



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DON 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 26/01 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 12 de julio de 2001, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN RELATIVA A LA CONSULTA PLANTEADA POR RETECAL SOCIEDAD OPERADORA DE TELECOMUNICACIONES DE CASTILLA Y LEÓN, S. A., EN RELACIÓN CON EL CONVENIO FIRMADO ENTRE EL AYUNTAMIENTO DE SAN ANDRÉS DEL RABANEDO (LEÓN) Y JAZZ TELECOM, S.A.U. EN MATERIA DE OCUPACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO MUNICIPAL.

I. ANTECEDENTES.

Con fecha 12 de febrero de 2001, ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión un escrito de RETECAL Sociedad Operadora de Telecomunicaciones de Castilla y León, S.A. (en adelante, Retecal), en relación con el convenio firmado el 26 de julio de 2000 entre el Ayuntamiento de San Andrés del Rabanedo (León) y Jazz Telecom, S.A.U. (en adelante, Jazztel). En el escrito presentado, Retecal expone, básicamente, los siguientes hechos:

- Que, en fecha 27 de julio de 2000, apareció publicada en prensa *“una noticia relativa al Excmo. Ayuntamiento de San Andrés del Rabanedo, ..., en la que se daba a conocer la firma de un Convenio entre el anteriormente referido Ayuntamiento y la operadora Jazz Telecom SAU (en adelante, Jazztel) para dotar al polígono industrial de Trobajo del Camino de infraestructuras de telecomunicaciones”*.

Continúa señalando Retecal que, en virtud de dicho convenio, *“Jazztel realizaría una inversión previsiblemente superior a cien millones de pesetas para canalizar cinco tubos, de los cuales dos serían propiedad de Jazztel y tres pasarían a ser propiedad del Ayuntamiento”*, añadiendo que *“La*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

utilización de tales tubos por parte de otras operadoras estaría condicionada al pago de un canon mínimo de cincuenta millones de pesetas, de los cuales Jazztel recibiría una tercera parte para resarcirse del posible incremento que sobre los cien millones iniciales tuviera el coste total de la obra”.

- Que, con fecha de 17 de agosto de 2000, Retecal remitió una carta al Ayuntamiento de San Andrés del Rabanedo, *“solicitando la posibilidad de construir de forma compartida las infraestructuras necesarias para garantizar el acceso a los servicios de telecomunicaciones en el Polígono de Trabajo del Camino”.*
- Que el 23 de agosto de 2000, el Ayuntamiento de San Andrés del Rabanedo remitió a Retecal un escrito en el que le comunicaba *“que la implantación de empresas de telecomunicaciones en el Polígono de Trabajo del Camino, mediante la correspondiente licencia municipal de uso del dominio público “está sometida a los procedimientos y requisitos recogidos en el convenio firmado el día 26 de julio de 2000 entre este Ayuntamiento y Jazztel”, no permitiéndose a ningún otro operador la instalación de canalizaciones propias en dicho polígono”.*
- Que el día 25 de septiembre de 2000, Retecal se dirigió al Ayuntamiento de San Andrés del Rabanedo formulando alegaciones al escrito del Ayuntamiento de fecha 23 de agosto de 2000 y reiterando su solicitud de que se le permitiera *“construir sus infraestructuras de forma compartida”,* manifestando que, a la fecha de la firma del escrito de consulta que se dirige a esta Comisión (26 de enero de 2001), no se ha producido una respuesta del Ayuntamiento a esa solicitud, *“por lo que en principio debe entenderse que ha sido desestimada”.*

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

1. Si la actividad que lleva a cabo el Ayuntamiento de San Andrés del Rabanedo constituye una infracción del régimen de títulos habilitantes, o si están eximidas las Administraciones Públicas de la obligación de estar en posesión de dichos títulos.
2. Si la firma del convenio a que se refiere el escrito de consulta constituye una conducta contraria a la libre competencia.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

3. Cuáles son las medidas que puede adoptar Retecal, partiendo de que este operador considera que la firma del convenio aludido produce una discriminación a favor de Jazztel.
4. Si la firma del convenio objeto de la consulta tiene fuerza de obligar frente a terceros.
5. Si el Ayuntamiento de San Andrés del Rabanedo puede *“impedir arbitrariamente a RETECAL el ejercicio de un derecho reconocido por las disposiciones legales vigentes, permitiéndole un ejercicio en exclusiva de tal derecho a otro operador de telecomunicaciones”*.
6. Si debe Retecal *“plegarse a las exigencias del Ayuntamiento”*, *“ante la negativa del Ayuntamiento a que RETECAL construyera sus infraestructuras de modo compartido”*.
7. Si puede el Ayuntamiento de San Andrés del Rabanedo cobrar a Retecal un canon de cincuenta millones de pesetas por la utilización de cada uno de los tubos para red de telecomunicaciones instalados por Jazztel.

Al escrito de consulta presentado, Retecal acompaña los siguientes documentos:

1º -) Escrito del Ayuntamiento de San Andrés del Rabanedo, firmado en fecha 21 de agosto de 2000, con salida de Registro el 23 de agosto.

En este escrito, el Ayuntamiento manifiesta a Retecal que la implantación de empresas de telecomunicaciones en el Polígono Industrial de Trabajo del Camino está sometida a *“los procedimientos y requisitos recogidos en el convenio firmado el día 26 de julio de 2000 entre este Ayuntamiento y la empresa “JAZZ TELECOM SAU”*”, y que, en virtud de dicho convenio, el Ayuntamiento dispone de tres tubos de 125 mm cuya utilización puede ceder a las empresas de telecomunicaciones que estén convenientemente habilitadas. Asimismo, el Ayuntamiento manifiesta que la cesión de uso de esas canalizaciones ha de sujetarse a las condiciones pactadas en el convenio firmado con Jazztel, conforme a las cuales el Ayuntamiento ha de exigir un canon, como mínimo, de cincuenta millones de pesetas, independientemente de que la utilización de la capacidad del tubo sea total o parcial, y sin perjuicio de la actualización de dicha cantidad, como mínimo en un 30%.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El Ayuntamiento, que expresa a Retecal su conformidad con el hecho de que la red de ese operador se implante en el Polígono antes citado, aclara, no obstante, que mientras la capacidad de las canalizaciones a las que se refiere el convenio firmado con Jazztel no esté utilizada totalmente, *“no se realizarán ni se permitirá la instalación de nuevas conducciones por parte de las empresas privadas”*.

2º -) Copia del “Convenio entre el Excmo. Ayuntamiento de San Andrés del Rabanedo y Jazz Telecom, S.A.U.”, de fecha 26 de julio de 2000.

3º -) Copia de una página del diario “EL MUNDO” –se entiende que de la edición de Castilla y León-, de fecha 27 de julio de 2000, que, bajo los encabezamientos “LEÓN” y “SAN ANDRÉS DE RABANEDO”, titula “El polígono de Trobajo será el primero de la Comunidad en disponer de fibra óptica”, con el subtítulo “El convenio firmado con Jazztel añade un atractivo más para la instalación de empresas”.

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

El Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, otorga en su artículo 29.2 a), a esta Comisión, la siguiente competencia:

“Resolver las consultas que puedan formularle los operadores de redes y servicios de telecomunicación y las asociaciones de consumidores y usuarios de estos servicios.”

