



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. JOSE GIMENEZ CERVANTES, 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 33/01 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 27 de septiembre de 2001, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba el:

INFORME AL AYUNTAMIENTO DE CREVILLEN (ALICANTE) RELATIVO AL PROYECTO DE REGLAMENTO MUNICIPAL DE CALAS Y CANALIZACIONES PARA LA CONSTRUCCIÓN, CONTROL, EXPLOTACIÓN Y MANTENIMIENTO DE GALERÍAS Y ENTUBAMIENTOS, PARA INSTALAR SERVICIOS INFRAESTRUCTURALES DE AGUA, GAS, ELECTRICIDAD, TELECOMUNICACIONES Y OTROS ANÁLOGOS.

I. INTRODUCCIÓN.

Con fecha 24 de abril de 2001, tuvo entrada en la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), escrito de consulta formulada a esta Comisión por el Ayuntamiento de Crevillent (Alicante), sobre la posibilidad de gestión indirecta del servicio de ocupación y explotación del subsuelo de la vía pública municipal, mediante concesión, y su coexistencia con el derecho al uso compartido por parte de las operadoras licenciatarias; se sometía a consulta, asimismo, el Proyecto de Reglamento de canalizaciones del subsuelo de la vía pública municipal.

Con fecha 12 de junio de 2001, tuvo entrada en la CMT la solicitud de informe sobre la legalidad del Proyecto de Reglamento Municipal de Calas y canalizaciones para la construcción, control, explotación y mantenimiento de galerías y entubamientos, para instalar servicios infraestructurales de agua, gas, electricidad, telecomunicaciones y otros análogos, estando en período de información pública el procedimiento para su aprobación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El presente informe se emite a los efectos previstos en los artículos 1.Dos.2.j) de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones y 25.2 del Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en los que se dispone que la CMT, en el ejercicio de su competencia, asesorará a las Corporaciones Locales, a petición de los órganos competentes de cada una de ellas.

II. OBJETO DEL INFORME.

El presente informe tiene por objeto dar respuesta a los escritos de consulta presentados por el Ayuntamiento de Crevillent, analizando el Proyecto de Reglamento aprobado por el Ayuntamiento de Crevillent (en lo que se refiere a la incidencia de este Proyecto de Reglamento en el sector de las telecomunicaciones), así como examinando la posibilidad de constituir el servicio público local de canalización que se contempla en el mencionado Proyecto, que –según se manifiesta- se prestaría en régimen de concurrencia, cuyo objeto consistiría en la instalación, ocupando el subsuelo de dominio público municipal, de las infraestructuras correspondientes a los servicios de telecomunicaciones, entre otros, servicio público local cuya regulación constituye el objeto del Proyecto de Reglamento aprobado.

El Proyecto de Reglamento se analizará con el fin de determinar si, en lo que concierne al sector de las telecomunicaciones, es ajustado a Derecho, en particular, con el fin de determinar si es coherente con las previsiones contenidas en la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) y en el Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla el Título III de la LGTel en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones, a las demás obligaciones de servicio público y a las obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación de las redes de telecomunicaciones (en adelante, Reglamento de obligaciones de servicio público), disposiciones que regulan la actividad consistente en la ocupación de dominio para el establecimiento de redes públicas de telecomunicaciones, así como demás normativa vigente sobre la materia.

III. CONSIDERACIONES GENERALES.

€ Objeto y estructura del Proyecto de Reglamento que se informa. Documentación remitida por el Ayuntamiento.

El proyecto de Reglamento Municipal presentado ante esta Comisión contiene la regulación de un servicio público local de canalización (que incluiría



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

el establecimiento de tubulares), para la instalación de las redes correspondientes a los servicios de agua, gas, electricidad, telecomunicaciones y otros análogos, que sean compatibles, ocupando el subsuelo de dominio público municipal. Dicho servicio público (gestionado directamente por el Ayuntamiento o indirectamente, por medio de concesionario) no sería prestado en régimen de monopolio, teniendo los operadores de estos servicios la opción de establecer por sí mismos las infraestructuras necesarias para sus redes.

En relación con el establecimiento de este servicio público el Ayuntamiento ha remitido a esta Comisión la siguiente documentación:

-) Copia del anuncio efectuado en el Boletín Oficial de la Provincia de Alicante el 11 de abril de 2001, haciendo pública la aprobación inicial del Reglamento Municipal, así como la apertura de un período de información pública para la presentación de reclamaciones y sugerencias.

-) Notificación del Acuerdo del Pleno de la Corporación Municipal, de 28 de marzo de 2001, sobre aprobación inicial de un Reglamento Municipal de ocupación de subsuelo de la vía pública, así como sobre la revocación parcial del acuerdo plenario adoptado en fecha 13 de septiembre de 2000.

-) Notificación del Acuerdo del Pleno de la Corporación Municipal, de fecha 30 de mayo de 2001, para la ampliación del período de información pública para alegaciones al Reglamento Municipal de Canalizaciones, a solicitud de Mediterránea Sur Sistemas de Cable, S.A.

-) Copia del escrito de alegaciones de la entidad mercantil ONO.

Ø *Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Crevillent de 28 de marzo de 2001:*
El Acuerdo de 28 de marzo de 2001 incluye Moción de la Alcaldía, informe jurídico del Secretario del Ayuntamiento, el mencionado Proyecto de Reglamento orgánico-funcional del Servicio público local de canalización y el Dictamen emitido por la Comisión Conjunta de Obras y Gobernación. En este Acuerdo del Pleno se termina resolviendo, por unanimidad:

1. Aprobar inicialmente el Reglamento mencionado,
2. someter el expediente a información pública,
3. dejar sin efecto la tramitación del expediente de municipalización en monopolio del servicio de canalización (municipalización con monopolio que fue acordada en el Pleno de 13 de septiembre de 2000, por unanimidad, igualmente),
4. iniciar, una vez entre en vigor el Reglamento, la tramitación de la concesión administrativa del servicio, por el procedimiento de concurso.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

5. dejar en suspenso el otorgamiento de autorizaciones demaniales durante la tramitación del expediente de concesión, y
6. notificar el acuerdo a los negociados afectados, así como las operadoras licenciatarias que hasta el momento han mostrado interés en el tema.

En la **Moción de la Alcaldía** se expone el interés de los operadores de telecomunicaciones en implantar sus redes en el término municipal, y el conflicto de intereses que ello puede implicar, en relación a los intereses locales concurrentes en el dominio público. Asimismo, se hace alusión al Acuerdo adoptado por el Pleno en la sesión de 13 de septiembre de 2000, con el que *“se pretendía evitar la saturación y el caos, que podrían derivar de actuaciones irracionales y descoordinadas, en una sucesión constante de zanjeos y rellenos, que ocasionan graves molestias al tráfico y a los vecinos, y serios deterioros a la viabilidad y sus servicios públicos. Para ello, se proponía concentrar esfuerzos y reducir la obra civil a una sola galería o entubado de varios tubulares, con capacidad suficiente para albergar la posible demanda de ocupación del subsuelo”*.

Dando por válidos los razonamientos que figuraban en la Moción que el Pleno aprobó en fecha 13 de septiembre de 2000, la presente Moción de la Alcaldía, en relación al servicio municipal de canalizaciones, introduce la modificación consistente en prescindir de una municipalización en régimen de monopolio. Como justificación de esta modificación, se alude, fundamentalmente, a la complejidad del procedimiento para declarar el monopolio, a la lesión de los intereses de los operadores, que quedarían a la expectativa de un largo procedimiento, a la inseguridad de un resultado satisfactorio- *“al pretender un monopolio cuando las directivas europeas y la propia legislación vigente nos hablan de la liberalización en materia de telecomunicaciones, (aunque el monopolio para administrar el aprovechamiento del subsuelo no es incompatible con la liberalización de los Servicios de Telecomunicación)”*- y a la *“innecesariedad de arropar con monopolio el ejercicio de un derecho sobre el dominio público”*.

