



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 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones número 06/01, celebrada el día 8 de febrero de 2001, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

CONTESTACIÓN A LA CONSULTA PLANTEADA POR EL CONSORCIO DE AGUAS DE TARRAGONA SOBRE SI ES NECESARIO O NO SOLICITAR LICENCIA PARA LA CESIÓN DE INFRAESTRUCTURA SOPORTE DE UNA FUTURA RED DE TELECOMUNICACIONES (SC 2000/1975).

I. ANTECEDENTES.

Con fecha 31 de enero de 2000, ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión consulta planteada por el Consorcio de Aguas de Tarragona sobre si es necesario o no solicitar licencia para ceder los derechos de paso para la instalación futura de una red de telecomunicaciones, así como sobre si es o no necesaria licencia para llegar a un acuerdo de compartición de la infraestructura soporte de la futura red. En el escrito presentado se expone lo siguiente:

- Que la actividad del Consorcio consiste en el suministro de agua a determinados Ayuntamientos e Industrias de Tarragona.
- Que el Consorcio ha promovido diversos proyectos de obra pública para establecer su red de tuberías que han sido declarados de utilidad pública, siendo el Consorcio beneficiario de la expropiación forzosa.
- Que junto a las tuberías que se están instalando, se está estableciendo una canalización o conducto en forma de tritubo, *“como espacio físico vacío por el que –según manifiesta el Consorcio- introducir, el día que así se decida, cables de fibra óptica”*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que el Consorcio ha llegado a acuerdos con los propietarios de los terrenos afectados para la constitución de una servidumbre de telecomunicaciones en la misma franja de terreno sobre la que está constituida la servidumbre de acueducto para paso de las aguas.

Expuestos estos hechos, el Consorcio concreta su consulta en las siguientes cuestiones:

1. Si, de conformidad a la normativa de telecomunicaciones, sería necesario que el Consorcio obtuviera licencia para ceder a un operador de cable los derechos de paso para el establecimiento de red de telecomunicaciones, habiendo obtenido el Consorcio esos derechos mediante acuerdo privado con los propietarios de todos los terrenos afectados.
2. Si, para la compartición con un operador de cable de la infraestructura (soporte de la futura red de telecomunicaciones) instalada por el Consorcio junto a la tubería establecida para el suministro de agua, sería necesaria la obtención de una licencia de tipo C1.

II. COMPETENCIA DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES.

Las cuestiones que son objeto de la consulta que el Consorcio de Aguas de Tarragona plantea a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se refieren a la normativa relativa a los títulos habilitantes de telecomunicaciones, comprendida en la Ley 11/1998, de 24 de Abril, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), y en particular en las dos Órdenes Ministeriales de 22 de septiembre de 1998, una de las cuales establece el régimen aplicable a las licencias individuales para servicios y redes de telecomunicaciones y las condiciones que deben cumplirse por sus titulares (en adelante, Orden de Licencias), y, la otra establece el régimen aplicable a las autorizaciones generales para servicios y redes de telecomunicaciones y las condiciones que deben cumplirse por sus titulares (en adelante, Orden de Autorizaciones).

Conforme al artículo 29.2 a) del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, es función de esta Comisión la resolución de las consultas que pueden formularle los operadores de redes y servicios de telecomunicación. Con carácter general, como la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha tenido ocasión de manifestar en varios acuerdos por los que se contesta a consultas que se le han planteado, ha de entenderse que las consultas a las que se refiere el artículo 29.2 a) del mencionado Reglamento pueden referirse, principalmente, a los siguientes ámbitos:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

En particular, cabe citar lo determinado en los artículos 12, 14, 18.1 y 69 de la LGTel, que remiten la distribución de competencias sobre el otorgamiento de licencias individuales a lo establecido en la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones. En el apartado b) de su artículo 1.Dos.2, esta Ley atribuye a esta Comisión competencia para:

b) El otorgamiento de títulos habilitantes para la prestación a terceros, en condiciones de concurrencia, de los servicios a los que se refiere el número 1 del apartado dos de este artículo, excepto cuando el título habilitante se obtenga mediante procedimiento de concurso.

Teniendo en cuenta este criterio general, puede entenderse que la consulta planteada se encuentra en el ámbito previsto en el citado artículo 29.2.a), por referirse a normas -la Ley General de Telecomunicaciones y las Órdenes de Licencias y de Autorizaciones- cuya aplicación corresponde a esta Comisión, conforme a las competencias que le son atribuidas por las leyes.

III. OBJETO DEL ACUERDO.

El presente acuerdo tiene por objeto dar respuesta a la consulta planteada por el Consorcio de Aguas de Tarragona, aclarando si la normativa de telecomunicaciones exige la previa obtención de una licencia para las actividades que el Consorcio tiene previsto llevar a cabo sobre la infraestructura que está estableciendo y que va a servir de soporte para una futura instalación de fibra óptica.

En concreto, el Consorcio pretende la cesión a un operador de cable de los derechos de paso por el dominio privado que le han permitido la construcción de esa infraestructura que puede albergar una red de telecomunicaciones y, asimismo, el Consorcio estudia la posibilidad de llegar a un acuerdo con un operador de cable para la compartición de esa infraestructura.