Con carácter general, ha de entenderse que las consultas que regula el artículo transcrito pueden versar, principalmente, sobre los siguientes ámbitos:

- Los actos y disposiciones dictadas por esta Comisión.
- Las normas que han de ser aplicadas por esta Comisión.
- Las situaciones y relaciones jurídicas sobre las cuales ha de ejercer sus competencias la Comisión.

La consulta que plantea RETECAL Sociedad Operadora de Telecomunicaciones de Castilla y León, S.A. se formula al amparo de esta competencia de la Comisión que se recoge en el artículo 29.2 a) del Real Decreto 1994/1996, ya que las cuestiones que son objeto de dicha consulta se refieren a la ocupación del dominio público para el establecimiento o explotación



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de redes públicas de telecomunicaciones y a la compartición de infraestructuras por los operadores de redes públicas de telecomunicaciones, materias que están reguladas en la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), y en el Reglamento por el que se 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), aprobado por Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio.

III. OBJETO DEL INFORME.

El presente informe tiene por objeto dar respuesta a las cuestiones planteadas por Retecal, en relación con los hechos expuestos en el escrito de consulta remitido a esta Comisión.

Para ello, se parte del análisis del contenido del convenio firmado entre el Ayuntamiento de San Andrés del Rabanedo y Jazztel, que se refiere al establecimiento de conductos para redes de telecomunicaciones en el polígono de nueva urbanización de Trobajo del Camino, así como del estudio de las opciones con que cuentan los Ayuntamientos para organizar la actividad de instalación de redes públicas de telecomunicaciones en sus municipios, particularmente durante la fase de ejecución urbanística en los terrenos de nueva urbanización.

IV. ANÁLISIS DEL CONTENIDO DEL CONVENIO A QUE SE REFIERE EL ESCRITO DE CONSULTA.

El convenio firmado entre Jazztel y el Ayuntamiento de San Andrés del Rabanedo prevé que Jazztel establecerá cierta infraestructura de telecomunicación en el Polígono de Trobajo del Camino, en el municipio de San Andrés del Rabanedo. De determinadas cláusulas del convenio se deduce que dicho Polígono se encuentra en fase de urbanización, y que Jazztel habrá de ejecutar las obras correspondientes a la infraestructura de telecomunicación mencionada antes de que la actividad urbanística de dicho Polígono haya concluido.

Una parte de estas infraestructuras instaladas por Jazztel pertenecerá a este operador, y la otra parte, al Ayuntamiento; si bien, el convenio prevé los términos en que tanto unas como otras habrán de ponerse a disposición de los terceros.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- *Otorgamiento de autorización de uso del dominio público local en favor de Jazztel:*

En virtud de la **estipulación primera** del convenio, el Ayuntamiento de San Andrés del Rabanedo *otorga* a Jazztel una “*autorización de uso común especial de bienes de dominio público municipal*”, para que este operador instale, en el Polígono Industrial de Trobajo del Camino, infraestructuras de telecomunicación para la prestación del servicio telefónico disponible al público. La autorización se otorga por un plazo de 20 años, prorrogable hasta un máximo de 10 años más, salvo que alguna de las partes denuncie el convenio (**estipulación segunda**).

El convenio prevé las cantidades que Jazztel ha de pagar al Ayuntamiento por razón del título concreto de ocupación. Conforme a la **estipulación tercera**, Jazztel deberá abonar al Ayuntamiento, en concepto de tasa, el 1,5% de los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtenga anualmente por la explotación de los servicios que preste en el término municipal de San Andrés del Rabanedo.

- *Identificación de las infraestructuras a instalar y régimen de las mismas:*

De acuerdo con la **estipulación quinta** del convenio, Jazztel ejecutará las infraestructuras correspondientes a cinco tubos de 125 mm, colocados dos en la parte superior y tres en la inferior. Los dos tubos colocados en la parte superior “*serán los que utilizará Jazztel para la instalación de su red de telefonía y contará con arquetas individuales en las aceras a lo largo de todo su trazado*”. Los tres tubos de la parte inferior del prisma, “*que contarán con arquetas independientes a la red de Jazztel*”, se ceden en propiedad al Ayuntamiento.

Tales obras deberán ser ejecutadas por Jazztel antes de que concluyan las obras de urbanización del Polígono Industrial de Trobajo del Camino. El coste de ejecución de las mismas será asumido por este operador (que es quien se encarga de la ejecución de todas las obras), si bien se prevé un “*un importe máximo de 100 millones de pesetas*” al coste total de la inversión necesaria para la ejecución de estas infraestructuras.

En el párrafo final de la estipulación quinta se expresa:

“El mantenimiento de las canalizaciones y arquetas, excluidas las Jazztel, correrá a cargo del Ayuntamiento, que será el encargado de conservar la obra en todo su trazado y durante el tiempo estipulado en este convenio.”

Prevé la **estipulación segunda** que, una vez se extinga la vigencia del convenio (que, salvo denuncia, rige durante el plazo por el que se confiere a



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Jazztel la autorización de uso o, en su caso, la prórroga de la misma), todos los elementos a la obra civil correspondientes a las infraestructuras instaladas por Jazztel *“pasarán a la plena propiedad y posesión del Ayuntamiento de San Andrés del Rabanedo”*.

- *Utilización por terceros de las infraestructuras construidas:*

En materia de utilización por terceros de las infraestructuras construidas en ejecución del convenio, la **estipulación séptima** dispone que Jazztel *“podrá permitir el uso de la canalización para cuyo uso está autorizado por el presente convenio a terceros, siempre y cuando existan acuerdos marcos entre ambas partes y que estos acuerdos sean de ámbito nacional o superior”*.

También se contempla en esta estipulación séptima la utilización por terceros de los tres conductos cuya propiedad adquiere el Ayuntamiento. Cuando el Ayuntamiento autorice esta utilización por terceros *“vendrá obligado a notificar a Jazztel esta circunstancia y exigirles un canon como mínimo de 50 millones de pesetas por tubo, independientemente que la capacidad de dicho tubo sea utilizado total o parcialmente”*. El mencionado canon *“será actualizado, incrementado en un mínimo del 30% en concepto de los mayores costes que representaría realizar la obra una vez que la urbanización del polígono esté concluida y del incremento del valor de la red, será igualmente incrementando el IPC por año transcurrido desde la firma del presente convenio”*.

Según se expresa en la misma estipulación séptima del convenio, el canon a pagar por los terceros operadores en concepto de utilización de los conductos propiedad del Ayuntamiento sirve de garantía a Jazztel, *“evitando que cualquier otro operador no entrará a prestar sus servicios en este polígono en condiciones más ventajosas”*, siendo el pago de dicho canon independiente a las cantidades a pagar por los terceros operadores al Ayuntamiento por el uso del dominio público local (*“Estas empresas estarán igualmente sujetas a los tributos que graven este uso el dominio público en cada momento, en las mismas condiciones que las establecidas para Jazztel en la cláusula tercera de este convenio”*).