Con ello –se señala en la Moción- se pretende conseguir un régimen flexible, en el que el régimen concesional coexista con otras autorizaciones demaniales y con la posible declaración de uso compartido por parte del órgano competente de la Administración General del Estado.

En el **informe jurídico emitido por el Secretario** a petición del Alcalde, se hace referencia a la potestad que tienen los Ayuntamientos de *“intervenir en los asuntos que afecten al círculo de sus intereses, a través de un marco de competencias propias, conforme a los principios de descentralización y máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos”*, mencionando varios preceptos del Reglamento de bienes de las Entidades Locales, relativos a las potestades de dichas Administraciones en relación con la defensa de su patrimonio. Entroncando con esta argumentación y en lo que concierne a la constitución del servicio público, se alude a los artículos 25.1 y 85.1 de la Ley



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

7/1985, de 2 abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, preceptos relativos a la prestación de servicios públicos por parte de las Corporaciones Locales, y a la justificación de hacer uso de artículo 105.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sobre revocación de actos administrativos, en lo que concierne al procedimiento acordado de municipalización con monopolio.

Finalmente, el informe emitido por el Secretario del Ayuntamiento señala que, visto el informe emitido por la CMT contestando la consulta del Ayuntamiento de Alaquàs, se hace necesario introducir en el Proyecto de Reglamento una serie de conceptos jurídicos derivados de la normativa de telecomunicaciones, que resume en los puntos siguientes:

1. Incorporación de los principios esenciales en materia de telecomunicaciones.
2. Informe al Proyecto de Reglamento, previo a su aprobación, por parte de la CMT.
3. Necesidad de recabar informe del Ministerio de Ciencia y Tecnología, previo al otorgamiento de autorización demanial a los operadores.
4. *“Dar oportunidad a otras modalidades de uso, compartido o no, por operadores no dispuestos a aceptar las condiciones de compartición del uso de infraestructuras que oferta el concesionario”.*

Dispuesta la constitución de un servicio público de canalizaciones, el Ayuntamiento de Crevillent procede, conforme a la normativa de régimen local, a tramitar el expediente para aprobar el correspondiente Reglamento que regule la prestación del servicio local creado.

En cuanto a la estructura, el Proyecto de Reglamento consta de 109 artículos y cuatro disposiciones finales. El articulado está dividido en siete capítulos, relativos a las siguientes materias:

- Capítulo 1º: “Objeto. Modalidades. Forma de gestión. Planificación y costes de las instalaciones: Tasa y cánones.”
- Capítulo 2º: “Ejecución de obras.”
- Capítulo 3º: “Prescripciones técnicas aprobadas en Pleno de 28-06-2000.”
- Capítulo 4º: “Licencias. Concesiones. Autorizaciones. Uso compartido.”
- Capítulo 5º: “Organización. Gestión. Usuarios. Beneficiarios.”
- Capítulo 6º: “Instalaciones.”
- Capítulo 7º: “Sanciones.”

De acuerdo con el artículo 1 del Proyecto, el objeto del Reglamento es la regulación del *“servicio de explotación del subsuelo del Dominio Público Municipal, mediante ocupación del mismo con aprovechamiento de sus galerías u otras infraestructuras soporte, por redes de servicios y suministros de agua, alcantarillado y gas, así como redes conductoras de electricidad, teléfono, telégrafo y demás redes de cable o fibra óptica para otros servicios de telecomunicaciones”*. Según la Exposición



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de Motivos, la creación de este servicio se justifica por la necesidad de *“preservar nuestro Dominio Público y los servicios municipales afectados de la saturación y el caos que podría derivar de actuaciones irracionales y descoordinadas, en constante sucesión de zanjeos y rellenos, ...”*

En la práctica, dicho servicio público consiste en el establecimiento en el subsuelo municipal de una única galería o entubamiento (formado por varios tubos) que albergará las redes correspondientes a los diferentes servicios objeto del Reglamento, así como en la conservación de tales infraestructuras de canalización. Los operadores que utilicen este servicio, ubicando sus redes en la infraestructura así creada, pagarán por ello ciertos cánones.

Se prevé que este servicio público podrá ser gestionado de una forma directa por el Ayuntamiento o indirecta por un concesionario, si bien el texto del articulado se centra en esta última posibilidad. Según el artículo 78, la concesión se otorgará por concurso público y por tiempo no superior a treinta años.

El concesionario quedará obligado a la realización de las obras de canalización e instalación de conductos y tuberías, así como a la conservación de las mismas, corriendo con los costes de estas actividades. Tales obras de construcción tienen la consideración de obras públicas municipales, estando sujetas a recepción por el Ayuntamiento, y pasando a integrarse –se entiende– en el dominio público.

Aunque el servicio público no se constituye en su modalidad monopolística, la creación del mismo tiene como objetivo concentrar en una sola actuación sobre el dominio público las pretensiones de todos los operadores con licencia, persiguiendo absorber la demanda existente.

En concreto, se prevé que si, una vez instaladas las infraestructuras, la demanda existente no supera la capacidad de las infraestructuras instaladas por el concesionario, los operadores podrán acceder a las mismas sobre la base de un acuerdo con el concesionario. Si la capacidad de las infraestructuras instaladas se ve superada por la demanda, los operadores accederán a los conductos que gestiona el concesionario por licitación, quedando expedita la realización por los operadores de sus propias obras en caso de que se agote la capacidad de la obra municipal.

El Ayuntamiento cobrará a los operadores que utilicen estas infraestructuras un canon de ocupación del dominio público y otro por mantenimiento, en los que participará el concesionario.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El Reglamento regula cuatro modalidades de asentamiento de las infraestructuras en el dominio público: las galerías de servicio visitables, las canalizaciones entubadas (tubulares), los *enterrados* (ubicación de instalación en el subsuelo demanial “sin más protección que la inherente al cable o tubo que sirve de base”) y las cámaras de registro. Se prevé que, por medio del servicio público que se constituye, se instalarán, en todo el término municipal (conforme a un Plan Especial de galerías y canalizaciones), las infraestructuras correspondientes a las modalidades mencionadas que sean susceptibles de una utilización compartida, por lo que se excepciona –según parece de lo dispuesto en el artículo 3- a las instalaciones enterradas.

Ahora bien, se señala que las galerías constituirán una modalidad excepcional, que se establecerá para algunas vías *“por razón de su importancia, trazado, situación y, en general, en todas aquéllas en que lo exija el interés público o la importancia o la naturaleza de las instalaciones”*. Asimismo se prevé que, en las calzadas, excepto para agua y gas, se exigirá la instalación tubular, y en las aceras, el Reglamento admite que se realicen instalaciones enterradas *“excepto en aquellos casos en que por razón de la naturaleza de los servicios instalados pudiera entrañar peligro para las personas o las cosas”*.

€ **Principios generales aplicables a la ocupación del dominio.**

De acuerdo con el artículo 43 de la LGTel los operadores titulares de licencias para la instalación de redes públicas de telecomunicaciones (licencias de tipo B o de tipo C) pueden beneficiarse del derecho de ocupación del dominio público.

En desarrollo de esta previsión legal, el artículo 44 del Reglamento de obligaciones de servicio público establece el procedimiento a seguir para que en la licencia que habilite a un operador a la realización de la correspondiente actividad de telecomunicaciones –cuyo otorgamiento corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones- figure el reconocimiento genérico del derecho a la ocupación del dominio público.

El reconocimiento del mencionado derecho no excluye que el operador interesado en la ocupación de un determinado bien de dominio público haya de solicitar una habilitación concreta para poder ocuparlo. Esta habilitación concreta corresponde concederla a la Administración titular del bien de que se trate, Administración que podrá ostentar, asimismo, otras competencias en relación con las finalidades públicas a que esté afecto el bien demanial o, en su caso, que pudieran proyectarse sobre el mismo bien.

