



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

JOSÉ GIMÉNEZ 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 21/01 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 7 de junio de 2001, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la

RESOLUCIÓN RELATIVA A LA SOLICITUD DE INTERVENCION PRESENTADA POR CABLE Y TELEVISION DE ANDALUCIA, S.A. EN RELACION CON DETERMINADAS ACTUACIONES DEL EXCMO. AYUNTAMIENTO DE JEREZ DE LA FRONTERA (REF: AJ 2001/4341)

I.- ANTECEDENTES

Primero.- Con fecha 13 de marzo de 2001, se ha recibido en esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de Cable y Televisión de Andalucía S.A. por el que pone en conocimiento de la Comisión las dificultades que está teniendo para tender su red de cable para prestar servicios de telecomunicaciones en el municipio de Jerez de la Frontera, como consecuencia de la negativa del Ayuntamiento de esa localidad a autorizar la ocupación del dominio público local en el término municipal de Jerez de la Frontera, lo que le impide realizar las obras necesarias para acometer aquél tendido. En el mencionado escrito se refiere asimismo que el mismo Ayuntamiento sí ha dado curso a las solicitudes de autorización que deducen otros operadores, por lo que el solicitante considera que se le está discriminando.

A la vista de los hechos expuestos, Cable y Televisión de Andalucía S.A., solicita la intervención de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en el ámbito de las competencias de salvaguarda de la competencia en el mercado de las telecomunicaciones, que tiene atribuidas por los artículos 1. Dos.1 y 1.Dos.2, letras c) y f) de la Ley 12/1997 de Liberalización de las Telecomunicaciones, de manera que se adopten las medidas necesarias para



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

impedir al Ayuntamiento persistir en su actitud que califica de "ilegal y discriminatoria".

Segundo.- Con fecha 23 de marzo de 2001 se notificó al solicitante y al Excmo. Ayuntamiento de Jerez de la Frontera la iniciación del expediente administrativo para la resolución de la reclamación planteada.

Tercero.- Los hechos expuestos por Cable y Televisión de Andalucía son resumidamente los siguientes:

Primero.- Con fecha 27 de diciembre de 1991, el Ayuntamiento de Jerez de la Frontera otorgó a la Sociedad Anónima Corporación Municipal de Jerez, en adelante COMUJESA, de capital íntegramente municipal, una concesión *"de aprovechamiento del dominio público -uso privativo- por plazo de 35 años, mediante ocupación del subsuelo, suelo y vuelo público para su explotación con la instalación y funcionamiento de un sistema de servicios distribuidos por cable."*

Posteriormente, el 23 de septiembre de 1994 se constituyó la empresa mixta "Jerez del Cable S.L" cuyo objeto social era la instalación y explotación de un sistema de servicios distribuidos por cable en el subsuelo, suelo o vuelo de las vías y demás espacios abiertos en el municipio de Jerez, a la cual COMUJESA aportó en especie la aludida concesión administrativa de uso privativo para el aprovechamiento especial de los bienes de dominio y uso público que integran los viales y espacios abiertos del Municipio de Jerez.

Con fecha 26 de noviembre de 1996, el Director General de Telecomunicaciones otorgó a Jerez de Cable S.L. de conformidad con lo prevenido en la Disposición Transitoria Primera de la Ley 42/1995, de 22 de diciembre de las Telecomunicaciones por Cable una concesión provisional para seguir realizando la actividad de televisión por cable que la citada sociedad venía explotando en la localidad de Jerez de la Frontera. En la citada concesión provisional se establecía que ésta duraría hasta que el titular de la misma obtuviese la concesión definitiva. Ahora bien, si en el plazo de seis meses a contar desde el otorgamiento de la concesión provisional no se hubiera constituido la demarcación territorial del municipio afectado, habría lugar a la apertura de un periodo transitorio, que finalizaría a los tres años contados a partir de la entrada en vigor de la Ley de las Telecomunicaciones por Cable de 22 de diciembre de 1995, en el que el titular de la red podrá seguir explotándola.

Jerez del Cable no solicitó ni obtuvo otro título habilitante para la utilización de demanio viario público municipal.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Posteriormente, el 30 de abril de 1998, Jerez del Cable S.L cedió la antes mencionada concesión provisional a Cable y Televisión de Andalucía S.A.. De acuerdo con ésta última, el Ayuntamiento habría reconocido la citada transmisión en la medida en que consintió la utilización por Cable y Televisión de Andalucía S.A. del demanio viario municipal, utilización cuyo único fundamento se halla precisamente en la aportación de la concesión del dominio público a la primera por COMUJESA.

Por virtud de Orden del Ministerio de Fomento de 7 de agosto de 1998 (BOE de 8 de octubre) se adjudicó a Cable y Televisión de Andalucía S.A. la concesión definitiva del servicio público de telecomunicaciones por cable en la demarcación territorial de Andalucía IV, que incluye el término municipal de Jerez de la Frontera.

Segundo.- Con fecha 12 de febrero de 1999 la Comisión Municipal de Gobierno del Ayuntamiento de Jerez de la Frontera adoptó acuerdo instando a COMUJESA para que, a través de sus órganos competentes ejercitara las acciones legales oportunas para impedir que Jerez del Cable, S.L. pudiera seguir operando en el término municipal de Jerez de la Frontera, declarando la caducidad de la concesión. En ejecución del citado acuerdo el Consejo de Administración de COMUJESA resolvió, en virtud de acuerdo de 5 de marzo, dar por extinguida la concesión administrativa adjudicada en su día a la empresa mixta Jerez del Cable, S.L. y por consumada la reversión de la red del cable y sus canalizaciones construidas hasta la fecha, prohibiendo a dicha empresa mixta que continuase con la explotación. Ambos actos se adoptaron al amparo de lo dispuesto en la disposición transitoria de la Ley 42/1995 de 22 de diciembre que establecía un plazo de tres años desde su publicación, transcurrido el cual se extinguirían los títulos provisionales otorgados. El primer acuerdo citado ha sido impugnado ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, por Jerez del Cable, S.L.