Del canon de cincuenta millones que se percibe por el Ayuntamiento, una parte deberá ser abonada a Jazztel si el importe de ejecución de las obras supera el límite de inversión de los cien millones de pesetas. Así lo establece el convenio, que prevé que *“el Ayuntamiento abonará a Jazztel por cada operador una tercera parte del posible exceso de 100 millones del coste de la inversión inicial hasta cubrir dicho exceso”*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

V. SOBRE LAS POSIBILIDADES DE COORDINACIÓN POR PARTE DE LOS AYUNTAMIENTOS DE LA ACTIVIDAD DE INSTALACIÓN DE REDES PÚBLICAS DE TELECOMUNICACIONES EN LOS TERRENOS DE NUEVA URBANIZACIÓN.

Con carácter general, cabe manifestar que son múltiples las soluciones que los Ayuntamientos pueden acoger para conseguir el objetivo de que la instalación, por los operadores de telecomunicaciones, de redes públicas de telecomunicaciones en el municipio correspondiente se realice de una forma armónica con respecto a los intereses municipales, específicamente, en los casos en los que, como en el que es objeto de este informe, se trata del establecimiento de redes públicas de telecomunicaciones en terrenos de nueva urbanización. Ahora bien, en todo caso, dichas soluciones deberán respetar los principios de igualdad de trato y de no discriminación entre operadores.

La normativa de telecomunicaciones acoge un principio de igualdad de trato entre los operadores, que se proyecta también sobre las condiciones de acceso al dominio público por parte de los operadores que pueden beneficiarse del derecho de ocupación del mismo (en concreto, los operadores de redes públicas de telecomunicaciones, que son las redes que se utilizan, total o parcialmente, para la prestación de servicios de telecomunicaciones disponibles para el público). Este principio de igualdad se encuentra recogido en la legislación de telecomunicaciones como corolario del régimen de competencia que en dicha legislación se establece, y tiene su reflejo concreto en varios preceptos. Así, por una parte, el artículo 3 de la LGTel (establecida en el artículo 2 la caracterización de las telecomunicaciones como servicios de interés general que se prestan en régimen de libre competencia), dispone:

“Los objetivos de esta Ley son los siguientes:

- a) *Promover, adoptando las medidas oportunas, las condiciones de competencia entre los operadores de servicios, con **respeto al principio de igualdad de oportunidades, mediante la supresión de los derechos exclusivos o especiales.***
(...)”

Los principios de igualdad de trato y de no discriminación se recogen de modo específico, para la materia relativa a la ocupación del dominio público, en el párrafo segundo del artículo 44.2 de la mencionada LGTel, que establece: *“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 discriminatorios.”* Esta prescripción se reitera en el artículo 45 de la LGTel (sobre la *“Ocupación del dominio público*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

local”) a propósito de las condiciones que, en relación con la ocupación, establezcan las Administraciones Locales:

“En todo caso, las condiciones que se establezcan para la ocupación del dominio público, tanto para la canalización subterránea de las redes como para su financiación, deberán someterse a los principios de igualdad de trato y de no discriminación entre los distintos operadores de redes.”

Particularmente, en materia de instalación de las infraestructuras de telecomunicación en los terrenos de nueva urbanización, el Ayuntamiento puede valorar el interés de que por los operadores de telecomunicación se establezca la infraestructura correspondiente a las redes públicas de telecomunicación durante la fase de ejecución urbanística de los terrenos de nueva urbanización. Ahora bien, los esfuerzos del Ayuntamiento en la consecución de ese interés (organizando la instalación de la infraestructura de telecomunicación en dicha fase) han de partir del respeto a las condiciones de competencia que la LGTel prevé para las actividades de telecomunicaciones, de modo que el logro de este objetivo municipal no se consiga por medio de una lesión de las condiciones de competencia entre operadores.

Con ello, y teniendo en cuenta las *ventajas que pueden derivarse para un operador por el hecho de que sus infraestructuras de red se instalen antes de que la urbanización de una unidad de actuación se encuentre concluida*, se habría de procurar, en relación con las actuaciones que se lleven a cabo en el proceso urbanizador, la concurrencia de cuantos operadores se encuentren interesados en la instalación de sus redes públicas de telecomunicaciones en el municipio correspondiente, en aras de respetar la igualdad de oportunidades entre los mismos, que exige el establecimiento de un mercado en competencia. Para ello, el Ayuntamiento podría celebrar un convenio con tales operadores, recogiendo en el mismo las previsiones de estos operadores en materia de infraestructura de red.

La figura del **convenio** se muestra como instrumento apropiado para dar cabida a los intereses de los diferentes agentes involucrados en el proceso urbanizador, en relación con el establecimiento de redes públicas de telecomunicaciones (el Ayuntamiento, el promotor urbanístico y los operadores interesados). En virtud de este instrumento del convenio, tales agentes podrán acordar el modo en que se vaya a proceder a la instalación de redes públicas de telecomunicaciones durante la fase de urbanización, dando acogida a los diferentes intereses implicados y, en su caso, conviniendo en que la infraestructura que se instale pueda ser compartida entre tales operadores, en condiciones objetivas y de no discriminación. La legislación de telecomunicaciones recoge el mecanismo de la compartición como instrumento



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

típico para articular un desarrollo armónico y en condiciones de competencia de la actividad de establecimiento de redes públicas de telecomunicaciones.

A efectos de identificar a los operadores interesados, el Ayuntamiento puede dirigir una comunicación a los operadores respecto de los que tenga noticia concreta de su interés en instalar redes públicas de telecomunicaciones en el municipio de que se trate, efectuando, al tiempo, un anuncio público que permita a los demás operadores interesados concurrir al convenio, o bien, el Ayuntamiento podría realizar una comunicación individual a los distintos operadores interesados (para la cual, el Ayuntamiento podría dirigirse a esta Comisión, a los efectos de obtener una relación de los operadores que tengan una licencia que les habilite para la instalación de redes públicas de telecomunicaciones y que se refiera a un ámbito geográfico que comprenda el municipio correspondiente).

Una vez hubieran quedado diseñadas las obras a ejecutar, en virtud del convenio, los operadores podrían:

- a) realizar las obras de instalación, pudiendo preverse en el convenio alguna medida para que la ejecución de estas obras guarde la coordinación que se estime oportuna con las obras de urbanización que ejecute el promotor,
- b) o, en su caso (si, según la solución que se escogiera así fuera exigido por la normativa urbanística o así se conviniera), el promotor, al ejecutar la urbanización, instalaría, asimismo, por cuenta de los operadores –y, consecuentemente, sin necesidad de ningún título específico al amparo de la normativa de telecomunicaciones-, los proyectos de obra de infraestructura de red de telecomunicaciones, así como cierta infraestructura adicional que permita cubrir las necesidades futuras que se prevean para ese municipio.

De esta manera, se da realización al interés municipal concurrente en el hecho de que el establecimiento de las redes públicas de telecomunicaciones en las nuevas urbanizaciones se ejecute en la fase de urbanización del polígono urbanístico o unidad de actuación de que se trate, de un modo conjunto a las obras correspondientes a los otros servicios que son de interés para los vecinos del municipio, y, al tiempo, se evita que con las actuaciones llevadas a cabo en esta fase se ocasione una situación que distorsione el régimen de la libre competencia, puesto que se ha recogido el interés de los diferentes operadores que concurren.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

VI. CONTESTACIÓN A LAS CUESTIONES PLANTEADAS POR RETECAL.

Por motivos de claridad expositiva se va proceder a dar contestación, en primer lugar, a las cuestiones que, en relación con los hechos expuestos en el escrito de consulta remitido a esta Comisión, se refieren a la valoración de la situación de hecho existente (en concreto, a la explotación de canalizaciones por el Ayuntamiento, a la firma del convenio con Jazztel y a la denegación de la autorización de uso del dominio público solicitada por Retecal).