Las condiciones que los Ayuntamientos, de conformidad con los motivos de interés público para cuya protección sean competentes, pueden imponer a



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

los operadores de telecomunicaciones en relación con su actividad de instalación de redes en el dominio público municipal, tienen por límite el derecho a la ocupación del dominio público que, de conformidad a lo dispuesto en la legislación de telecomunicaciones, esté reconocido genéricamente a los operadores en su licencia individual.

En efecto, los Ayuntamientos no pueden desconocer el mencionado derecho y, en consecuencia, no pueden impedir, con carácter general, que los operadores que tengan reconocido el derecho de ocupación lo ejerciten de acuerdo con las previsiones de extensión y delimitación geográfica que figuran en su licencia individual. Así lo expresa la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2000. En el Fundamento de Derecho segundo de la Sentencia mencionada se señala:

“(...) 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.”

De acuerdo con estos parámetros, un Ayuntamiento no puede decidir acerca de la concreta solicitud de ocupación presentada por un operador de telecomunicaciones sobre la base de la conveniencia de la misma, criterio que, con carácter general, se recoge en la normativa reguladora del dominio público local a propósito de su ocupación, dado que en el caso de los operadores de telecomunicaciones existe un derecho de ocupación que les ha sido reconocido conforme al procedimiento previsto en la legislación de telecomunicaciones. Cabe precisar que este derecho (que tiene como punto de partida la configuración de las telecomunicaciones como una actividad de interés general y cuyo reconocimiento a un operador permite, además, imponerle obligaciones de servicio público) resulta, asimismo, de especial relevancia para garantizar la existencia de una pluralidad de oferta de redes públicas de telecomunicaciones y que dicha oferta es fundamental para conseguir los objetivos que se marcan en la LGTel.

Pues bien, conforme a la LGTel, solamente, por razón de la protección de los intereses públicos para los que la Administración Local es competente (principalmente, la protección del medio ambiente y el cumplimiento de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

requisitos urbanísticos), sería posible que un Ayuntamiento limitara o condicionara una concreta solicitud de ocupación formulada por un operador que cuente con un derecho genérico a la misma.

No obstante, que los motivos mencionados **no pueden llevar nunca a imponer “restricciones absolutas”** al derecho de ocupación del dominio público por los operadores, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo a que antes se ha hecho referencia.

Es así que por lo que se refiere al otorgamiento de las autorizaciones para las ocupaciones concretas del dominio público local deberá tenerse en cuenta que:

a-) Las autorizaciones de uso del dominio público local deberán otorgarse conforme a lo dispuesto en la legislación de régimen local (art. 45.a) de la LGTel y 46.3 del Reglamento de obligaciones de servicio público).

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha precisado a este respecto que la referencia recogida en estos artículos a "autorizaciones de uso" debe ser considerada en sus propios términos. Estas autorizaciones de uso no se otorgarán mediante concurso, sino de forma directa a los operadores de telecomunicaciones debidamente habilitados en los términos de la citada normativa.

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

b-) Las condiciones y requisitos que se establezcan por las Administraciones titulares del dominio público para la ocupación del mismo por los operadores de redes públicas deberán ser, en todo caso, transparentes y no discriminatorias (art. 44.2, *in fine* de la Ley).

Más concretamente en relación con el dominio público local, se prevé que tanto las condiciones para la canalización subterránea de las redes como las que se determinen para su financiación deberán someterse a los principios de igualdad de trato y no discriminación entre los distintos operadores (art. 45 *in fine* de la Ley).

Claro es, pues, -en palabras del Tribunal Supremo en la sentencia ya citada, F.J. 2º- que "una cosa es esta obligación (la de otorgar la autorización



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

pertinente para el uso del dominio público municipal a los operadores debidamente habilitados) y otra que la utilización deba ser incondicional y que no puedan establecer los Ayuntamientos las condiciones técnicas y jurídicas relativas a cómo ha de llevarse a cabo aquélla".

La cuestión es que la apreciación de los "requisitos esenciales" hecha en tales instrumentos jurídicos, así como las medidas que se establezcan conforme a la mencionada apreciación, habrán de resultar proporcionadas (es decir, habrá de existir una adecuación a la finalidad de proteger el interés público de que se trate y la medida en cuestión habrá de resultar necesaria para alcanzar la protección de dicho interés), transparentes y no discriminatorias y basadas en criterios objetivos.

€ **Análisis del objetivo del Reglamento: La configuración como servicio público de la actividad consistente en el establecimiento y conservación de conductos para redes de telecomunicaciones.**

Como se ha señalado anteriormente, el Proyecto de Reglamento que se analiza tiene por objeto la regulación de un servicio consistente en el establecimiento y conservación de las infraestructuras que soporten las redes correspondientes a diferentes servicios (agua potable, saneamiento, gas, electricidad, telecomunicaciones).

El presente informe se emite, ya lo hemos indicado, a los efectos de la incidencia del Reglamento en el sector de las telecomunicaciones. Ahora bien, conviene señalar que es, precisamente, el establecimiento de infraestructuras de telecomunicación lo que parece haber motivado la adopción de este Reglamento. Así se refleja en los trabajos preparatorios, en la Exposición de Motivos del Proyecto de Reglamento (que alude, de un modo particular, a "*un interés evidente de muchas empresas operadoras de telecomunicaciones, tanto portadoras como finalistas, de implantar en nuestro término municipal redes de comunicaciones por cable o fibra óptica*"), y en el propio texto articulado del Reglamento (que, si bien se refiere también de forma expresa a las instalaciones de otros servicios –en concreto en el Capítulo 6º-, contiene, con un carácter general en su articulado, unas referencias particulares a la CMT y a los operadores de telecomunicaciones titulares de licencias tipo B y C que usarán los conductos establecidos por el concesionario del servicio, licencias que permiten obtener el reconocimiento del derecho a la ocupación del dominio público).

Señalado lo anterior, procede examinar la solución acogida por el Ayuntamiento de Crevillent; esto es, la constitución de un servicio público municipal de canalizaciones en régimen de concurrencia, que comprendería la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

actividad de establecimiento y conservación de conductos para redes de telecomunicaciones.

Con carácter general, se entiende que el concepto de servicio público implica la concurrencia de las siguientes circunstancias:

- *Actividad prestacional:* Se va a ofrecer al público la realización de una actividad.
- *Asunción por la Administración:* La Administración va a desarrollar esa actividad prestacional.
- *Interés de la colectividad:* Con la realización de esa actividad, la Administración satisface una necesidad de la colectividad (se trata de una actividad que es de interés general).
- Los ciudadanos adquieren un *derecho subjetivo público* a la prestación de la actividad; esto es, se genera un derecho a reclamar de la Administración la prestación de la actividad en que consiste el servicio público (y, correlativamente, la Administración se compromete a garantizar a todo ciudadano la prestación del servicio).

El servicio público puede ser prestado en régimen de monopolio por la Administración (servicio público esencial o servicio público en sentido estricto) o en competencia (servicio público concurrente). En el primer supuesto ningún particular (salvo que actúe -como concesionario- por cuenta de la Administración) puede asumir la realización de la actividad en cuestión; en el segundo supuesto la Administración actúa en competencia con otros particulares que también realizan la misma actividad prestacional.

En el segundo caso, la declaración de servicio público no es un mero título para la intervención de la Administración en la actividad privada sino que, además, por virtud de la declaración de servicio público, la Administración se convierte en garante de la satisfacción de una necesidad social que se ve cubierta con la prestación del servicio (adquiriendo los ciudadanos el derecho a que la Administración les proporcione ese servicio, mientras subsista la declaración de servicio público).