Para resolver el objeto de la consulta, conviene analizar, primeramente, los supuestos que la normativa de telecomunicaciones sujeta a la necesidad de obtención de licencia para, posteriormente, examinar si dentro de esos supuestos se contemplan las actividades con relación a las cuales el Consorcio concreta su consulta.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

IV. SUPUESTOS DE HECHO PARA LOS QUE LA NORMATIVA DE TELECOMUNICACIONES ESTABLECE LA EXIGENCIA DE LA PREVIA OBTENCIÓN DE LICENCIA.

A) Análisis normativo

El artículo 15 de la LGTel determina el ámbito de las licencias individuales, como una de las modalidades de títulos que habilitan para la prestación de servicios o el establecimiento o explotación de redes de telecomunicaciones. El párrafo primero del mencionado artículo 15 dispone:

“Se requerirá licencia individual:

1.º Para el establecimiento o explotación de redes públicas de telecomunicaciones.

2.º Para la prestación del servicio telefónico disponible al público.

3.º para la prestación de servicios o el establecimiento o explotación de redes de telecomunicaciones que impliquen el uso del dominio público radioeléctrico de acuerdo con lo dispuesto en el Título V.”

De conformidad con lo establecido en este precepto (y en el artículo 2 de la Orden de Licencias), se requiere licencia individual para el establecimiento o explotación de redes públicas de telecomunicaciones, para la prestación del servicio telefónico disponible al público y para la prestación de servicios o el establecimiento o explotación de redes públicas de telecomunicaciones, siempre que se utilice el dominio público radioeléctrico.

El artículo 2 de la Orden de Licencias recoge las diferentes categorías de licencias individuales entre las que debe aquí citarse (por ser aquella que, en su caso, habría de solicitar el Consorcio) la Licencia C1:

"1. De acuerdo con lo establecido en el artículo 15 de la Ley General de Telecomunicaciones, será precisa la obtención de una licencia individual para el establecimiento o explotación de redes privadas que requieran el uso privativo del dominio público radioeléctrico y para la prestación de servicios de telecomunicaciones en régimen de autoprestación, mediante el aprovechamiento de este tipo de redes.

2. También, según el mismo precepto, se requerirá licencia individual para la prestación de servicios y para el establecimiento o explotación de redes públicas de telecomunicaciones, a través de su oferta a terceros en los supuestos a los que aquél se refiere. Estas licencias individuales se dividen en las siguientes categorías: ...

2.3. Licencias de tipo C: Se requerirá una licencia de tipo C para el establecimiento o explotación de redes públicas, sin que su titular pueda



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

prestar el servicio telefónico disponible al público. Este tipo de licencias se subdivide en las siguientes categorías:

Licencias de tipo C1: Cuando las redes que se establezcan o exploten sean redes públicas que no impliquen el uso del dominio público radioeléctrico. La explotación de la red incluye el derecho a prestar el servicio de líneas susceptibles de arrendamiento...”

Por lo demás, los titulares de licencias individuales pueden solicitar y obtener el derecho de ocupación del dominio público, la aplicación del régimen de expropiación forzosa y el establecimiento de servidumbre, asumiendo el cumplimiento de las obligaciones de servicio público, presentes y futuras, que puedan imponérsele.

Junto con las licencias individuales, la LGTel regula otros títulos habilitantes, que son las autorizaciones generales. Estos otros títulos constituyen una categoría residual, en tanto que están previstos para la prestación de servicios y el establecimiento o explotación de redes que no precisen licencia. En concreto, las autorizaciones generales de tipo A habilitan para el establecimiento o explotación de redes privadas para la prestación del servicio telefónico en grupo cerrado de usuarios, las de tipo B habilitan para el establecimiento o explotación de redes privadas (título éste del que dispone el Consorcio de Aguas de Tarragona en virtud de resolución de esta Comisión de 11 de mayo de 2000), y las de tipo C, para la prestación de servicios de transmisión de datos disponibles al público. Este tipo de autorizaciones generales no implica, en ningún caso, los derechos aludidos de ocupación del dominio público y de la propiedad privada.

B. Supuestos en que es necesaria licencia

Sentadas las bases normativas, es preciso analizar si alguna de las actividades que pretende realizar el Consorcio exige el otorgamiento de una licencia individual.

a) Instalación y cesión de tritubos.

Tal y como ha quedado expuesto con anterioridad, el consultante afirma estar actualmente realizando obras consistentes en crear bajo tierra un espacio e instalar un conducto en forma de tritubo en el que se introducirán más adelante cables de fibra óptica. Es lógico pensar que estas obras se estén desarrollando ya, si tenemos en cuenta que se ubican en la misma franja de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

terreno¹ en la que el Consorcio resulta beneficiario del procedimiento de expropiación forzosa necesario para la ocupación de los bienes para la instalación de las conducciones de agua. En estas circunstancias es lógico pensar que, por el ahorro de costes que se produce, la colocación del tritubo se lleve a cabo aprovechando las obras para la instalación de las conducciones de agua.

De acuerdo con estas consideraciones, las actividades cuyo análisis interesa de forma más directa para solucionar el problema práctico con el que nos enfrentamos en esta consulta son la **instalación de tubos y cesión de los mismos** que se analizarán a continuación de forma separada. No obstante se analizará igualmente más adelante el tema de la constitución de servidumbres como actividad aislada para completar así el elenco de posibilidades expuestas.