En segundo lugar, se va a dar contestación a las cuestiones relativas a las medidas que puede adoptar Retecal, ante la situación expuesta, para proceder a la instalación de su red de telecomunicaciones en el Polígono de Trobajo del Camino, del municipio de San Andrés del Rabanedo.

VI.1. Sobre la explotación de canalizaciones de red por el Ayuntamiento.

Retecal formula consulta acerca de la siguiente cuestión: *“¿Constituye la explotación por parte del Ayuntamiento de San Andrés del Rabanedo de una red de telecomunicaciones una infracción del régimen de títulos habilitantes o están las administraciones públicas eximidas de la obligación de estar en posesión de dichos títulos?”*

Para dar respuesta a esta pregunta se hace necesario considerar la normativa aplicable a la realización de actividades de telecomunicaciones por las Administraciones Públicas, así como analizar el contenido del convenio firmado por el Ayuntamiento de San Andrés del Rabanedo con Jazztel, para determinar si la mencionada normativa es aplicable a dicho Ayuntamiento en relación con la actividad de cesión a los terceros del uso de los conductos instalados (considerando los términos en que dicha actividad ha de realizarse, según el régimen del convenio).

- *Sobre la realización de actividades de telecomunicación por las Administraciones Públicas.*

El artículo 7.3 de la LGTel contiene el régimen aplicable a las Administraciones Públicas en materia de realización de actividades de telecomunicación. Este precepto dispone:

“La prestación de los servicios o la explotación de redes de telecomunicaciones en régimen de autoprestación y sin contraprestación económica de terceros, por las Administraciones Públicas o por los Entes Públicos de ellas dependientes, para la satisfacción de sus necesidades, no precisará de título



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

habilitante. Cuando para la prestación de los servicios citados se utilice el espectro radioeléctrico será requisito previo la obtención de la correspondiente habilitación demanial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63.

Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo anterior, la prestación o explotación en el mercado, de servicios o de redes de telecomunicaciones por las Administraciones Públicas o sus Entes públicos, directamente o a través de sociedades en cuyo capital participen mayoritariamente, requerirá la obtención del título habilitante que corresponda, de entre los regulados en este Título. Dicha prestación o explotación deberá ser autorizada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, que establecerá las condiciones para que se garantice la no distorsión de la libre competencia, y se realizará por la Administración o el ente habilitados, con la debida separación de cuentas y con arreglo a los principios de neutralidad, transparencia y no discriminación."

De acuerdo con este precepto, a las Administraciones Públicas se les exige, conforme a la normativa de telecomunicaciones, título habilitante si la actividad de telecomunicaciones que van a realizar no se va a producir en régimen de autoprestación; esto es, si se va a realizar una actividad de telecomunicaciones para el mercado (prestación de servicios o explotación de redes a favor de terceros). En estos supuestos, dicha actividad deberá ser autorizada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, que establecerá las condiciones para la que la realización, en el mercado, de una actividad de telecomunicaciones por parte de la Administración Pública de que se trate no distorsione la libre competencia. Además de la obtención del correspondiente título habilitante, se han de respetar el requisito de la separación de cuentas y los principios de neutralidad, transparencia y no discriminación.

- *Contestación a la consulta.*

De acuerdo con las estipulaciones del convenio, cuando el Ayuntamiento de San Andrés del Rabanedo ceda a terceros operadores la utilización de los conductos de su propiedad (o, en su caso, parte de la capacidad de dichos conductos), cobrará a los mismos una cierta cantidad. El importe de esa cantidad se pacta entre el Ayuntamiento y Jazztel.

Viene señalando esta Comisión que, en relación con el establecimiento de infraestructuras de telecomunicación en el dominio público municipal, los Ayuntamientos pueden actuar con diferente condición.

Por una parte, los Ayuntamientos pueden actuar en su condición de Administración titular del dominio público, con ejercicio sobre dicho dominio de las competencias que les están reconocidas en la legislación vigente (sin intención, por consiguiente, de establecer o explotar, en el mercado, redes de telecomunicaciones, o de prestar servicios de telecomunicaciones para el



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

mercado). En este caso, las relaciones jurídicas que dicho Ayuntamiento mantenga con los operadores del mercado serán las correspondientes a las relaciones jurídicas que una Administración tiene con los administrados.

Cuando el Ayuntamiento interviene en su condición de Administración titular del dominio público puede ejercitar las funciones que, como tal Administración, le encomienda la normativa de régimen local o la normativa urbanística. Entre estos supuestos pueden incluirse aquellos casos en que el Ayuntamiento asume la construcción de infraestructuras que quedan incorporadas al dominio público sujeto a ocupación (como las galerías de servicios), sin que el Ayuntamiento tenga la intención de establecer o explotar una red pública de telecomunicaciones. Sólo excepcionalmente estará justificada la integración de elementos específicos de redes de telecomunicaciones, 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 ser parte integrante del dominio público de titularidad municipal.

En estos supuestos en que el Ayuntamiento actúa ejerciendo sus competencias de Derecho Público, pueden cobrarse a los operadores de telecomunicaciones, por la instalación de sus redes en el dominio público municipal, ciertas cantidades, de acuerdo con la legislación reguladora de las Haciendas Locales. Esta normativa regula las cantidades que, *en concepto de tributos*, pueden cobrarse en los distintos supuestos en que tiene lugar la ocupación del subsuelo de terrenos de uso público local, haciéndose referencia expresa a la apertura de zanjas, calicatas y calas para la instalación de conducciones, a la utilización privativa o a los aprovechamientos especiales constituidos en el subsuelo de las vías públicas municipales, o a la colocación de tuberías o hilos conductores en galerías de servicio de la titularidad de las Entidades Locales.

Por otra parte, los Ayuntamientos pueden estimar conveniente intervenir (por sí, o por medio de una sociedad en la que participen) como un agente económico más en el mercado, asumiendo una actividad de establecimiento o explotación de una red de telecomunicaciones, o de prestación de servicios de telecomunicaciones disponibles al público. En este caso, los Ayuntamientos (o las sociedades en que los mismos participen) deberán estar convenientemente habilitados conforme a la normativa de telecomunicaciones, y, a las relaciones jurídicas que mantengan con operadores de telecomunicaciones, les será de aplicación la normativa sectorial de telecomunicaciones que se refiere a las relaciones entre operadores.