En el caso de la constitución de servicios públicos locales, la necesidad que se cubre es la necesidad sentida por la comunidad vecinal. El artículo 25.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de Régimen Local expresa con claridad esta noción de servicio público: *“El municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal.”* Al Ayuntamiento compete, en el ejercicio de la potestad de autoorganización, apreciar la necesidad vecinal de constitución de un servicio público.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En cuanto al alcance de la solución, esto es, la configuración de una actividad como servicio público, no tiene por qué suponer (de una forma necesaria) ninguna implicación para el desarrollo de esta misma actividad por los particulares en concurrencia con la Administración. En principio, las consecuencias que se derivan de esta declaración se limitan a la actividad que el concesionario, por cuenta de la propia Administración, desarrollará (sin aplicarse a la misma actividad desarrollada por los particulares): así, tales consecuencias se refieren a la aplicación de las normas de la contratación administrativa para la gestión de servicio público, a la configuración de los bienes adscritos al servicio como dominio público, o a la posibilidad de beneficiarse de la expropiación forzosa (lo que en el caso del servicio público que propone el Ayuntamiento de Crevillent no concurriría, ya que se trata de obras a realizar sobre el dominio público, y no sobre la propiedad privada).

No obstante, en la práctica, la calificación de una actividad como servicio público suele legitimar (sobre la base del interés social que se supone que se ha apreciado para efectuar la declaración) que el ejercicio de la actividad por parte de los particulares esté sometido a ciertas cautelas, que originan una restricción en la libertad empresarial de los particulares. Se refuerza, así, el protagonismo de la Administración titular del servicio, que extiende su control, dirección o vigilancia sobre la actividad, cualquiera que sea el agente que la realice.

La práctica muestra la existencia de servicios públicos locales relativos a la realización de obras en la vía pública, tales como los de conservación de la red viaria, o los de reposición de pavimentos. Ahora bien, en estos casos se observa una justificación clara en las competencias municipales y los intereses de la comunidad vecinal, ya que tales servicios tienen como finalidad directa el mantener la vía (que es usada por los ciudadanos) en un buen estado de conservación.

En cambio, la constitución de un servicio público de canalizaciones, al objeto de ubicar en el subsuelo municipal los conductos que hayan de albergar las redes de telecomunicaciones (pues, aunque el objeto del Reglamento sea más amplio, esta actividad se incluye en el mismo, de una forma –además– particularmente destacada) no resulta viable, no sólo porque nos encontramos en el ámbito de una actividad liberalizada, sino porque además no parece encajar con la noción de servicio público antes expresada.

En efecto, lo que pretende municipalizar el Ayuntamiento es la actividad consistente en la instalación, explotación y conservación de infraestructuras para redes de telecomunicación, actividad liberalizada, que se presta en régimen de libre concurrencia por los operadores del sector que se encuentren



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

convenientemente habilitados y entre los que la LGTel obliga a promover las condiciones de competencia que permitan la existencia de una pluralidad de oferta de servicios. En materia de telecomunicaciones, la garantía de prestación de unos servicios a los ciudadanos, viene determinada por un régimen de obligaciones de servicio público sobre el que la LGTel se pronuncia, concretando sujetos obligados y Administración competente para velar por los mismos.

De este modo, tras la *despublicatio* del sector, la actividad consistente en la instalación y explotación de infraestructuras para redes de telecomunicaciones (como actividad integrada en la actividad típica de *establecimiento y explotación de redes públicas de telecomunicación*) no puede ser calificada como servicio público en el ámbito local, y menos, con las pretensiones de exclusividad que se acogen en el Reglamento.

Por otro lado, resulta difícil argumentar que el establecimiento y conservación de conductos *para las redes de telecomunicaciones que colocarán los operadores* sea una necesidad sentida por la comunidad vecinal, dicho sea con respeto a la potestad de autoorganización municipal. Parece claro que, cuando menos de forma directa, no se satisface una utilidad de la comunidad vecinal (que no tiene la cualidad de usuaria de este servicio). En la misma línea, podría cuestionarse la oportunidad o la conveniencia de que el Ayuntamiento garantice, *a sus vecinos*, que *los operadores* vayan a contar con unos conductos para la instalación de sus redes, teniendo en cuenta que la actividad garantizada constituye, en realidad, una de las fases del plan de negocio que los operadores han de llevar a cabo para prestar sus servicios en el municipio. Se advierte, por tanto, una dificultad en justificar, sobre la base de las necesidades de la población urbana, la existencia de un servicio público de canalizaciones del que quienes se van a servir van a ser –entre otros- los operadores de telecomunicaciones.

Ahora bien, los intereses que el Ayuntamiento pretende salvaguardar con la constitución del servicio (evitar molestias en la circulación ciudadana) pueden protegerse por otras vías, que no requieren configurar como servicio público la actividad mencionada, sino que existen, por otra parte, cauces alternativos para lograr la protección de los intereses públicos que han motivado la adopción de este Reglamento.

Ø Alternativas posibles.

Para exponer las alternativas existentes es preciso distinguir el título en virtud del cual actúe el Ayuntamiento.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A) Si el Ayuntamiento interviene en su condición de Administración titular del dominio público, en las funciones que como tal le encomienda la normativa de régimen local o la normativa urbanística, incluyendo aquí la construcción de infraestructuras que queden incorporadas al dominio público sujeto a ocupación –vgr. galerías de servicios, puertos de comunicaciones –, en los supuestos en los que las mismas resulten necesarias, sin intención de establecer y explotar una red de telecomunicaciones o de prestar servicios en el mercado de telecomunicaciones, las relaciones jurídicas con los operadores serán las correspondientes a una Administración pública con los administrados, dentro del ámbito de las competencias que le son propias, sin perjuicio de las consideraciones que puedan hacerse desde la perspectiva de los principios que presiden la intervención de una Administración en la actividad económica. Sólo excepcionalmente estará justificada la integración de elementos específicos de redes de comunicaciones, como canalizaciones para cable en el dominio público de titularidad municipal, pero lo característico de este supuesto no es tanto el tipo de construcción que se realice como el hecho de que pase a formar parte del dominio público de titularidad municipal, pero sin intención de acometer una actividad de explotación de las mismas para el mercado.

B) Si la intervención municipal se produce, directamente o a través de una sociedad participada por el Ayuntamiento (o concesionario), con la intención de intervenir como un agente económico más en el mercado, compitiendo con otros operadores en la actividad de explotación de infraestructuras y redes de telecomunicaciones –**a cuya categoría pertenece la explotación de las canalizaciones subterráneas para cables de comunicaciones**–, sus relaciones jurídicas serán las que se deriven de la normativa sectorial de telecomunicaciones y de salvaguarda de la libre competencia en el mercado. En particular:

1. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá, al autorizar la realización de esta actividad de explotación a través del otorgamiento de la correspondiente licencia C1 (o, en su caso, B1), establecer las condiciones que estime necesarias para que la previsión del volumen de canalizaciones a instalar sea tal que, con el mismo, no se distorsione la libre competencia. Así lo habilita el artículo 7.3 de la LGTel.
2. Los demás operadores podrán optar entre solicitar al Ayuntamiento la compartición de infraestructuras o solicitar la ocupación de otros terrenos de dominio público. Esta segunda petición sólo podrá ser denegada por el Ayuntamiento (que en este caso actuará como Administración Pública) si concurriera alguna de las exigencias esenciales en materia de protección del medio ambiente, ordenación del territorio y urbanismo; la negativa del Ayuntamiento a tal ocupación sería recurrible ante la jurisdicción



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

contencioso-administrativa. Si el operador opta por solicitar al Ayuntamiento la compartición de infraestructuras, la relación entre ambos se sujetará a los estrictos términos de los artículos 48 y 49 del Reglamento del Servicio Universal, es decir, el operador y el Ayuntamiento (que aquí actuaría como un operador más, desprovisto de sus potestades administrativas) habrán de llegar a un acuerdo sobre las condiciones de la compartición. En caso de discrepancia sobre las condiciones técnicas o económicas de tal compartición, resolvería la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Siguiendo el esquema expuesto, un Ayuntamiento que tenga interés en asegurar que la actividad de instalación de redes de públicas de telecomunicación en el municipio se realiza de una forma coordinada, puede acudir, en primer término, a los instrumentos que la normativa urbanística y de régimen local le confieren, como Administración Pública que es.

