a su ocupación, conducta ésta, que ha podido originar un desequilibrio en las condiciones de competencia efectiva en el sector al no permitir a los operadores acceder al dominio público en condiciones de igualdad.

² La Ley 32/2003, reconoce a todos los operadores el derecho de ocupación en la medida en que ello sea necesario para el establecimiento de la red pública de comunicaciones electrónicas de que se trate. Por este motivo y dado el gran número de operadores potencialmente interesados en el proceso de compartición, no parece operativo este sistema de notificación individual, siendo preferible el del anuncio público.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

No obstante, así las cosas, el hecho de que el Ayuntamiento publique a esta fecha un anuncio público, en los términos previamente expuestos, permitirá al menos, conocer, en un plazo concreto y determinado, cuantos operadores se encuentran interesados en el despliegue de infraestructuras en el citado polígono y actuar en consecuencia y de conformidad a lo que se desarrollará en el apartado siguiente del presente informe.

2.- Sobre las actuaciones a seguir por el Ayuntamiento de Albaida si algún operador manifiesta interés en la ocupación del dominio público del polígono industrial “El Laberinto”.

Con carácter previo a cualquier otra consideración, conviene precisar que la firma, en su caso, del Convenio entre el Ayuntamiento y Telefónica no podrá excluir en absoluto el derecho de otros operadores a la ocupación del dominio público en el citado polígono.

En base a ello, si como consecuencia del anuncio público, un operador manifiesta su interés en el ejercicio de su derecho de ocupación, el Ayuntamiento deberá reconocerle dicho derecho, el cual se ejercerá separadamente, es decir, abriendo en el Polígono una nueva canalización independiente de la de TELEFÓNICA, salvo que por motivos justificados de ordenación urbana o territorial acuerde la utilización compartida de las infraestructuras en la forma prevista en el artículo 30.2 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

El hecho de que el Ayuntamiento solicitara en su día, mediante Orden de 31 de julio de 2001, la aplicación del procedimiento para el establecimiento del uso compartido de infraestructuras con relación a las redes públicas de telecomunicaciones que se instalaran en el dominio público de titularidad del municipio de Albaida, es indicativo de la existencia de intereses públicos justificativos de la compartición, por lo que esta Comisión puede prever que el Ayuntamiento procedería a acordar la utilización compartida³.

³ La aplicabilidad de dicha Orden es cuestionable tras la entrada en vigor de la actual Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, al establecer en su disposición transitoria primera, apartado 6, lo siguiente: *“En relación con los derechos de ocupación de la propiedad pública o privada, desde la entrada en vigor de esta Ley será de plena aplicación lo dispuesto en ella y, a dichos efectos, las Administraciones a que se refiere el capítulo II del título III no podrán fundar la denegación de derechos de ocupación del dominio público o privado, sino en la aplicación de las normas a que se hace referencia en dicho capítulo que hubiesen aprobado.”*

El capítulo II del título III de la mencionada Ley prevé (en su artículo 28) que *“será de aplicación en la ocupación del dominio público y la propiedad privada para la instalación de redes públicas de comunicaciones electrónicas la normativa específica dictada por las Administraciones públicas con competencias en medio ambiente, salud pública, seguridad*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Para este supuesto, y de conformidad con lo establecido en el artículo 30.3 de la Ley 32/2003, el uso compartido se articulará mediante acuerdo entre los operadores interesados, esto es, entre TELEFÓNICA y el nuevo operador. A falta de acuerdo entre los operadores, las condiciones de compartición se establecerán por esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Ahora bien, esta Comisión desconoce si, en los conductos, arquetas, u otros elementos ya instalados en el Polígono para uso de TELEFÓNICA, existe suficiente espacio disponible para la ubicación de otro u otros operadores de telecomunicaciones que pretendan el despliegue de sus redes.

Por ello, con el fin de no perjudicar los derechos del operador u operadores entrantes, **si no hubiera espacio adicional disponible para dar entrada a un nuevo operador en los conductos ya instalados, o bien, dicha compartición no fuera técnicamente posible en alguno de los tramos por donde transcurre la red ya instalada, el AYUNTAMIENTO DE ALBAIDA DEBERA AUTORIZAR NUEVAS OBRAS DE CANALIZACIÓN QUE PERMITAN LA REALIZACIÓN DEL DERECHO DEL OPERADOR U OPERADORES ENTRANTES EN IGUALDAD DE CONDICIONES.**

3.- Sobre la adecuación o no a la normativa de telecomunicaciones del Convenio a suscribir entre el Ayuntamiento de Albaida y Telefónica para la ejecución de obras de infraestructuras de telecomunicaciones en el P.I. "El laberinto".

Finalmente, queda por analizar si el contenido de la propuesta de Convenio a suscribir entre TELEFÓNICA y el Ayuntamiento de Albaida es conforme a los criterios y principios que presiden la legislación de las telecomunicaciones.