Considerando en primer lugar la ejecución de obras tendentes a la colocación de tubos, incluida la propia colocación, hay que tener en cuenta que su realización no nos conduce a la existencia de una red de telecomunicaciones², puesto que faltan todavía algunos de los elementos constitutivos de esta. Ahora bien, la LGT exige título habilitante para el establecimiento de una red de telecomunicaciones, expresión cuyo significado, “acción de establecer”, incluye todas y cada una de las actividades necesarias para que aquello a lo que se refiera quede establecido. Este punto es importante porque no se exige el título una vez que la red está establecida sino para su establecimiento, luego el título habilitante es obligatorio para desarrollar cualquiera de las actividades necesarias para establecer dicha red. **La instalación de tubos y la previa adquisición de los derechos necesarios para tal instalación, constituye uno de los hitos imprescindibles (probablemente, incluso, el más costoso) para el establecimiento de la red de telecomunicaciones, por lo que su ejecución debe estar amparada por el correspondiente título.** Si por los tubos se va a instalar una red de uso exclusivo en autoprestación, el Consorcio ya dispone de la correspondiente autorización general de tipo B. Si el Consorcio va a llevar a cabo otro uso que se salga fuera de la mera autoprestación, debe obtener una Licencia Individual, como mínimo de tipo C.

En cuanto a la actividad de cesión de tubos que pretende desarrollar el Consorcio, en cualquier caso, presupone la existencia de terceros cesionarios,

¹ Los títulos jurídicos que legitiman la ocupación del terreno (servidumbres de paso) se refieren a zonas diferentes en el caso de la conducción de agua y el tritubo de redes de telecomunicación. Si bien coinciden por ubicarse en las mismas coordenadas geográficas, ocupan zonas del terreno a alturas (o profundidad) diferentes.

² Definida en el Anexo de la Ley General de Telecomunicaciones como los sistemas de transmisión y, cuando proceda, los equipos de conmutación y demás recursos que permiten la transmisión de las señales entre puntos de terminación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

por lo que automáticamente quedaría fuera de la autoprestación propia de las autorizaciones de tipo B. Por otra parte, esa actividad no está expresamente prevista como forma de explotación de una red pública por lo que:

- bien es un tipo de explotación de la red que por no estar expresamente permitida queda prohibida,
- bien es un tipo de explotación de la red amparada una Licencia Individual aunque la Orden que regula este título no se refiera expresamente a ella o, por último,
- las actividades de que se trata no son en sí un tipo de explotación de una red, ya sea pública o privada, por lo que no entran dentro del ámbito de ningún título, y tampoco quedan en principio prohibidas por el Ordenamiento.

De las tres posibilidades expuestas más arriba, la primera queda totalmente descartada puesto que las Licencias individuales no limitan las posibilidades de explotación de una red pública³. Por lo tanto, sólo queda contemplar si la cesión de tubos constituye o no una explotación de red de forma que, en el primer caso sería necesario una Licencia y en el segundo no.

La respuesta a esta pregunta ha de ser positiva. Si bien las referidas cesiones de tubos no pueden calificarse en sentido estricto como explotación de una red, porque lo que se cede a terceros no es una red sino parte de ella, sí se ceden parte de los recursos que van a hacer posible la transmisión de señales entre puntos de terminación, puesto que con esa finalidad se instala el tubo objeto de consideración. Este mismo razonamiento es el que ha llevado a la CMT a considerar que el alquiler de fibra oscura constituye una forma de explotación de red pública⁴ a pesar de que la fibra oscura no constituye una red de telecomunicaciones sino que es parte de la misma⁵. Aunque en ese supuesto no existan equipos de transmisión, esta Comisión entiende que se cuenta con el soporte de la misma (en concreto, la fibra que habrá de permitir la transmisión de la señal de telecomunicaciones).

³ A excepción de la Licencia tipo de C que no ampara expresamente la posibilidad de que su titular use esta infraestructura para prestar el mismo el servicio telefónico disponible al público.

⁴ Las primeras Resoluciones en este sentido fueron las de 2 de diciembre y 21 de diciembre de 1999 otorgando respectivamente a Desarrollo del Cable y a Renfe una licencia individual de tipo C1.

⁵ Con ocasión de numerosos recursos contencioso administrativos interpuestos por empresas suministradoras de electricidad que habían obtenido una autorización de tipo B en las que se precisaba que el alquiler de fibra oscura se consideraba explotación y por lo tanto requería licencia, la Audiencia Nacional (sección octava) ha considerado ajustada a derecho dicha precisión (sentencias de 1 de marzo de 2000/ recurso 0800/1999, 24 de marzo de 2000/ recurso 0571/1999, 28 de abril de 2000/ recurso 0606/1999, 10 de mayo de 2000/ recursos 0666 y 0602/1999, 16 de mayo de 2000/ recurso 0661/1999, 27 de junio de 2000/ recurso 0591/1999).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

b) Constitución de servidumbres de paso.

Nos queda por analizar la actividad consistente en **constituir servidumbres de paso**, siempre que esta constitución no venga acompañada por la instalación de tubos y su cesión, en cuyo caso nos remitimos a lo más arriba indicado.