Así, para proteger los intereses públicos concernientes a la circulación viaria, las ordenanzas municipales pueden prever ciertas condiciones respecto al modo de planificar y ejecutar las obras (en todo caso, la regulación del espacio del suelo en que pueden ubicarse las infraestructuras de telecomunicación habrá de ser suficiente para dar cabida a las previsiones de los operadores).

En la planificación de las obras el Ayuntamiento habría de tomar en consideración las peticiones de los operadores de telecomunicaciones y los prestadores de los demás servicios incluidos en el ámbito de aplicación del Reglamento. A la vista de tales necesidades, el Ayuntamiento podría elaborar un plan de instalación de infraestructuras.

Con esta información el Ayuntamiento podrá coordinar las previsiones que realicen los operadores acerca de la instalación de sus infraestructuras en las distintas zonas del término municipal, estableciendo un calendario de ejecución de obras para tales zonas del término municipal que, en la medida de lo posible habrá de estar adaptado a las previsiones que manifestaron los operadores. Cualquier modificación de tales previsiones habría de someterse a audiencia.

Con ello, se permitiría ir ejecutando, consecutivamente, las instalaciones propias de los diferentes operadores (concentrando en el tiempo las actuaciones), e incluso de los operadores correspondientes a los prestadores de los diferentes servicios. Tras la ejecución de las obras así planificadas, se podría establecer un período de carencia, que tiene sentido una vez que los diferentes operadores han tenido su oportunidad de establecer sus infraestructuras, si bien durante este período de tiempo los operadores que



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

deseen establecer su red han de contar con la oportunidad de acceder a la capacidad disponible de las infraestructuras ya instaladas.

Por lo demás, la ejecución de las obras puede hacerse, bien por el propio Ayuntamiento, bien por los operadores interesados. En el primer caso, el Ayuntamiento, a la vista de las necesidades manifestadas por los agentes involucrados, realizaría por sí mismo las obras de canalización, incorporándose la obra resultante al dominio público municipal y poniendo la misma a disposición de los agentes interesados en la forma prevista en la normativa reguladora del demanio local.

Si se optara por dejar a la iniciativa privada la ejecución de las obras, el Ayuntamiento habría de limitarse a otorgar los títulos necesarios para la ocupación del dominio público local, garantizando en todo caso la posibilidad de que otros agentes interesados se incorporen al proyecto de obra. A este respecto, la normativa de telecomunicaciones prevé el mecanismo de la declaración de utilización compartida del dominio público (por medio de una Orden del Ministerio de Ciencia y Tecnología, conforme al artículo 49 de la Ley General de Telecomunicaciones). En efecto, los operadores interesados en la compartición podrían servirse de la actuación de apertura de zanja que realizara el operador beneficiario de una ocupación; a estos efectos, cada vez que un operador solicitara ocupar el dominio público, debería efectuarse por el Ayuntamiento anuncio público para que otros operadores manifestaran su interés en la utilización compartida. A quien pretendiera plantear una solicitud de ocupación al margen de los procedimientos de compartición en marcha, se le podría exigir que justificara no acudir a la vía de la compartición. En cualquier caso, este procedimiento de la compartición confiere el protagonismo a los operadores que, con anterioridad a la instalación de la infraestructura, pueden discutir los términos de la misma, estando previsto que a falta de acuerdo entre ellos, resuelve la CMT.

Ahora bien, si la actuación del Ayuntamiento va encaminada a realizar una actividad de mercado (como la que se expone en el Proyecto de Reglamento), explotando unas infraestructuras de entubamiento para los operadores que quieran utilizarlas, a cambio de unos cánones que se hayan de cobrar a los mimos, el Ayuntamiento habrá de respetar la normativa de la LGTel; en particular, la normativa que resulta del principio de igualdad y no discriminación entre operadores (y en concreto, la prohibición de derechos exclusivos) y en materia de compartición (donde se prevé que, a falta de acuerdo en el precio, resuelve la CMT), habiéndose de obtener el correspondiente título habilitante.

De acuerdo con esto, habrán de corregirse las limitaciones que, en relación a esos aspectos, se contienen en el Proyecto de Reglamento.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

€ Estudio de las limitaciones que el Proyecto de Reglamento implica para el derecho de ocupación con que cuentan los operadores¹.

Independientemente de la configuración de la actividad como servicio público, el Proyecto de Reglamento prevé, además, una serie de limitaciones a la actividad de establecimiento de redes públicas que se pueden llevar a cabo por los operadores, y que conviene examinar desde la óptica de la normativa de telecomunicaciones.

Por una parte, aunque el Proyecto de Reglamento a que se refiere la consulta del Ayuntamiento de Crevillent prevé el establecimiento de un servicio público no monopolizado, establece una excepcionalidad en el establecimiento de los conductos por parte de operadores de telecomunicaciones.

Por otra parte, el Proyecto de Reglamento prevé, aparte de la tasa por ocupación, una tasa por la actividad de mantenimiento de las canalizaciones.

Ø Prioridad de uso de las infraestructuras establecidas por el concesionario:

A pesar de que no es clara la interpretación que haya de atribuirse a algunos preceptos del Reglamento, puede observarse, en buena medida, una exclusividad de las infraestructuras del concesionario, que, debe recordarse, instala tanto las galerías visitables (en los casos particulares en que las mismas se establezcan) como los tubos que habrán de albergar las redes, así como las cámaras de registro. Además, esta cierta exclusividad se pondría de relieve por el hecho de haber suspendido el Ayuntamiento el otorgamiento de autorizaciones demaniales y por el hecho de haber previsto que las infraestructuras que establecerá el concesionario habrán de “*posibilitar la ocupación racional del subsuelo por las redes soporte de los servicios técnicos permisibles*”, siendo tales infraestructuras que establecerá el concesionario aquéllas a que se referirá el Plan Especial.

Como ya se ha señalado, esta solución no sería conforme con el reconocimiento de un derecho de ocupación del dominio público que atribuye a los operadores de redes públicas de telecomunicaciones el artículo 43 de Ley General de Telecomunicaciones. Este derecho implica, para cada operador que lo tiene reconocido, la libertad de configurar un determinado diseño de la

¹ Las consideraciones que se incluyen en este informe se entienden exclusivamente referidas a la aplicabilidad del Reglamento a los operadores de telecomunicaciones (en atención a la normativa específica que las regula), y se entienden hechas sin perjuicio de las particularidades que pueda implicar el régimen aplicable a los otros servicios que son objeto de regulación, y sin perjuicio de reconocer, por lo demás, las ventajas que, con carácter general, puede tener la coordinación de las obras de telecomunicación con las correspondientes a esos otros servicios, lo que ha sido objeto de pronunciamiento por la jurisprudencia



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ocupación del dominio público adaptado a su plan de negocio (salvo en aquello en que se lesione, de una forma concreta, el interés público).