Así lo ha puesto de relieve esta Comisión en la contestación a consultas anteriores. En particular en el Acuerdo de 15 de febrero de 2001, por el que se



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

aprueba la contestación a la consulta planteada por Mediterránea Norte Sistemas de Cable, S.A. y Mediterránea Sur Sistemas de Cable, S.A., acerca de la ocupación del dominio público local con el objeto de instalar redes públicas de telecomunicaciones, se manifiesta:

*“Si la intervención municipal se produce, directamente o a través de una sociedad participada por el Ayuntamiento, 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 la salvaguardia de la libre competencia en el mercado.”*

Al amparo de estas consideraciones, si el Ayuntamiento de San Andrés del Rabanedo, con los conductos cuya propiedad va a adquirir, fuera a realizar en el mercado, en virtud del convenio firmado con Jazztel, una actividad de explotación de infraestructura de red, habrá de obtener la correspondiente licencia. Los términos del convenio del Ayuntamiento con Jazztel implican el ejercicio de una tal actividad y por tanto la necesidad del título habilitante correspondiente.

VI.2. Sobre la actuación seguida por el Ayuntamiento en materia de autorización del uso del dominio público para la instalación de redes públicas de telecomunicaciones.

Retecal plantea consulta acerca de las siguientes cuestiones:

- *“¿Constituye la firma de este convenio una conducta contraria a la libre competencia?”*
- *“¿En qué medida tiene fuerza de obligar frente a terceros la firma de este convenio, tal y como pretende el Ayuntamiento de San Andrés del Rabanedo?”*
- *“¿Puede el Ayuntamiento de San Andrés del Rabanedo impedir arbitrariamente a RETECAL el ejercicio de un derecho reconocido por las disposiciones legales vigentes, permitiéndole un ejercicio en exclusiva de tal derecho a otro operador de telecomunicaciones?”*

A continuación, se procede a dar contestación a estas cuestiones.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

1ª -) Sobre la incidencia del convenio en las condiciones de competencia entre los operadores.

En virtud del convenio firmado con Jazztel, el Ayuntamiento de San Andrés del Rabanedo autoriza al mencionado operador a usar el subsuelo público de que es titular dicha Administración.

Es posible, cuando no se cuenta con los diferentes operadores interesados, que las actuaciones que siguen los Ayuntamientos en materia de autorización de uso de su dominio público impliquen una vulneración de las condiciones de competencia entre operadores, lo que supondría una lesión del Derecho sectorial de telecomunicaciones.

Para analizar esta cuestión, se hace necesario estudiar la posición que, en el ordenamiento jurídico, ocupan los Ayuntamientos, en relación con el establecimiento de redes públicas de telecomunicaciones en el dominio público viario, y la posibilidad de que, en virtud de dicha posición, las decisiones de los Ayuntamientos afecten a las condiciones de competencia entre los operadores.

- *Sobre las potestades que, en relación con el dominio viario, ostentan los Ayuntamientos para autorizar el acceso al mismo por los operadores de telecomunicaciones.*

Con arreglo a la normativa de régimen local y la normativa que regula los bienes de las entidades locales, son los Ayuntamientos quienes tienen la competencia para autorizar el uso privativo o especial de los bienes de dominio público de su titularidad (entre ellos, calles, plazas y paseos).

De este modo, conforme al ordenamiento jurídico, los Ayuntamientos cuentan con la potestad de autorizar el acceso a los operadores de telecomunicaciones a un elemento que es *necesario* para que dichos operadores instalen sus redes públicas de telecomunicaciones.

Resulta evidente que, en el marco de un régimen de competencia en la explotación de las redes y en la prestación de los servicios de telecomunicaciones, el acceso al dominio público municipal (en particular, al dominio viario) por los operadores de telecomunicaciones, que, conforme a la normativa, cumple autorizar a los Ayuntamientos, ha de ser autorizado por los mismos en condiciones transparentes y no discriminatorias, justificando cualquier limitación a dicho acceso en criterios objetivos y proporcionales, pues de otro modo se estarían lesionando las condiciones de competencia en relación con un



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

elemento imprescindible para el establecimiento de las redes de telecomunicaciones.

Considerando los intereses de Derecho público que concurren en el establecimiento y mantenimiento de un régimen de competencia en el sector de las telecomunicaciones, cabe concluir:

- a) La actuación de los Ayuntamientos en materia de uso del dominio público local no puede implicar que se cierre a los operadores de redes públicas de telecomunicaciones la posibilidad de acceder al dominio público, puesto que se trata de un elemento necesario para el establecimiento de sus redes públicas de telecomunicaciones.
- b) El acceso al dominio público local no puede ser autorizado por el Ayuntamiento en condiciones desiguales.

- *Contestación a la pregunta.*

En atención a las consideraciones expuestas anteriormente, procede concluir que el Ayuntamiento de San Andrés del Rabanedo no puede organizar una concreta actividad propia de la instalación de redes públicas de telecomunicaciones, como es el establecimiento de canalización de red sobre el dominio público, para que dicha actividad sea asumida en exclusiva por un único operador de telecomunicaciones y para que el acceso de los demás operadores a dicha infraestructura tenga lugar en las condiciones que dicho único operador haya acordado con el Ayuntamiento. No cabe, por tanto, que la actividad consistente en el establecimiento de redes públicas de telecomunicaciones se encargue a un único operador sin contar con el resto de los operadores de telecomunicaciones interesados en la instalación de sus redes en el dominio público municipal; en otro supuesto, se podrían lesionar las condiciones de competencia entre operadores.

El convenio firmado entre el Ayuntamiento de San Andrés del Rabanedo y Jazztel, no obstante ser un convenio firmado con un único operador, regula los mecanismos por medio de los cuales los demás operadores van a poder instalar sus redes en el dominio público correspondiente al Polígono de Trobajo del Camino. Además, en el convenio figuran ciertas cláusulas de donde resulta una exclusividad de Jazztel en el establecimiento de las infraestructuras de telecomunicación, lo que, como ya se ha expuesto, es contrario a la normativa de telecomunicaciones.

En la estipulación séptima del convenio se expresa:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*“Este canon que percibirá el Ayuntamiento de San Andrés del Rabanedo, sirve igualmente de garantía para Jazztel **evitando que cualquier otro operador no entrará a prestar sus servicios en este polígono en condiciones más ventajosas.**”*

En estos términos, se manifiesta que ningún otro operador entrará a prestar servicio en el Polígono de Trobajo del Camino si no es en las condiciones del convenio. En cuanto al canon a pagar por los operadores entrantes, en el párrafo segundo de la estipulación séptima, después de aclarar que el canon de cincuenta millones se cobra independientemente de que la utilización del tubo sea total o parcial, se prevé que *“Dicho canon será actualizado, incrementado en un mínimo del 30% en concepto de **los mayores costes que representaría realizar la obra una vez que la urbanización del polígono esté concluida** y del incremento del valor de la red, será igualmente incrementando el IPC por año transcurrido desde la firma del presente convenio”*.

En este inciso se hace valoración del beneficio que supone ejecutar las obras de canalización de red durante la fase de ejecución urbanística y, sin embargo, el convenio contempla que dicha actividad sea asumida en exclusiva por Jazztel.

Todas estas circunstancias, que se oponen a la normativa sectorial de telecomunicaciones, implican unas ventajas competitivas de Jazztel que podrían lesionar las condiciones de competencia entre los operadores.

Ahora bien, no es del convenio, que carece de fuerza de obligar frente a terceros, de donde resulta la imposición a Retecal de las condiciones que en el mismo se contemplan, sino de la propia decisión del Ayuntamiento manifestada en su escrito de 23 de agosto de 2000 (sin perjuicio de que dicha decisión traiga causa del convenio firmado con Jazztel).