En este supuesto, el elemento relevante a la hora de identificar la necesidad o no de título habilitante, en particular de Licencia, es determinar la forma como se accede a estas servidumbres.

Parece conveniente en este sentido esbozar brevemente los instrumentos que permiten a una persona ocupar un espacio físico cuando éste no le pertenece.

- Propiedad privada. Al dominio privado se puede acceder por acuerdo con el titular del bien o en virtud de la expropiación forzosa.

De una forma voluntaria (por acuerdo con el titular del derecho de propiedad), se puede constituir una servidumbre sobre un bien inmueble, al objeto que se estime oportuno. Si la servidumbre fuera establecida para permitir el paso de una red de telecomunicaciones, el titular de la servidumbre, en cuanto realice la actividad consistente en establecer la red, habrá de obtener la correspondiente licencia. Si los derechos de paso se adquieren no con la finalidad directa e inmediata de establecer una red de telecomunicaciones sino con la finalidad de negociar con ellos, sólo se exigirá título habilitante al eventual cesionario que vaya a proceder a tal establecimiento.

De una forma forzosa (en virtud del instrumento de la expropiación), se puede privar al titular de un bien de su propiedad (o, de ciertas facultades o de cierta utilidad inherentes a dicho derecho, si la finalidad de la expropiación es constituir una servidumbre sobre el dominio).

De acuerdo con la normativa aplicable a esta materia, la expropiación forzosa ha de tener por causa la utilidad pública o el interés social. Si la causa que justificara la constitución de una servidumbre fuera el establecimiento de una red de telecomunicaciones, resultarán de aplicación las prescripciones contenidas en la LGTel y en el Reglamento de obligaciones de servicio público que la desarrolla, aprobado por el Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio.

Esta normativa establece que los operadores que vayan a establecer o explotar redes públicas de telecomunicaciones pueden solicitar, para que conste en su licencia individual, el reconocimiento genérico del derecho de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ocupación de la propiedad privada. Los operadores que tengan reconocido dicho derecho podrán solicitar ser beneficiarios en un expediente concreto de expropiación forzosa, en el que la aprobación, por parte de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, del proyecto técnico relativo al objeto concreto que se expropia, llevará implícita la declaración de utilidad pública, así como la de necesidad de ocupación.

Por lo tanto, la ocupación forzosa de terrenos de propiedad particular, a través de la expropiación forzosa de los mismos o de la constitución forzosa de servidumbres de paso sólo puede obtenerse por quien tenga genéricamente reconocido el derecho de ocupación del dominio público – es decir, sea titular de alguna de las licencias que otorgan tales derechos- y siempre que la finalidad directa que persiga (pues de otro modo no concurrirían los requisitos de declaración de utilidad pública y necesidad de ocupación) sea el establecimiento o explotación de una red de telecomunicaciones. La obtención del título habilitante de los previstos en la Ley General de Telecomunicaciones se convierte así en requisito previo e imprescindible para adquirir los derechos de ocupación para el establecimiento de una red de telecomunicaciones, sea cual sea el alcance de ese “establecimiento” (construcción de la infraestructura precisa para el establecimiento de tal red, con o sin fibra oscura, o construcción de una red de telecomunicaciones en su sentido técnico estricto).

- Dominio público. Al dominio público se puede acceder en virtud de un título concreto de ocupación que corresponde otorgar a la Administración titular del mismo.

Ahora bien, si un operador pretende ocupar bienes de dominio público para establecer una red pública de telecomunicaciones, puede obtener -en su licencia- (de modo análogo a lo señalado respecto al derecho de ocupación de la propiedad privada), el reconocimiento genérico del derecho de ocupación del dominio público. Reconocido dicho derecho, el operador de que se trate podrá solicitar la ocupación concreta de determinados bienes a la Administración titular de los mismos, habiendo de emitirse un informe preceptivo, con carácter previo al otorgamiento de la autorización de ocupación, por parte del Ministerio de Ciencia y Tecnología, en relación con el proyecto específico de ocupación presentado ante la Administración titular del bien.

En este supuesto, de la misma manera que en el de adquisición forzosa de derechos sobre terrenos de propiedad privada, es precisa la existencia de una causa de utilidad pública que justifique la ocupación. El demanio se caracteriza por su adscripción a un uso o servicio público, por lo que su ocupación con otro fin como es el instalar infraestructuras de telecomunicación sólo puede articularse si estas constituyen un servicio de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

interés general prestado en régimen de competencia por el titular de una Licencia individual de tipo B o C con obligaciones de servicio público, en cuyo caso se reconoce un derecho de ocupación que de acuerdo con nuestro Ordenamiento es lógico pensar que se plasme en una concesión demanial. Este es, en definitiva, el régimen que recogen los artículos 44 y 45 de la LGT y el art. 46 del Reglamento de obligaciones de servicio público.

Por la propia esencia del dominio público, la ocupación del mismo sólo puede estar justificada para la satisfacción del específico interés general previsto por la norma que reconoce esos derechos. En efecto, los derechos especiales de ocupación de cualquier tipo de dominio que reconozcan las normas reguladoras de otros sectores de la actividad económica no cubren la constitución de servidumbres o concesiones demaniales con el fin de construir redes de telecomunicación.