Además, la prioridad de una Administración en la instalación de unas infraestructuras de telecomunicaciones, como los tubos en los que se han de ubicar las redes, implica una cierta monopolización, o una cierta exclusividad del concesionario, en la realización de una actividad de mercado, monopolización que resulta contraria a la normativa europea y nacional en materia de telecomunicaciones, que establece la liberalización de estas actividades. Con la solución acogida, el establecimiento de infraestructuras de telecomunicación por los operadores que van a servirse de las mismas se convierte en excepcional; se suspende el otorgamiento de licencias de obra a los operadores, quienes no podrán establecer sus redes en el dominio público hasta tanto la Administración Pública no ejecute, por medio de concesionario, las obras necesarias, debiendo de justificar además que *la peculiaridad del servicio* requiere instalaciones diferentes; los diferentes requisitos que implica el esquema de la contratación pública (la aprobación de un proyecto, su publicación, licitación, adjudicación, y, en su caso, su impugnación en vía contenciosa) se convierten en paso necesario para que puedan instalarse las redes de telecomunicaciones que los opera. Lo que se opone a la consideración de actividad de mercado que tiene el establecimiento de esas infraestructuras.

En conclusión, no puede existir una preferencia o prioridad en el uso de las infraestructuras que establece la Administración (a través del concesionario).

En efecto, una cosa es que, en un momento dado (por haberse establecido un período de carencia para proteger la circulación viaria), no resulte posible abrir una canalización nueva y haya de usarse la capacidad disponible de los conductos ya instalados (como medida que ha de establecerse en un contexto en el que los diferentes operadores tuvieron la posibilidad previa de instalar sus conductos), y otra cosa es que, *de principio*, se establezca la prevalencia de las instalaciones del Ayuntamiento. Si se parte de que ningún operador podrá realizar sus infraestructuras hasta que un operador determinado instale las suyas, la medida de que haya de intentarse la compartición de las infraestructuras ya instaladas implica una preferencia del operador que realizará las obras que es contraria al principio de no discriminación que, en relación con la ocupación del dominio público, se recoge en los artículos 44 (con carácter general, para las distintas Administraciones Públicas) y 45 (para las Entidades Locales), de la LGTel.

Estas consideraciones no deben llevar a concluir que los operadores no puedan acordar que sea uno sólo de ellos el que realiza las obras



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

correspondientes a todo un municipio, o que sea una sociedad de economía mixta, en que el Ayuntamiento participe, la que realice tales obras. Pero, aquí, la medida de que sea el concesionario el que ejecute las obras se plantea como una imposición a los operadores, como norma de obligado cumplimiento para ellos, y es eso lo que debe corregirse.

En definitiva, como lo que se somete a informe es una norma de obligado cumplimiento (una norma imperativa, que no admite pacto en contrario), se deberían corregir las limitaciones que eliminan, de forma esencial, el margen de decisión conferido a los operadores por la Ley en esta materia. En particular, la exclusividad de las infraestructuras que instala el concesionario.

Ø Cánones a cobrar por la actividad que desempeña el concesionario:

Respecto a los cánones previstos en el Reglamento, ha de señalarse que cuando se utiliza privativamente o se aprovecha especialmente dominio viario municipal por empresa de servicios que afectan a la generalidad o a una parte importante del vecindario, el importe de la tasa a pagar consiste, en efecto, en un porcentaje de los ingresos brutos procedentes de la facturación que se obtienen anualmente por la empresa en el término municipal. Dicho porcentaje consiste, en todo caso, en un 1,5 % de tales ingresos brutos (artículo 24, párrafo tercero, de la Ley reguladora de las Haciendas Locales).

No queda claro si los dos cánones previstos en el Proyecto de Reglamento (el canon de instalación y el canon de mantenimiento) serían independientes del canon de aprovechamiento del dominio público o si el canon de mantenimiento vendría a identificarse con éste (en este sentido, el artículo 16 del Proyecto habla de “canon de ocupación o mantenimiento). En cualquier caso, queda claro que, aparte de la tasa de ocupación demanial se prevé el cobro de otras cantidades por razón de la actividad que desarrolla el concesionario, cuando menos, el llamado *canon de instalación*.

A este respecto existe cierta jurisprudencia que se refiere a que la tasa cuantificada en el 1,5 % de los ingresos brutos constituye un sistema conjunto globalizado de percepción de gravámenes que comprendería los diversos conceptos impositivos previstos en la Ley de Haciendas Locales, en cuanto estos conceptos impositivos fueran consecuencia de los aprovechamientos demaniales y estuvieran atribuidos a una empresa suministradora de servicios, de modo que la tasa consistente en el 1,5% de los ingresos brutos sustituiría a las diferentes liquidaciones concretas que en caso de no existir el mencionado sistema globalizado serían procedentes. Asimismo, existe cierta jurisprudencia que se refiere a las dificultades de conceptualizar, para estos casos, una distinción entre tasa por servicios y tasa por aprovechamientos e incluso a la posibilidad de que, con tal distinción, resultarían impuestas cargas que ya se satisfacerían



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

por la vía de la tasa antes mencionada (1,5 %), al recaer ésta, porcentualmente, sobre los ingresos brutos que se obtienen en el municipio.

Ahora bien, dichos pronunciamientos jurisprudenciales, que son abundantes, se refieren a supuestos que se produjeron con anterioridad a la entrada en vigor de la última redacción dada al artículo 24 de la Ley de Haciendas Locales, efectuada por la Ley 25/1998, de 13 de julio, que declara expresamente la compatibilidad de la tasa cuantificada en el 1,5 % de los ingresos brutos con las tasas que puedan establecerse por la prestación de servicios o la realización de actividades de competencia local, de las que las empresas explotadoras de servicios de suministro deban ser sujetos pasivos.

No compete a este Comisión ahondar en este tema, pero sí ha de ponerse de relieve lo que prescribe la normativa de telecomunicaciones y que se proyecta sobre este punto.

La actividad consistente en *explotar* –como señala el Proyecto de Reglamento- *un título de ocupación del dominio público, al objeto de establecer la infraestructura en que se ubicarán las redes públicas de telecomunicaciones*, es una actividad que ha de quedar sometida a lo dispuesto por la legislación de telecomunicaciones, que prevé que quien realiza dicha actividad pueda ser obligado a compartir, quedando los términos de la compartición al acuerdo de las partes, a falta del cual resuelve la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, fijando –si no se hubiera llegado a un acuerdo-, entre otros aspectos, el precio que el beneficiario de la compartición ha de pagar por este hecho.

Por tanto, cualquier cantidad que, aparte de la tasa por aprovecharse del demanio, se pretenda cobrar por el Ayuntamiento (directa o indirectamente – por medio de su concesionario-) por el hecho de dar acceso a un operador a las infraestructuras para red de telecomunicaciones instaladas en el dominio público, ha de quedar al pacto entre las partes, y, si no existiera acuerdo, esta Comisión podría pronunciarse sobre el importe de dicha cantidad.

Así se establece en el artículo 47 de la LGTel y en los artículos 48 y 49 del Reglamento de obligaciones de servicio público, que regulan el uso compartido de los bienes de dominio público objeto de derechos de ocupación para el establecimiento de redes públicas de telecomunicaciones, así como la compartición de infraestructuras de telecomunicación instaladas sobre el dominio público.

Resulta, por tanto, que la actividad a desempeñar por el concesionario (en lo que se refiere al establecimiento de infraestructuras destinadas a redes de telecomunicación, así los tubulares que tienen por objeto albergar las redes)



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

es una actividad que se desempeña en el mercado de las telecomunicaciones y que está sujeta a la obtención del correspondiente título habilitante (en concreto, una licencia de tipo C1).

En conclusión, si el Ayuntamiento decide aprobar un Reglamento sobre un servicio público de canalizaciones, dado que el Reglamento implica una imposición normativa (con normas no disponibles, que no admiten pacto en contrario), esta Comisión estima que en el Proyecto de Reglamento se habrían de introducir las modificaciones que se contienen en las siguientes consideraciones particulares en relación a las limitaciones que en el mismo se recogen.

IV. CONSIDERACIONES PARTICULARES.

A continuación se recogen los comentarios relativos a aquellos preceptos del Reglamento sobre los que se ha considerado conveniente informar. En todo caso, los comentarios se entienden hechos, exclusivamente, respecto de la instalación de infraestructura para redes de telecomunicaciones.