2ª -) Sobre la fuerza de obligar del convenio firmado entre el Ayuntamiento de San Andrés del Rabanedo y Jazztel.

El convenio firmado por el Ayuntamiento de San Andrés del Rabanedo con Jazztel no constituye derecho objetivo que se integre en el ordenamiento jurídico. Diferente es que en virtud de su competencia sobre el dominio público municipal, el mencionado Ayuntamiento haya decidido no conceder autorización de uso de dominio público local a Retecal para que este operador ocupe dicho dominio de forma independiente a la ocupación realizada por Jazztel (lo que se manifiesta en la comunicación dirigida por el Ayuntamiento a Retecal en fecha 23 de agosto de 2000).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Se entiende que es en la normativa de régimen local, donde el Ayuntamiento se ampara a los efectos de adoptar su decisión en esta materia.

Viene señalando esta Comisión que las decisiones que la autoridad municipal competente adopte en relación al dominio público local deben respetar las prescripciones que establece la legislación de telecomunicaciones. Como puso de relieve el Acuerdo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 1 de febrero de 2001, por el que se aprueba el informe al Ayuntamiento de Alfafar sobre las posibilidades legales de programar las actividades de instalación de redes de telecomunicaciones por los operadores, las prescripciones que se contienen en la legislación de telecomunicaciones a propósito de la ocupación del dominio público inciden, particularmente, en dos aspectos (el derecho de ocupación del dominio público que se reconoce a cierto tipo de operadores y el principio de no discriminación en la imposición de condiciones relativas al acceso al dominio público):

1. El derecho de los operadores de redes públicas de telecomunicaciones a la ocupación del dominio público:

Conforme al artículo 43 de la LGTel, los operadores de redes públicas de telecomunicaciones pueden beneficiarse del derecho de ocupación del dominio público. El Reglamento de obligaciones de servicio público prevé el procedimiento para el reconocimiento de este derecho, que, una vez otorgado, quedará incorporado a la licencia individual.

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. Ya se ha expuesto en apartados anteriores de este informe que la LGTel acoge como principio, de una forma expresa, la supresión de los derechos exclusivos o especiales, principio que se proyecta también en materia de ocupación del dominio público.

Cabe, no obstante, que un Ayuntamiento imponga condiciones al ejercicio de este derecho. Así, sobre la base de los “requisitos esenciales” (razones de interés público y naturaleza no económica, para los que un Ayuntamiento en cuestión resulte competente), el Ayuntamiento de que se trate puede establecer condiciones a la ocupación del dominio público local por los operadores de telecomunicaciones. Al amparo de estas razones, el Ayuntamiento puede denegar una solicitud de ocupación del dominio público que presente un operador, cuando los términos de esa solicitud no se atengan



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

a las condiciones impuestas por el Ayuntamiento en consideración a las razones de interés público antes mencionadas.

En el Anexo de la LGTel se contiene la enunciación de los “requisitos esenciales”, que por lo que afecta a la competencia de las entidades locales, se refieren principalmente al urbanismo y al medio ambiente.

La apreciación de tales razones de interés público en ningún caso podrían suponer una restricción absoluta al derecho de ocupación con que cuenten los operadores. Así lo expresa con claridad la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2000, que en su Fundamento de Derecho segundo señala:

“...Por consiguiente, 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 por su término municipal utilizando el vuelo o subsuelo de sus calles. Ahora bien, una cosa es esta obligación 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.

(...)

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 lo anterior, las condiciones que se impongan para el ejercicio del derecho de ocupación no podrán suponer una restricción absoluta de dicho derecho y deberán contar con una justificación objetiva, en relación a la cual las condiciones establecidas resulten proporcionadas.

2. Los principios de transparencia y de no discriminación:

Además del derecho de ocupación del dominio público con que cuentan los operadores conforme a la legislación de telecomunicaciones, los Ayuntamientos están vinculados por el principio de igualdad de trato a los operadores. En materia de ocupación del dominio público local, la LGTel contiene una remisión a la legislación de régimen local, pero prescribe que las



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

condiciones que se impongan para dar a los operadores de telecomunicaciones acceso a dicho dominio deberán ser, en todo caso, transparentes y no discriminatorias.

3ª -) Sobre el ejercicio por Retecal de su derecho a la ocupación.

En relación con la apreciación de los dos requisitos antes mencionados (respeto al derecho de ocupación de los operadores y respeto al principio de igualdad de trato), se hace necesario considerar la extensión del bien de dominio público que se solicita ocupar. En el caso del dominio viario, existe una cierta amplitud que permite concluir que pueden concurrir varias ocupaciones concretas en un mismo tramo a los efectos de instalar conductos para redes de telecomunicación (tomando en cuenta el subsuelo de las diferentes zonas de la vía pública que pueden albergar a los tubos aludidos –acera, calzada y, en su caso, zonas ajardinadas-, y tomando en cuenta las diferentes dimensiones concurrentes –no sólo la anchura sino también la profundidad del subsuelo-).

Ciertas zonas del dominio viario antes mencionadas pueden determinar algunas especialidades en materia de apertura de zanjas (así, mayor período de carencia en calzada que en acera, limitación de la profundidad de la canalización en función del material del suelo, o exigencia de galería en ciertos supuestos para proteger el firme), e, incluso, es posible que por instrumento del planeamiento se acoten los espacios del dominio viario en que pueden abrirse las canalizaciones para redes de telecomunicaciones. Ahora bien, *prima facie*, no parece que las especialidades antes mencionadas o la definición de espacios que, de forma objetiva y proporcionada, realice el Ayuntamiento, conviertan los diferentes tramos de dominio viario en insuficientes para acoger las previsiones de los operadores en relación a su propia infraestructura.

En efecto, la Sentencia de 24 de enero de 2000, antes citada, ampara que los Ayuntamientos puedan establecer un período de carencia para proteger el material del pavimento que se ha visto afectado por la apertura de una zanja, medida que ha de adoptarse dentro del marco de la planificación de canalizaciones que se realice por el Ayuntamiento. Por su parte, el artículo 44 de la LGTel establece que los instrumentos de planeamiento habrán de recoger las necesidades de establecimiento de redes públicas de telecomunicaciones que existan para el municipio, sobre las que habrá de emitir informe (previo a la aprobación del instrumento de planeamiento de que se trate) el Ministerio de Ciencia y Tecnología.

Por ello, es posible entender que, dentro del municipio de San Andrés del Rabanedo, en el área que concretamente se corresponde con el Polígono de Trobajo del Camino, puedan concurrir varios operadores con su propia



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

autorización de uso del dominio público local. Resulta relevante, además, el hecho de que las solicitudes de autorización para el uso del dominio público local que presente cualquier operador hayan de ajustarse a las previsiones contenidas en el proyecto técnico de su licencia individual (de acuerdo con lo previsto en el artículo 46 del Reglamento de obligaciones de servicio público), con lo que se evita que, en relación a una concreta zona, un operador presente un proyecto específico cuyo objeto sea imponer, de hecho, a los otros operadores la utilización de sus infraestructuras.