Con carácter previo, y sin perjuicio de lo que en cada caso establezca la normativa urbanística de aplicación, ha de señalarse que la vía de Acuerdo o Convenio de la Administración urbanística actuante con los operadores constituye un cauce adecuado para regular la implantación de las redes de comunicaciones electrónicas en las nuevas urbanizaciones.

Ahora bien, el Convenio que en su caso se materialice, **deberá respetar los objetivos y principios de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de**

pública, defensa nacional, ordenación urbana o territorial y tributación por ocupación del dominio público, en los términos que se establecen en el artículo siguiente". El artículo 29 regula los requisitos que han de cumplir las normas que se dicten por las correspondientes Administraciones



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Telecomunicaciones, y en particular el principio de no discriminación entre operadores, recogido en los artículos 26.2, párrafo segundo, y 29.2, letra b), de la mencionada Ley y el mantenimiento de condiciones de competencia efectiva en el sector.

En estos términos se formula la consulta municipal, planteando la cuestión de si la propuesta de Convenio a suscribir con TELEFÓNICA respeta dichos principios, manifestando especialmente el Ayuntamiento de Albaida su preocupación por el contenido de la estipulación quinta de la citada propuesta de convenio por la que se le otorga a TELEFONICA un *“derecho pleno y permanente de uso sobre la infraestructura de telecomunicaciones construida”*.

Entrando en el análisis detallado de la citada propuesta, se observa que las relaciones entre la entidad promotora (AYUNTAMIENTO DE ALBAIDA) y el operador (TELEFÓNICA DE ESPAÑA), responden a la primera de las situaciones que se describieron en el apartado V del presente informe.

Es decir, el Ayuntamiento en su condición de Entidad Gestora del proyecto urbanístico “P.I. El Laberinto”, es el encargado de ejecutar las obras de urbanización del Polígono, entre las que se encuentran la construcción de las infraestructuras que van a soportar las redes de comunicaciones electrónicas.

Para la ejecución de dichas infraestructuras de telecomunicaciones, el Ayuntamiento ha contado con la colaboración y el asesoramiento técnico de TELEFÓNICA en los términos previstos en la propuesta de Convenio, que, no obstante no haberse firmado, a esta fecha ya se encuentra prácticamente ejecutado, según comunica la propia corporación municipal cuando manifiesta que la urbanización está a punto de ser finalizada y recepcionada.

En virtud del citado Convenio de aportaciones ajenas, el promotor (es decir, el Ayuntamiento), ejecuta las obras (en subterráneo) de la infraestructura canalizada precisa por donde discurrirán las redes de telecomunicaciones⁴, para lo que cuenta con el asesoramiento técnico de TELEFÓNICA, quien a su vez aportará, para su instalación por el promotor en la canalización que construye, los materiales telefónicos precisos para la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas, tales como: conductos, separadores, tapas de arquetas, etc.

⁴ De conformidad con la estipulación primera del Convenio, se entiende por infraestructura canalizada de telecomunicaciones, *el conjunto de elementos (tubos, arquetas, cámaras de registro, pedestales, salida de lateral ...) que, instalados o contruidos, mediante la obra civil necesaria , conforman una solución para tendido de cables y elementos asociados.*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Una vez finalizadas y recepcionadas definitivamente las infraestructuras, se configura, según el Convenio ahora analizado, un doble régimen de propiedad:

- Por un lado, la propia infraestructura de telecomunicaciones canalizada, cuya propiedad, según parece derivarse del Convenio, corresponde al Ayuntamiento, constituyendo parte integrante del dominio público municipal. Sobre dicha infraestructura TELEFÓNICA ostenta un derecho de uso en los términos que más adelante se analizarán.
- Por otro, los materiales telefónicos que han resultado aportados por la operadora y que han sido instalados por el promotor en la canalización, cuya propiedad la sigue manteniendo TELEFÓNICA.

El derecho de uso que corresponde a dicha operadora sobre la infraestructura canalizada, es según la propuesta de convenio, "pleno y permanente", siendo esta cuestión la que ha suscitado la preocupación del municipio en orden a determinar si la misma pudiera infringir los principios de la Ley General de Telecomunicaciones, esencialmente en lo que se refiere al principio de igualdad y no discriminación entre los operadores.

Para el análisis de la presente cuestión, se procederá a analizar las citadas condiciones de uso desde la doble perspectiva del derecho de las telecomunicaciones y del derecho administrativo general.

Desde la óptica del derecho de las telecomunicaciones, que 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 pleno, no significa que sea exclusivo, sino que su titular, es decir, TELEFÓNICA, 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, sino prolongación indefinida en el tiempo.