Primero.- Sobre el carácter excepcional de la realización, por parte de los operadores de telecomunicaciones, de obras de canalización.

Como ya se ha señalado, la existencia de un derecho a la ocupación del dominio público, que se reconoce en la normativa de telecomunicaciones, es incompatible con la preferencia de uso de las infraestructuras que establece el concesionario que se contempla en el Proyecto de Reglamento.

En este sentido, en el artículo 16 del Proyecto de Reglamento, a juicio de esta Comisión, se habrá de eliminar, por lo que afecta a operadores de telecomunicaciones, el inciso relativo a la excepcionalidad de la realización de obras de canalización por parte de agentes distintos al concesionario del servicio público de canalización. En este precepto, convendría indicar que los operadores de telecomunicaciones que tengan reconocido, conforme a la normativa reguladora de este sector, derecho a la ocupación del dominio público podrán establecer sus propias infraestructuras, de acuerdo con lo que se dispone en el Capítulo 4º, sobre tramitación de autorización para ocupar el dominio público y licencia urbanística.

En el mismo sentido, procederá realizar la corrección oportuna en el inciso final del artículo 85.2 del Proyecto de Reglamento. En dicho inciso se señala: *“La concesión municipal de un determinado tramo del subsuelo no excluye la*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

posibilidad de aprovechamiento de otro tramo diferente, siempre que se haya agotado el pluritubular municipal o no tenga posibilidad de uso compartido". A juicio de esta Comisión debería eliminarse la expresión “, siempre que se haya agotado el pluritubular municipal o no tenga posibilidad de uso compartido”.

Segundo.- Imposición de condiciones al ejercicio del derecho de ocupación con que cuentan los operadores.

Según el artículo 44 de LGTel, las condiciones que imponga la Administración titular del dominio público a los operadores que ejerciten su derecho de ocupación, deberán ser transparentes y no discriminatorias.

El párrafo segundo del artículo 58 del Proyecto de Reglamento, que cierra el Capítulo 3º, señala: *“Las prescripciones del presente capítulo, también se aplicarán en la medida de los posible, cuando las obras las ejecute el propio Ayuntamiento, por gestión directa o mediante concesionario”.*

Las disposiciones contenidas en el Capítulo 3º se refieren, principalmente, a las condiciones de señalización y ejecución de las obras de canalización, si bien, inciden también en otros aspectos, como el orden de ejecución por calles de las obras de canalización, o la traza de las instalaciones de telecomunicaciones.

Es cierto que la especialidad que implica la realización de obras por el concesionario puede justificar alguna particularidad respecto al régimen general. Así, la previsión, contenida en el artículo 3. de realizar un Plan Especial o Proyecto Técnico, que será ejecutado por el concesionario, o las especificaciones que se prevean en el pliego de bases, o en el contrato concesional, pueden hacer innecesario posterior por parte de los técnicos municipales de planes o de proyectos de obra que ya hubieran sido examinados por los mismos, con ocasión de la redacción del Plan Especial o de las condiciones de la concesión.

No obstante, en relación a las materias previstas en el Capítulo 3º, no se advierte, a primera vista, una razón que pudiera justificar que el concesionario se aparte del régimen general.

En este sentido, a juicio de esta Comisión, debería aclararse la expresión *“en la medida de los posible”*, que figura en el párrafo segundo del artículo 58, de modo que se especifiquen los casos en que pueda operar la salvedad, que habrán de tener justificación (teniendo en cuenta que, en todo caso, los términos en que los operadores –entre ellos, el concesionario-, ocupen el dominio público no podrán implicar una discriminación en las condiciones impuestas), o, en otro caso, suprimir tal expresión.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En otro orden de cosas, el artículo 82 del Proyecto de Reglamento señala “*La autorización demanial es un acto discrecional, frente al carácter reglado de la licencia urbanística*”.

El derecho con que cuentan los operadores de telecomunicaciones a ocupar el dominio público no es compatible con la atribución de un carácter discrecional al acto administrativo que autorice la ocupación, puesto que existe derecho a obtener de la Administración titular del dominio público esa autorización.

El reconocimiento de este derecho de ocupación vincula a los Ayuntamientos que no pueden examinar solicitudes de autorización para uso del dominio público local sobre la base de la “conveniencia” de la ocupación, puesto que existe derecho a la misma.

Estas consideraciones no pueden llevar a concluir que el derecho que ostentan los operadores sea incondicionado. La propia LGTel contempla la posibilidad de que los Ayuntamientos impongan a los operadores condiciones al ejercicio de su derecho de ocupación.

Como asimismo se recoge en artículo 82 del Proyecto de Reglamento, los motivos urbanísticos o medioambientales pueden llevar a imponer límites al ejercicio del derecho de ocupación, condicionándolo respecto a una zona concreta del dominio viario (como puede suponer la medida consistente en la necesidad de utilizar galerías), o respecto de un plazo determinado (como cuando se establece un período de carencia después de haber dado oportunidad a los diferentes operadores interesados de instalar sus infraestructuras).

En cualquier caso, la limitación impuesta deberá estar proporcionada a la finalidad pública cuya salvaguardia pretende el Ayuntamiento.

A este respecto, ha de tenerse en cuenta lo que señala el artículo 82 del Proyecto de Reglamento:

“(...) El Ayuntamiento, titular del dominio público municipal y por razón de protección de requisitos esenciales, urbanísticos y medioambientales básicamente, podrá establecer condiciones e imponer límites al ejercicio del derecho de ocupación de los operadores, por motivos de interés público de naturaleza no económica. Dichos motivos son la seguridad de explotación de la red, el mantenimiento de su integridad, la interoperabilidad de los servicios, la protección de los datos, la protección del medio ambiente, el cumplimiento de los objetivos urbanísticos, el uso eficaz del espectro de frecuencias y la necesidad de evitar interferencias perjudiciales entre los sistemas de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

telecomunicaciones de tipo radio y otros sistemas técnicos de tipo espacial o terrestres. (...)

A juicio de esta Comisión, procede suprimir la frase final (desde “*Dichos motivos*” hasta “*de tipo espacial o terrestre*”), ya que se mencionan supuestos a los que no se extiende la competencia municipal.

En efecto, tales motivos de interés público pueden condicionar el derecho de ocupación de los operadores. Sin embargo, al Ayuntamiento compete, sin perjuicio de las competencias autonómicas, la apreciación de motivos urbanísticos medioambientales, o, en general, aquéllos para los que tenga competencia conforme a la normativa de régimen local, y, en este sentido, parece suficiente la mención a los “*requisitos esenciales, urbanísticos y medioambientales básicamente*” que se contiene en el inciso anterior a aquél cuya supresión se propone.

Tercero.- Supuestos en los que opera la compartición.

En diversos artículos del proyecto de Reglamento examinado se hace referencia a la compartición.

Según viene señalando esta Comisión la compartición (que tiene lugar entre operadores de redes públicas de telecomunicaciones que tengan reconocido el derecho a la ocupación del dominio público) opera en diferentes supuestos. En concreto, los siguientes:

- ≠ Cuando, por motivos urbanísticos o medioambientales, un operador interesado en instalar su red no pueda ocupar un concreto tramo del dominio público o no pueda ocuparlo hasta que transcurra un período de tiempo predeterminado, puede, no obstante, instalar su red sirviéndose de las infraestructuras ya instaladas por otro operador en el dominio público. De acuerdo con el artículo 48 del Reglamento de obligaciones de servicio público este último operador estará obligado a dar acceso al operador entrante.
- ≠ Cuando un operador solicita ocupar dominio público y hay otros operadores interesados en servirse de la misma canalización que se va a realizar con motivo de esta ocupación, el operador solicitante puede ser obligado a compartir el dominio público que solicita ocupar o las infraestructuras que va a instalar sobre dicho dominio “*siempre que no se requieran obras adicionales de importancia*”; ello, a pesar de que los operadores entrantes pudieran ejercitar su derecho de ocupación abriendo una canalización diferente. Para que concurra, en este supuesto, dicha obligación, el artículo 49 del reglamento de obligaciones de servicio público prevé que se haya de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

declarar de utilidad compartida el correspondiente dominio público por medio de una Orden Ministerial.