Otra conclusión resultaría contraria al ordenamiento en vigor por las siguientes razones (ya destacadas en la Resolución de esta Comisión de fecha 4 de marzo de 1999):

- Por cuanto el principio de libre competencia e igualdad de trato entre operadores que se dedican a la prestación de servicios de telecomunicaciones y explotación de redes, establecido como principio general en la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de telecomunicaciones, impide aceptar como solución legítima el que, para adquirir y ejercitar el derecho de ocupación del dominio público y privado unos operadores deban contar con una licencia de telecomunicaciones y otros no.
- Por cuanto el reconocimiento de derechos de ocupación del dominio público en el ámbito de las telecomunicaciones se produce como contrapartida de la asunción de obligaciones de servicio público por parte de los operadores. En este sentido, no resultaría aceptable que se pudieran adquirir derechos de paso en el ámbito de las telecomunicaciones sin que al tiempo se asumieran obligaciones de servicio público, y esta asunción –como correlativa a la obligación que al respecto se produce en las normas aplicables- se produce inicialmente en el marco que ofrece la licencia.

Es preciso resaltar la razón de ser última de tal régimen, que no es otra que garantizar la igualdad de condiciones de los operadores respecto del ejercicio de unos derechos, los de ocupación, limitados por razones de interés general en muchos casos, y cuyo disfrute es tratado por la legislación sectorial de telecomunicaciones con mecanismos que evitan que se convierta en germen de posiciones indebidamente privilegiadas proscritas por la legislación comunitaria y nacional.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La afirmación anterior es especialmente relevante respecto de las empresas que, al amparo de los objetivos de interés público que están obligadas a cubrir, han recibido y disfrutan de derechos especiales o exclusivos en ciertas áreas de actividad conceptuadas como de interés económico general, y cuya sustracción al régimen sectorial, si participan con su actividad en el sector de telecomunicaciones, daría lugar a un ejercicio privilegiado de estas actividades sin el control que permiten la aplicación de las obligaciones exigibles al resto de operadores en la misma actividad.

Permitir que derechos reconocidos y ejercidos e infraestructuras creadas para un servicio concreto se trasvasen incondicionalmente al ámbito de las telecomunicaciones implicaría crear unas posiciones privilegiadas que son definitivamente distorsionadoras de la competencia. La legislación comentada viene a ratificar el principio de igualdad de trato entre operadores de telecomunicaciones, aunque esos operadores se dediquen a realizar otra actividad, incluso como principal.

En este sentido, parece conveniente traer a colación lo establecido por la Disposición Adicional sexta de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, que establece: *“todos los operadores, debidamente habilitados, que instalen redes de telecomunicación o presten servicios de telecomunicación tendrán, a estos efectos, los mismos derechos en relación con la ocupación del dominio público o de la propiedad privada, en los términos establecidos en la Ley General de Telecomunicaciones y en sus normas de desarrollo, con independencia de que realicen cualquier otra actividad adicional.”*

Esto supone, en definitiva, que no está autorizada por el ordenamiento jurídico la utilización del dominio público ocupado en virtud de derechos otorgados por las leyes rectoras de determinadas actividades de interés general (electricidad, gas, transporte ferroviario, dominio público viario, etc) con la finalidad de establecer o explotar una red pública de telecomunicaciones. El que ocupe tales bienes de dominio público, para extender tal ocupación a la creación de infraestructuras de telecomunicaciones, precisa la obtención del correspondiente título habilitante de los previstos en la Ley General de Telecomunicaciones que otorgue tales derechos e imponga las correlativas obligaciones. Será preciso, pues, la obtención de una licencia B o C, con petición expresa de reconocimiento genérico de los derechos de ocupación e imposición correlativa de obligaciones de servicio público.

C. Necesidad de obtención de licencia por el Consorcio.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En el caso concreto objeto de la presente consulta, el Consorcio ha obtenido, para el desarrollo de la función que le es propia, derechos de ocupación no sólo sobre propiedad privada sino también, previsiblemente (dada la amplitud del trazado por donde discurren las tuberías que ha de instalar) sobre dominio público.

Del conjunto de actividades desarrolladas o que pretende desarrollar, cabe exigir Licencia Individual C1 para las siguientes actividades relacionadas con el establecimiento o explotación de una red pública de telecomunicaciones:

- En aquellos tramos en que la infraestructura que está construyendo discurre por dominio público, la ocupación del mismo para el establecimiento de una red de telecomunicaciones no está amparada ni por la legislación de aguas ni por los títulos concretos de ocupación otorgados para la construcción de la infraestructura hidráulica que constituye el objeto principal de su actividad. En consecuencia, para la ocupación de estos terrenos precisa una Licencia C1, con solicitud de reconocimiento del derecho de ocupación del dominio público.
- En las canalizaciones que discurren sobre terrenos de propiedad privada, la adquisición de derechos sobre los mismos con el fin de establecer una red de telecomunicaciones tampoco está amparada, como reconoce el propio Consorcio, en su condición de beneficiario de la expropiación forzosa para la constitución de una servidumbre forzosa de acueducto. En estos casos precisa, bien llegar a acuerdos con todos los propietarios para la constitución de servidumbre voluntarias de paso (actividad que no precisa título habilitante), bien obtener una Licencia C1, con solicitud expresa del reconocimiento de derechos de ocupación y asunción de la obligación de cumplimiento de las obligaciones de servicio público que se le impongan, solicitando a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información la constitución sobre tales predios privados de una servidumbre forzosa de paso.
- La única de las actividades descritas que no precisa en si misma título habilitante es la adquisición voluntaria de derechos de paso sobre terrenos de propiedad particular. Ahora bien, si en el ejercicio de tales derechos de paso el Consorcio pretende proceder al establecimiento de una red de telecomunicaciones, o la construcción de la infraestructura precisa para tal establecimiento (instalación de tritubos) precisará también una Licencia C1. Tal Licencia será precisa, igualmente, para la explotación de la infraestructura creada.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