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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por lo demás, esta posibilidad de uso por terceros operadores se contempla implícitamente en el propio Convenio cuando se dispone en su estipulación quinta que TELEFÓNICA se ocupará de la conservación de la infraestructura “*en tanto en cuanto se mantenga como única usuaria de la misma*”.

Ahora bien, desde un punto de vista del derecho administrativo general, se considera incompatible con las normas y principios administrativos que regulan los bienes de las entidades locales, que un derecho que se ostenta sobre un bien inmueble de titularidad ajena (subsuelo del dominio público viario), pueda ser permanente. A estos efectos, el Real Decreto 1372/ 1986, de 13 de junio, sobre Bienes de las Entidades Locales, al tratar sobre el régimen aplicable a los bienes de dominio público, viene literalmente a disponer en su artículo 79: “ *En ningún caso podrá otorgarse concesión o licencia alguna por tiempo indefinido. El plazo de duración máximo de las concesiones será de noventa y nueve años, a no ser que por la normativa especial se señale otro menor.*”

En base a ello, esta Comisión recomendaría al Ayuntamiento la modificación del convenio en este punto.

A modo de resumen de lo hasta ahora expuesto, y antes de proceder a efectuar las conclusiones, interesa a esta Comisión reiterar el hecho de que la solución que se contempla en el presente informe viene dada por la fuerza de las circunstancias, ante una determinada situación de hecho planteada por el Ayuntamiento y que esta Comisión ya no puede transformar; lo que no impide, en cualquier caso, manifestar que, la omisión por el Ayuntamiento de su deber de publicar el anuncio en los términos ya expuestos, ha supuesto una vulneración del procedimiento legalmente establecido, que ha podido originar una situación de discriminación entre operadores, al dar solamente a uno de ellos la oportunidad de decidir, según sus particulares intereses, la forma en que habría de ser ejecutada la infraestructura de telecomunicaciones que discurre por el citado polígono industrial.

VII.- CONCLUSIONES

PRIMERA.- Declarar el incumplimiento por el Ayuntamiento de Albaida del procedimiento legalmente establecido en materia de derechos de ocupación del dominio público por la omisión de la publicación del oportuno anuncio público, al que resultaba obligado, de conformidad con lo previsto en el apartado segundo de la Orden de 31 de julio de 2001, por la que se declara la utilización



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

compartida del dominio público local de titularidad del municipio de Albaida (Valencia).

SEGUNDA.- La propuesta de convenio de aportaciones ajenas a suscribir entre el Ayuntamiento de Albaida y TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U para la ejecución de infraestructuras de telecomunicaciones en el polígono industrial “El laberinto”, no supone una vulneración de la normativa de telecomunicaciones, concretamente en lo que se refiere a los principios de igualdad y no discriminación, en la medida en que el derecho de uso que se reconoce a dicha operadora no es exclusivo ni excluyente, y en consecuencia, su firma por las partes no podrá impedir, en absoluto, el ejercicio del derecho de ocupación en el citado dominio público municipal por otros operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas.

TERCERA.- Con el fin de conseguir la debida publicidad y transparencia que exige la actual normativa de telecomunicaciones en materia de procedimientos de derechos de ocupación y de compartición, el Ayuntamiento de Albaida deberá seleccionar el medio más adecuado para garantizar dichos fines en el actual momento procedimental. Con este motivo, la citada Corporación deberá proceder a publicar un anuncio público en el diario oficial que corresponda (B.O.P), en análogas condiciones a las previstas en el antiguo artículo 47 de la Ley 11/1998, otorgando un plazo de tiempo a los operadores para que manifiesten su interés en la ocupación del polígono industrial “El Laberinto; todo ello sin perjuicio de la facultad municipal de elegir cualquier otro método que garantice la publicidad y transparencia del procedimiento, y que de la oportunidad específica a los diferentes operadores de participar en el citado dominio público.

CUARTA.- Ante la solicitud de ocupación de un operador, el Ayuntamiento deberá reconocerle su derecho de ocupación que deberá ejercitarlo por separado, salvo que, por motivos justificados de ordenación urbana o territorial, el Ayuntamiento de Albaida acuerde la utilización compartida de infraestructuras en la forma prevista en el artículo 30.2 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

QUINTA.- El uso compartido de las infraestructuras se realizará mediante acuerdo entre el nuevo operador y TELEFÓNICA, y a falta de acuerdo, decidirá la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SEXTA.- Si por no existir espacio disponible en las infraestructuras ya instaladas, o por cualesquiera otras causas, no fuera posible la compartición, el Ayuntamiento deberá autorizar nuevas obras de canalización subterránea que permitan la realización del derecho del operador entrante.

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.

Vº Bº

EL SECRETARIO

EL PRESIDENTE

Carlos Bustelo García del Real

Jaime Velázquez Vioque