- € Aparte de los requisitos que conforme a los artículos 48 y 49 del reglamento de obligaciones de servicio público han de concurrir para que se pueda obligar a la compartición a un operador con derecho de ocupación, es posible que los operadores convengan entre sí, voluntariamente, realizar de una forma conjunta las obras de instalación de sus propias infraestructuras, aprovechando una única zanja, o incluso hacer uso de unas mismas infraestructuras (compartiendo un mismo conducto para ubicar sus cables).

De acuerdo con estas consideraciones se proponen algunos cambios a la redacción de algunos preceptos.

En el artículo 82, in fine, del Proyecto de Reglamento se señala: *“Para esta protección de dichos motivos de interés público, se reconoce el derecho a compartición de infraestructuras del Dominio Público Municipal, cuando le sea imposible el otorgamiento de nuevos títulos concretos de ocupación demanial y siempre que se declare por Orden Ministerial la utilización compartida del Dominio Público Municipal por operadoras con licencia individual en su término municipal.”*

Se propone la siguiente redacción: *“Para esta protección de dichos motivos de interés público, se reconoce el derecho a compartición de infraestructuras del Dominio Público Municipal, cuando por medio de Orden Ministerial se declare la utilización compartida del Dominio Público Municipal por parte de operadores de redes públicas de telecomunicaciones que, en su licencia individual, tengan reconocido derecho a la ocupación de dicho Dominio, o cuando tales operadores, en relación a un concreto tramo o durante un determinado período de tiempo, no puedan obtener título concreto de ocupación demanial.”*

Por su parte, el artículo 85.4 del Proyecto de Reglamento dispone: *“En el caso de que, independientemente del servicio concedido, una operadora interesada obtenga autorización para ocupar otro tramo diferente del subsuelo, estará también obligada a compartir el uso de estas nuevas infraestructuras con otras operadoras afectadas, pudiendo en tal caso someterse al procedimiento estatal del art. 49 del Reglamento de Telecomunicaciones (R.D. 31-7-98, nº 1736/1998), correspondiendo la declaración de zona de uso compartido al Ministerio de Ciencia y Tecnología. Sin dicha declaración previa de ejercicio del Derecho al uso compartido de infraestructuras municipales, no es posible el ejercicio de la compartición por otras operadoras, cualquiera que sea la modalidad acordada por las Operadoras afectadas.”*

Se propone suprimir desde *“pudiendo en tal caso”* hasta *“por las Operadoras afectadas”*. Se considera que, a continuación de *“estará también obligada a compartir el uso de estas nuevas infraestructuras con otras operadoras”*, bastaría incluir la mención siguiente: *“cuando resulte de aplicación lo dispuesto en los artículos 48 y 49 del Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, por el que se aprueba*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

el Reglamento que desarrolla el Título III de la Ley General de Telecomunicaciones en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones, a las demás obligaciones de servicio público y a las obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación de las redes de telecomunicaciones”.

Cuarto.- Establecimiento de condiciones de compartición.

Como ya se ha señalado, las condiciones de compartición han de quedar al pacto entre los operadores, incluidas aquéllas que se refieren a la ocupación por parte del concesionario del servicio local creado.

En este sentido, deberían eliminarse las referencias que pueden contenerse en el Reglamento acerca de concretas formas de compartición (así, las que parecen establecidas en los artículos 11, 41, 81 ó 93, éste último sobre a quién corresponde el deber de conservación), ya que en caso de desacuerdo o conflicto entre operadores, resuelve la CMT, quien podrá fijar los “*criterios de reparto de costes, de las instalaciones o de la propiedad*”.

Particularmente, en relación con las infraestructuras establecidas por el concesionario, el artículo 81 prevé, entre otros aspectos, que, cuando la demanda de operadores supere a la oferta de capacidad disponible, el concesionario realizará la adjudicación por licitación pública. Parece apropiado que el concesionario realice oferta pública para la contratación de capacidad disponible de sus tubos, salvaguardando los principios de publicidad y concurrencia, sin perjuicio de las competencias de la CMT a propósito de la compartición. Ahora bien, de acuerdo con el artículo 48 del Reglamento de obligaciones de servicio público, los conflictos que surjan entre los operadores sobre reparto de las instalaciones (así, cuando, en principio, la demanda supera a la oferta), habrán de ser resueltos por la CMT, que intervendrá para “*eliminar obstáculos para la competencia en el mercado*”.

En lo que afecta a los cánones a cobrar, diversos artículos (artículo 15, 59, 79, 84) se refieren a los cánones de instalación y mantenimiento.

El artículo 24 de la Ley reguladora de las Haciendas Locales cuantifica la tasa de utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio viario, para las empresas que en el precepto se contemplan en el 1,5 % de los ingresos brutos de facturación en el término municipal. El cobro de cualquier otra cantidad, cualquiera que sea la forma en que el Ayuntamiento configure su servicio, deberá atenerse a las prescripciones de la LGTel; así, si un operador que quiera usar las instalaciones no estuviera conforme con la cantidad que le pretende cobrar el Ayuntamiento, o concesionario, podrá acudir a la CMT, que tiene, al objeto de salvaguardar las condiciones de competencia en el mercado



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de las telecomunicaciones, la competencia para fijar el “*precio de coutilización*”, sin perjuicio de a revisión de su juicio en vía contenciosa.

Así debería quedar reflejado en el Proyecto de Reglamento.

Quinto.- Control de tarifas.

El artículo 94 del Proyecto de Reglamento establece: *“Son beneficiarios todas las empresas o ciudadanos consumidores finales de servicios de agua, gas, electricidad, telefonía, telecomunicaciones, etc... estarán obligados a abonar a las Empresas u Operadores de los servicios que éstas les presten, conforme a las tarifas autorizadas. El Ayuntamiento controlará la aplicación de tales servicios conforme a tarifas oficiales. Y denunciará a la Administración Pública competente aquellas prestaciones que desarrollen las Empresas de servicios y Operadoras carentes de las correspondientes licencias.”*

En lo que se refiere a las telecomunicaciones, procede matizar la referencia al control de tarifas por el Ayuntamiento, ya que, conforme, al artículo 61 del Reglamento de obligaciones de servicio público, las reclamaciones, en materia de facturación, que formulen los abonados del servicio telefónico disponible al público y los usuarios finales de líneas susceptibles de arrendamiento se dirigirán a las Juntas Arbitrales de Consumo (cuyo ámbito, en efecto, puede ser municipal). Para el supuesto de que el operador o el abonado no se sometan a las Juntas Arbitrales, éste último podrá acudir a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información.

Sexto.- Ejecución de obras.

El artículo 35, que cierra el Capítulo 2º, relativo a la ejecución de obras, señala: *“Toda esta normativa sobre ejecución de obras será aplicable tanto a las empresas de servicios de suministro y/o operadoras licenciatarias de servicios de telecomunicaciones, que soliciten licencias municipales de tales obras, como también al Concesionario del servicio de explotación del subsuelo y dominio público municipal del suelo y vuelo, objeto del presente Reglamento orgánico-funcional.”*

En relación a los operadores de telecomunicaciones, convendría dejar a salvo, de la remisión normativa efectuada, aquellas disposiciones que se refieren a mecanismos e la contratación pública, que serían aplicables al concesionario del servicio.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

LA VICEPRESIDENTA

EL SECRETARIO

Elisa Robles Fraga

José Giménez Cervantes