V. SOBRE LAS OBLIGACIONES DE COMPARTICIÓN.

Una última cuestión a analizar es la relativa a las obligaciones del Consorcio de proceder a la compartición de la infraestructura, apta para el establecimiento de una red telecomunicaciones, que está construyendo.

A. Terrenos de dominio público.

En este sentido, las propiedades que se hayan ocupado en el ejercicio de los derechos de que pueden beneficiarse los operadores de telecomunicaciones (es decir, los tramos de dominio público por los que discurren o van a discurrir sus canalizaciones) quedan sujetas a la compartición, presente y futura, con los demás operadores de redes públicas de telecomunicaciones que, asimismo, tengan reconocido el mencionado derecho de ocupación.

Así lo prevé el artículo 48 del Reglamento, que en su apartado 1 señala:

“Los operadores con licencias para instalar redes públicas de telecomunicaciones que soliciten y obtengan, de conformidad con lo dispuesto en los artículos anteriores, el derecho de ocupación del dominio público, la condición de beneficiarios de un expediente de expropiación forzosa o el derecho de servidumbre de paso, podrán ser obligados al uso compartido de instalaciones que realicen sobre las propiedades afectadas o de éstas con otros operadores que exploten redes públicas y que tengan, a su vez, impuestas obligaciones de servicio público.”

Por su parte, el artículo 49 del Reglamento prevé que, dictada la correspondiente Orden por el Ministerio de Ciencia y Tecnología, se efectúe un anuncio público, otorgando un plazo de veinte días para que los operadores de telecomunicaciones que lo consideren oportuno manifiesten su interés en la utilización compartida. Dicho anuncio se efectuará con carácter previo al informe que la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información ha de emitir en los supuestos de ocupación del dominio público, o con carácter previo a la aprobación del proyecto técnico concreto que dicha Secretaría ha de realizar en los supuestos de expropiación forzosa. En este sentido, los dos primeros párrafos del artículo 49 señalan:

“Por Orden del Ministerio de Fomento –hoy, debe entenderse Ministerio de Ciencia y Tecnología- se establecerán los supuestos en los que, con carácter previo a la emisión del informe o de la resolución que apruebe el proyecto técnico dictados por la Secretaría General de Comunicaciones a que se refieren los artículos 46 y 47 de este Reglamento –en relación con el otorgamiento de autorización de ocupación de dominio público y con la solicitud de la obtención de la condición de beneficiario en un expediente de expropiación forzosa-, será necesario efectuar anuncio público otorgando un plazo de veinte días a los operadores de redes



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

públicas de telecomunicaciones para que manifiesten su interés en la utilización compartida.

En el caso de que, efectuado el anuncio público, un operador de red pública de telecomunicaciones que, en los términos de su licencia individual, tenga el derecho de ocupación de dominio público o el de ser beneficiario de un procedimiento de expropiación forzosa, manifieste su interés en la utilización conjunta de un bien, se suspenderá la tramitación del expediente por parte de la Secretaría General de Comunicaciones –hoy, Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información- y se otorgará un plazo de veinte días a los interesados para que fijen libremente las condiciones para ello.

Es ésta, la compartición, una cuestión de especial relevancia para el mantenimiento de las condiciones de competencia en el mercado, pues la compartición es el cauce para que los operadores de telecomunicaciones se beneficien del principio de igualdad en el acceso al dominio público o privado. La garantía de esa igualdad de trato nace de la consideración de que el régimen de competencia en las telecomunicaciones al que se refiere la LGTel se proyecta tanto sobre la prestación de servicios de esta índole como sobre la construcción de redes. Así, la compartición de infraestructuras tiene su punto de partida en las consideraciones contenidas en la normativa comunitaria de que la existencia de ventajas o privilegios en orden a explotar una red, restringe la competencia en la prestación de los servicios de telecomunicaciones por otras empresas.

La normativa comunitaria declara que las autoridades nacionales de reglamentación deben fomentar la compartición de infraestructuras. En este sentido, el artículo 11 de la Directiva 97/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio, dispone en su párrafo primero:

“Cuando un organismo que preste redes públicas de telecomunicaciones y/o servicios de telecomunicaciones accesibles al público y disfrute, con arreglo a la legislación nacional, de un derecho general a montar instalaciones en un terreno público o privado, o por encima o por debajo del mismo, o pueda beneficiarse de un procedimiento de expropiación o utilización de una propiedad, las autoridades nacionales de reglamentación procurarán que tales instalaciones y propiedad sean compartidas con otros organismos que presten redes y servicios de telecomunicaciones accesibles al público, en particular, cuando unos requisitos esenciales priven a otros organismos de alternativas de acceso viables.”