En último término, cuando se aprecie una escasez del bien demanial a ocupar, lo que procede es, precisamente, organizar la compartición de modo que ésta sea conforme con los principios de igualdad de trato y de no discriminación entre los operadores.

La normativa de telecomunicaciones, en el artículo 47 de la LGTel (desarrollado por el artículo 49 del Reglamento de obligaciones de servicio público), prevé el procedimiento para organizar la compartición cuando se ha recibido una solicitud de ocupación del dominio público en los casos en que el dominio del mencionado municipio ha sido declarado de utilización compartida (efectuando anuncio público para que los operadores de redes públicas de telecomunicaciones manifiesten su interés en la utilización compartida). También es posible llegar a esta solución por convenio entre los diferentes operadores interesados.

En tales supuestos, será posible acoger la solución de la compartición, con lo que no resulta procedente organizar la compartición al margen de tales casos, y menos, aún, organizarla de modo que la compartición haya de tener lugar en las condiciones que considere el operador que debe dar acceso a las infraestructuras que instala, puesto que, en esta materia, la normativa de telecomunicaciones deja al pacto de las partes interesadas la determinación de dichas condiciones, a falta del cual resolverá la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

VI.3. Sobre las condiciones exigidas por el Ayuntamiento para dar acceso al dominio público y las medidas que puede adoptar Retecal para la instalación de su red de telecomunicaciones.

Finalmente, Retecal plantea las siguientes cuestiones acerca de las condiciones en que va a poder instalar su red de telecomunicaciones en el Polígono de Trobajo del Camino:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- *“Mediante la firma de este convenio se ha producido una discriminación positiva a favor de Jazztel respecto del resto de los titulares de derechos de paso ¿cuáles son las medidas que RETECAL puede adoptar a este respecto?”*
- *“Ante la negativa del Ayuntamiento a que RETECAL construyera sus infraestructuras de modo compartido ¿debe RETECAL plegarse a las exigencias del Ayuntamiento?”*
- *“¿Puede el Ayuntamiento de San Andrés del Rabanedo cobrar a RETECAL un canon de 50 millones de pesetas por la utilización de cada tubo? ¿Qué disposición legal ampara esta situación?”*

Al amparo de lo expuesto en los apartados anteriores de este informe, es posible que los Ayuntamientos, para la protección de intereses públicos de su competencia, establezcan condiciones o límites al ejercicio del derecho de ocupación con que cuenten los operadores. Conforme a esto es posible que, en un determinado momento, no pueda obtenerse una autorización de uso del dominio público, cuando la normativa urbanística haya establecido un período de carencia al respecto, por motivo de la protección de la circulación viaria.

La negativa que el Ayuntamiento de San Andrés del Rabanedo manifiesta a Retecal respecto a su solicitud de uso del dominio público no hace explícitas unas razones de interés público, cuales pudieran ser los motivos urbanísticos o medioambientales, que amparen la denegación de la autorización.

En concreto, una vez expuesto cuál es el contenido de la solicitud que se ha presentado, la comunicación del Ayuntamiento de fecha 23 de agosto de 2000 expresa a Retecal que no es posible ocupar el dominio público sino en los términos del convenio, mientras quede espacio disponible en las conducciones instaladas al amparo del mismo.

A este respecto, cumple concluir que, sin justificación en los llamados “requisitos esenciales” (cuya concurrencia en el supuesto de la solicitud presentada por Retecal no se explicita por el Ayuntamiento), la denegación de una solicitud de autorización de uso del dominio público local es contraria a la legislación de telecomunicaciones. Así lo ha expresado esta Comisión en Acuerdos anteriores; en particular, en el Acuerdo de 15 de febrero de 2001, por el que se aprueba la contestación a la consulta planteada por Mediterránea Norte Sistemas de Cable, S.A. y Mediterránea Sur Sistemas de Cable, S.A., acerca de la ocupación del dominio público local con el objeto de instalar redes públicas de telecomunicaciones, en el que se expresa:

“Por tanto, un Ayuntamiento no puede denegar una solicitud de uso del dominio público local, amparándose en que existe espacio disponible en las canalizaciones



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que ha construido, a menos que dicha negativa esté justificada por razones de ordenación urbanística, o, en su caso, de protección medioambiental, "requisitos esenciales" que permiten condicionar el modo en que los operadores pueden establecer sus redes de telecomunicaciones, en cuyo caso el mecanismo de la compartición adquiere todo su valor."

Más aún, no puede servir de amparo para una decisión en esta materia de ocupación del dominio público local, la firma de un convenio que se opone, frontalmente, a los principios en los que se asienta la legislación de telecomunicaciones.

En efecto, el convenio viola el principio la igualdad de trato entre operadores, al regular, contando con un único operador, las condiciones en que los demás operadores van a establecer sus redes. Más concretamente, se vulnera la igualdad de oportunidades, al permitir que un único operador, Jazztel, tenga acceso a las mayores oportunidades que implica establecer la infraestructura de red en la fase urbanística de ejecución. Se desconoce, asimismo, el derecho de otros operadores a la ocupación del dominio público correspondiente al Polígono de Trobajo del Camino (lo que se materializa en la exclusividad de la autorización dada al operador antes mencionado), sin que se manifiesten intereses públicos que justifiquen las medidas adoptadas. A los otros operadores les queda la opción de acudir al instrumento de la compartición de infraestructuras, que, en el convenio, se regula en unos términos que son contrarios a los a lo previsto en la normativa de telecomunicaciones a propósito de esta figura.

Al margen del uso que, conforme al Derecho vigente, puede hacerse de los mecanismos de impugnación de los actos de las Administraciones Públicas, ha de manifestarse que, si Retecal decidiera acudir a la posibilidad de compartir infraestructuras, dicha compartición habrá de tener lugar en los términos previstos por la normativa de telecomunicaciones, por lo que, a falta de acuerdo entre las partes, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, que es el órgano competente para tales supuestos, resolverá lo procedente.

Por tanto, Retecal puede presentar una solicitud de compartición de infraestructuras para tener acceso a los conductos que se han instalado, con la finalidad de poder colocar sus cables.

El artículo 48 del Reglamento de obligaciones de servicio público ampara que se pueda solicitar dicha compartición. El apartado 1 de este artículo 48 dispone:

"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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.”

De este modo, junto con el procedimiento a que se refiere el artículo 49 del Reglamento de obligaciones de servicio público (que se presenta como instrumento para organizar de una forma armonizada, la instalación de redes públicas de telecomunicaciones en un municipio, imponiendo la solución de la compartición al operador que solicita ocupar el dominio público antes de que se haya otorgado la autorización de uso), el mencionado Reglamento permite también imponer la compartición a un operador al que, con anterioridad, ya le fue concedida una autorización para ocupar el dominio público.