Existe, de este modo, una clara opción de la normativa comunitaria por el instrumento de la compartición de infraestructuras para mantener la igualdad de trato entre los operadores de red en lo que se refiere al acceso al dominio público y privado para poder construir la red en cuestión, lo que se refleja en el precepto transcrito de la Directiva aludida.

B. Terrenos de propiedad privada.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Del relato de los hechos que se contiene en el escrito presentado por el Consorcio de Aguas resulta que el derecho de paso que se obtiene sobre las fincas afectadas se ha conseguido sobre la base de acuerdos privados con los particulares. En efecto, se han celebrado contratos con los propietarios de esas fincas para establecer un derecho real de servidumbre que permita la construcción de la canalización (en la misma franja de terreno en que está constituida la servidumbre de acueducto para el paso de las aguas que el Consorcio suministra).

De la documentación aportada no se desprende si esos acuerdos privados derivan de un expediente de expropiación forzosa o establecimiento de servidumbre forzosa o de un simple acuerdo voluntario concluido entre el Consorcio de Aguas y los propietarios de los terrenos.

El efecto que en relación a la compartición produce uno u otro evento son diversas.

En el caso de que el acuerdo privado se produzca en el curso de un expediente de expropiación forzosa o establecimiento de servidumbre forzosa de paso para instalaciones de telecomunicaciones, resultará de aplicación lo dispuesto en la Ley General de Telecomunicaciones y en el Reglamento de Obligaciones de Servicio Público respecto de la compartición, remitiéndonos en este punto al análisis realizado en el apartado anterior.

En este sentido, ni la Ley ni el Reglamento establecen diferencias respecto de la compartición por el hecho de que los bienes sean de dominio público o privado, sino que atienden a la circunstancia de que el obligado a compartir es beneficiario de los derechos de ocupación del dominio público o de los derechos derivados de un expediente de expropiación forzosa o de servidumbre de paso.

Puede suceder que el acuerdo sobre el establecimiento de la servidumbre no esté vinculado con expedientes administrativos como los indicados⁶.

Para este caso, hay que analizar si la compartición es aplicable, en la medida en que el Consorcio no habría obtenido sus derechos de paso en virtud de derechos de ocupación o como beneficiario en un procedimiento de expropiación forzosa o imposición de servidumbre forzosa, sino por medio de

⁶ No será lo habitual. En el caso del tendido de redes de una cierta extensión, que ocupen un buen número de fincas, el operador interesado normalmente se acogerá a la posibilidad de utilizar los procedimientos administrativos de expropiación forzosa o imposición de servidumbre forzosa, para no arriesgarse a que uno o varios de los propietarios puedan paralizarle, de no alcanzarse un acuerdo voluntario, la realización de la obra.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

acuerdos privados sin la cobertura coercitiva para el caso de falta de acuerdo que llevan ínsita aquellos procedimientos.

Resulta conveniente aclarar que el artículo 11 de la Directiva 97/33/CE se refiere a los “organismos”, y que éstos se definen en la Directiva 90/387/CEE, a la que la 97/33/CE alude, como *“las entidades públicas o privadas a las que un Estado miembro otorgue derechos especiales o exclusivos para el establecimiento de redes públicas de telecomunicaciones y, en su caso, para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones”*.

A análoga conclusión lleva el estudio de la normativa española sobre compartición (artículo 47 de la Ley General de Telecomunicaciones y artículos 48 y 49 del Reglamento de obligaciones de servicio público de telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1746/1998, de 31 de julio) que limitan esta obligación de compartición a los operadores *“que soliciten y obtengan, de conformidad con lo dispuesto en los artículos anteriores, el derecho de ocupación del dominio público, la condición de beneficiarios de un expediente de expropiación forzosa o el derecho de servidumbre de paso”*.

Determinado el elemento subjetivo del presupuesto de hecho para la aplicación del instrumento de la compartición, es conveniente sin embargo analizar las implicaciones que la situación que se describe en la consulta genera respecto de terceros operadores que estén interesados en compartir las infraestructuras de canalización construidas por el Consorcio.

Desde una perspectiva de mercado, no podemos olvidar la importancia que tiene, para que éste se configure de manera adecuada, que todos los actores participantes se sometan a idénticas reglas del juego. Cualquier privilegio, ventaja o uso inadecuado – véase fraude – de la Ley puede generar una distorsión, en ocasiones grave. En el mercado de redes de telecomunicación, uno de los elementos claves para la generación de competencia es, sobre todo en el contexto de las redes no radioeléctricas, el acceso a la ocupación de bienes y en su caso infraestructuras para instalarlas.

Esta preocupación, que el legislador comparte, se consagra en “el reconocimiento genérico de la ocupación de la propiedad pública o privada” y la “compartición de infraestructuras”, instituciones ambas que, como ya se ha indicado, reconoce la propia Ley General de Telecomunicaciones. Sin embargo, estos instrumentos no cubren todos los campos en los que una correcta actuación puede contribuir a una mejor y mayor competencia.

Para estas ocasiones, el legislador articula un instrumento flexible, dinámico, con capacidad de adaptarse a las circunstancias concretas de cada caso: el acto administrativo en que se manifiesta la Comisión del Mercado de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

las Telecomunicaciones en el ejercicio de su función genérica de actuar velando por la salvaguarda de un mercado competitivo⁷.

Por eso, actuaciones como la adquisición de servidumbres de paso para infraestructuras de telecomunicaciones, o la cesión de las mismas o de los tubos que se instalen, deben contemplarse como actividades de los operadores que pueden distorsionar la competencia y que, por tanto, pueden justificar un pronunciamiento de esta Comisión.

Para poder pronunciarse sobre la posibilidad de intervención en estos términos de la CMT es necesario reflexionar en torno a los tres extremos más significativos cuya valoración podría justificar una hipotética intervención de esta Comisión:

1. Origen de los bienes y derechos objeto de la cesión:

En lo que a la servidumbre de paso se refiere, la primera cuestión que se debe abordar, cuya solución ya se apuntó con anterioridad, es si la servidumbre constituida nace a la sombra del ejercicio de un derecho de ocupación de la propiedad.

Aparentemente, las servidumbres de paso que nos ocupan son el resultado de un acuerdo privado y voluntario entre las partes y no son el resultado del ejercicio de un derecho previo al respecto⁸.

Por lo tanto, la servidumbre que privadamente se haya acordado, exclusivamente como título jurídico, es susceptible de cesión, siempre que este negocio jurídico esté previsto en la propia servidumbre constituida o modificada con posterioridad. Por lo tanto, este aspecto depende exclusivamente de la voluntad de las partes.

No obstante, en este caso hay que destacar un aspecto sin duda relevante: el hecho de que la servidumbre de paso de telecomunicaciones coincida físicamente⁹ con la servidumbre de paso de acueducto a la que tiene derecho como beneficiario de un expediente de expropiación forzosa de acuerdo con la normativa sectorial de aguas.

⁷ Art. 1. Dos 2 C de la Ley de Liberalización de las Telecomunicaciones, recoge como función de la CMT la de “velar por la libre competencia en el mercado de las Telecomunicaciones equilibrando, en su caso las situaciones discriminatorias.... para lo que dictará las resoluciones oportunas”.

⁸ Este aspecto es relevante porque sienta una diferencia fundamental con el asunto contemplado en la Contestación de la CMT a la consulta planteada por Cable y Televisión de Cataluña (SC 63-98) en la que los derechos de paso objeto de consideración derivan de la existencia de un derecho genérico de ocupación ejercido por las eléctricas para desplegar su red.

⁹ Esto aparece en la propia documentación suministrada por el Consorcio.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El que la servidumbre se constituya en la misma franja de terreno es una ventaja competitiva innegable puesto que garantiza la consecución de las servidumbres de paso sin obstáculo, en tanto que los propietarios afectados no sufren limitaciones adicionales a las impuestas por la expropiación para el acueducto y además reciben una compensación económica añadida.

2. Grado de dificultad de creación de una infraestructura como la que se cede o sustituibilidad

Este aspecto se estudia para valorar las dificultades para que se cree un mayor grado de competencia en el mercado de redes. En este sentido hay que destacar la dificultad en crear una infraestructura similar teniendo en cuenta no solo el coste (que sería más elevado teniendo en cuenta la ventaja a la que se hacía alusión en el apartado anterior) sino las dificultades que se derivan del recorrido de la infraestructura. Las canalizaciones no discurren por una sola propiedad sino por un número elevado de predios. No obstante, para valorar la importancia de este criterio a la hora de una eventual intervención de esta Comisión habría que comprobar el grado de sustituibilidad del trazado y las facilidades de otros operadores en construir una red de similares características.

En este caso, las servidumbres y en su caso canalizaciones se sitúan en un recorrido principal que coincide con las carreteras nacionales 340 y 240 así como la autopista A7, si bien la infraestructura considerada goza además de una capilaridad añadida cuyo recorrido no coincide con las vías públicas mencionadas.

3. Suficiencia de la oferta y precio de la misma.

Si bien puede parecer una obviedad, si la oferta de un bien (servidumbres o canalizaciones) satisface todas las pretensiones de los competidores en el mercado de redes, no existe un problema de competencia salvo las implicaciones que puedan deducirse de un precio abusivo o excluyente.

En definitiva, del estudio pormenorizado de los elementos descritos, se podría obligar al Consorcio de Aguas de Tarragona a ceder a terceros las infraestructuras de forma no discriminatoria, entendiendo por tal publicitar la existencia de estos tubos y/o servidumbres para que cualquier operador con licencia B o C pueda acceder a la infraestructura, compartiéndola en su caso entre varios y distribuyendo en partes iguales las peticiones de los solicitantes si excedieran del volumen total ofrecido.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Esta intervención no afectaría los intereses económicos del Consorcio, que podría fijar el precio que más le conviene en la operación siempre que no sea desproporcionado. Esta última afirmación estaría justificada en la relativa facilidad con la que el Consorcio habría conseguido las servidumbres de paso, conforme a lo expuesto.

Se reitera que en el presente caso se desconoce la manera en la que los acuerdos se han alcanzado, por cuanto de la documentación aportada y singularmente el modelo de acuerdo que se aporta, no se desprende si los referidos acuerdos obedecen o no a un previo expediente de expropiación forzosa o imposición forzosa de servidumbre.

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 PRESIDENTE

EL SECRETARIO

José Mª Vázquez Quintana

José Giménez Cervantes