Así lo ha expresado esta Comisión en la Resolución de 14 de septiembre de 2000 por la que se resuelven los recursos de reposición interpuestos por Lince Telecomunicaciones, S.A. contra las Resoluciones de fecha 25 de mayo de 2000, 1 de junio de 2000, 8 de junio de 2000, 15 de junio de 2000 y 22 de junio de 2000 relativas al uso compartido de infraestructuras de telecomunicaciones. En dicha Resolución de 14 de septiembre de 2000 se señala:

*“Más aún, solamente la concurrencia de las denominadas “exigencias esenciales”, sobre todo en materia de protección de medio ambiente y de ordenación del territorio y urbanismo, permiten a las Administraciones titulares del dominio público a ocupar, introducir limitaciones al ejercicio del derecho de ocupación concreta. Para este supuesto, además, se arbitra también el mecanismo de la compartición, **de manera que se impone a los operadores que han obtenido autorización para ocupar la propiedad pública o privada la obligación de compartir las instalaciones e infraestructuras con aquellos operadores que se incorporen posteriormente, cuando no sea posible otorgar a éstos nuevas autorizaciones de ocupación. Este es el supuesto que desarrolla el art. 48 del Reglamento de Servicio Universal.”***

Por virtud de este precepto (el artículo 48 del Reglamento) se da realización a las prescripciones de la normativa comunitaria que prevén el mecanismo de la compartición como solución a los supuestos en que los operadores de telecomunicaciones no cuentan con otras alternativas que les permitan la instalación de sus redes (como sucede en los casos en que no es posible otorgar nuevas autorizaciones de ocupación demanial).

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*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.***

Resulta evidente que la limitación impuesta en el párrafo primero de la estipulación séptima del convenio (consistente en que Jazztel sólo dará acceso a su infraestructura a los terceros con los que tenga acuerdos-marco que sean de ámbito nacional o superior) no será de aplicación, ya que, en relación con los beneficiarios de la compartición, el artículo 48 no acoge esa limitación. Este precepto se refiere a los “operadores que exploten redes públicas de telecomunicaciones y que tengan, a su vez, impuestas obligaciones de servicio público”. Por su parte, el artículo 44 del Reglamento vincula el compromiso de cumplir obligaciones de servicio público al reconocimiento, en la licencia, del derecho de ocupación, y establece la obligación inicial de los operadores que tengan reconocido ese derecho de respetar ciertas obligaciones de servicio público.

En cuanto a las condiciones de esta compartición (entre ellas, la relativas a los costes), deberían quedar al pacto entre los operadores. A falta de acuerdo, resolvería la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, fijando el *precio de coutilización* que corresponda. Así resulta de los apartados segundo y tercero del artículo 48 prevén las condiciones en las que habrá de tener lugar la compartición:

“2. El uso compartido de tales instalaciones, infraestructuras o propiedades deberá ser objeto de acuerdo técnico y comercial entre las partes afectadas. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá, cuando no se llegue a un acuerdo entre las partes, resolver lo procedente y tendrá la facultad de imponer condiciones de uso compartido, tras un período de consulta pública y audiencia de las partes afectadas cuando dicho uso compartido pretenda eliminar obstáculos para la competencia en el mercado. Las resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que establezcan condiciones de utilización compartida podrán incluir la fijación de costes, del reparto de las instalaciones o de la propiedad.

3. El uso compartido a que se refiere este artículo se extiende, sin perjuicio de la regulación específica que se regula en este capítulo, al derecho de utilización compartida de los locales de los titulares de redes públicas de telecomunicaciones, para la interconexión, conforme al artículo 22.5 de la Ley General de Telecomunicaciones.”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

VII. CONCLUSIONES.

Primera.- Si un Ayuntamiento estuviera interesado en organizar, en el marco de las actuaciones urbanísticas de ejecución, la actividad consistente en la instalación de redes públicas de telecomunicaciones, se habrán de recoger los intereses de los operadores de este tipo de redes, como se corresponde con el régimen de competencia que se establece en la vigente LGTel para las actividades de telecomunicaciones.

Segunda.- La figura del convenio se muestra como instrumento apropiado para dar cabida a los intereses de los diferentes agentes involucrados en el proceso urbanizador, en relación con el establecimiento de redes públicas de telecomunicaciones (el Ayuntamiento, los operadores interesados y, en su caso, el promotor). En virtud de este instrumento del convenio, tales agentes pueden acordar el modo en que se vaya a proceder a la instalación de redes públicas de telecomunicaciones durante la fase de urbanización, dando acogida a los diferentes intereses implicados.

Tercera.- No es posible que la actividad consistente en el establecimiento de conductos para redes públicas de telecomunicaciones se encargue a un único operador sin contar con los otros operadores de telecomunicaciones interesados en la instalación de sus redes en el dominio público municipal, pues, si se hiciera sin contar con los mismos pueden estar lesionándose las condiciones de competencia entre operadores.

Cuarta.- Las decisiones que la autoridad municipal competente adopte en relación al dominio público local deben respetar las prescripciones que establece la legislación de telecomunicaciones, que, particularmente, inciden en dos aspectos: El derecho de ocupación del dominio público que se reconoce a cierto tipo de operadores y el principio de no discriminación en la imposición de condiciones relativas al acceso al dominio público.

Quinta.- De acuerdo a la normativa de telecomunicaciones aplicable en esta materia, no es posible organizar la compartición de modo que haya de tener lugar en las condiciones que imponga el operador que debe dar acceso a las infraestructuras que instala, puesto que queda al pacto de las partes interesadas la determinación de dichas condiciones, a falta del cual habrá de resolver la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Sexta.- De acuerdo con la documentación aportada por RETECAL y con el alcance limitado respecto de terceros que supone la contestación a una consulta, el convenio firmado el 26 de julio de 2000 entre el Ayuntamiento de San Andrés del Rabanedo y Jazztel pudiera vulnerar el principio la igualdad de trato entre operadores, al regular, contando con un único operador, las condiciones en



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que los demás operadores van a establecer sus redes y, más concretamente, la igualdad de oportunidades, al permitir que un único operador, Jazztel, tenga acceso a las mayores oportunidades que implica establecer la infraestructura de red en la fase urbanística de ejecución.

Séptima.- La negativa que el Ayuntamiento de San Andrés del Rabanedo manifiesta a Retecal respecto a su solicitud de uso del dominio público no hace explícitas unas razones de interés público, cuales pudieran ser los motivos urbanísticos o medioambientales, motivos en los que ha de ampararse la imposición de condiciones o límites por parte de los Ayuntamientos al derecho de ocupación con que cuentan los operadores.

Octava.- Sin perjuicio del uso que puede hacerse de los mecanismos de impugnación de los actos de las Administraciones Públicas, Retecal, al amparo del artículo 48 del Reglamento de obligaciones de servicio público, puede presentar una solicitud de compartición de infraestructuras para tener acceso a los conductos que se han instalado, con la finalidad de poder colocar sus cables. Conforme a la normativa de telecomunicaciones, y con la salvedad manifestada anteriormente sobre el alcance de la contestación a una consulta, la limitación impuesta en el párrafo primero de la estipulación séptima del convenio (consistente en que Jazztel sólo dará acceso a su infraestructura a los terceros con los que tenga acuerdos-marco que sean de ámbito nacional o superior) no sería de aplicación. En cuanto a las condiciones de esta compartición, deberán quedar al pacto entre los operadores, a falta del cual, resolverá la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y 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.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que resuelve un recurso potestativo de reposición, no puede interponerse de nuevo dicho recurso de reposición. No obstante, contra la misma puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.ocho de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

José M^a Vázquez Quintana

José Giménez Cervantes