Asimismo, con fecha 26 de noviembre de 1999, el pleno del Ayuntamiento de Jerez de la Frontera adoptó acuerdo por el que se considera extinguida la concesión de dominio público local otorgada en su día a COMUJESA y aportada por esta a Jerez de Cable S.L., acuerdo que también ha sido recurrido en vía contencioso-administrativa.

Tercero.- Anteriormente, con fecha 22 de enero de 1999, Cable y Televisión de Andalucía, S.A. había solicitado del Ayuntamiento de Jerez el otorgamiento de la autorización de uso del dominio público local necesario para tender red e infraestructuras precisas para la prestación del servicio público de telecomunicaciones por cable, el cual le fue denegado por la Comisión Municipal de Gobierno del Ayuntamiento de Jerez de la Frontera alegando que



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

la misma no puede otorgarse en los genéricos términos que se pretendía, mediante acuerdo adoptado con fecha 23 de abril de 1999. Dicho Acuerdo fue impugnado en sede contencioso-administrativa ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

Cuarto.- Por otra parte, por Resolución del Gerente de Urbanismo del Ayuntamiento de Jerez de 21 de octubre de 1999, se denegaron las solicitudes de licencia de obras presentadas que Cable y Televisión de Andalucía para instalar en la vía pública municipal los distintos elementos de su red de cable, aduciendo la falta de autorización previa de la ocupación de dicho suelo por el ente titular del dominio público. Esta resolución se encuentra también recurrida ante la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

Quinto.- Con fecha 23 de febrero de 2000, el Alcalde del Ayuntamiento de Jerez de la Frontera dictó Resolución por la que se apercibía a Cable y TV de Andalucía para que en el plazo de 48 horas cesara en el uso privativo del dominio público objeto de la concesión extinguida en virtud del plenario de 23 de noviembre de 1999, advirtiendo que si tal cese no se produjera, se procedería a la ejecución forzosa, mediante ejecución subsidiaria, de dicho acuerdo plenario. Dicha Resolución también fue recurrida en vía contencioso-administrativa. En vía contencioso-administrativa se suspendió cautelarmente la ejecución de la citada Resolución, lo que no impidió que, con anterioridad, se produjeran daños en las instalaciones y nodos ópticos y alteraciones en la prestación del servicio como consecuencia de la actuación del Ayuntamiento.

Sexto.- Por último, alega Cable y Televisión de Andalucía que durante la tramitación de los expedientes sobre concesión de licencia de obra, que al final le fueron denegados por no haber aportado la autorización de uso de dominio público local que le había sido requerida, solicitó que, en el supuesto de que por la Corporación Local se concluyera que no poseía el título, se incoase el correspondiente procedimiento para resolver sobre la autorización para el uso de los concretos bienes de dominio público municipal que habrían de ser utilizados para la realización de las obras y subsiguiente explotación de la red a que refiere cada expediente, no habiendo dado curso a ninguna de estas solicitudes.

Por contra, el 5 de enero de 2001, se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia de Cádiz Edicto, por el que habiéndose admitido a trámite la solicitud presentada por Jazz Telecom S.A., para el uso del subsuelo del dominio público local, se somete a trámite de información pública el correspondiente expediente.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De lo anterior Cable y Televisión de Andalucía concluye que, al dar curso a las solicitudes de otros operadores y no dar curso a las suyas, el Ayuntamiento está manteniendo una actitud hostil y discriminatoria y le está impidiendo formal y materialmente el título necesario para ocupar el dominio público local del municipio de Jerez de la Frontera del que preciso para tender la red.

Séptimo.- Cable y Televisión de Andalucía alega que, como consecuencia de todo lo anterior se le han producido daños al habersele impedido realizar su actividad en los términos previstos y se ha comprometido el cumplimiento de sus obligaciones respecto de la Administración General del Estado y de la CMT establecidas en sus títulos habilitantes. Además alega que se han perjudicado los intereses de los ciudadanos de Jerez de la Frontera y del Estado en cuanto titular del servicio público encomendado a las solicitante.

Cuarto.- Con fecha 11 de mayo de 2001 (entrada en el Registro de la CMT el día 16 de mayo), el Excmo. Ayuntamiento de Jerez de la Frontera formula alegaciones las cuales se resumen a continuación:

Primero.- El Ayuntamiento de Jerez de la Frontera entiende que Cable y Televisión de Andalucía S.A. pretende encajar forzosamente su denuncia en el marco de las competencias de la CMT alegando la existencia de una supuesta discriminación por parte del Ayuntamiento, cuando en realidad lo que se plantea es una situación litigiosa entre el Ayuntamiento y la denunciante en relación con los derechos que ésta pretende ostentar sobre una concesión demanial que el Ayuntamiento otorgó en su día a otra entidad. Estas cuestiones están además pendientes de resolución en sede contencioso-administrativa.

Además, el Ayuntamiento entiende que la denunciante no persigue defender los principios de igualdad y no discriminación entre los diversos operadores, sino que pretende ostentar una situación de privilegio en el término municipal de Jerez de la Frontera atribuyéndose la titularidad de una concesión demanial que nunca le ha correspondido, e ignorando la normativa local actualmente vigente a la que deben sujetarse los operadores de telecomunicaciones para obtener la autorización de uso del dominio público local.

Segundo.- En relación con la concesión demanial a Comujesa, en primer lugar, se resalta que la misma se realizó con anterioridad a la promulgación de la vigente Ley de Telecomunicaciones por Cable, y por tanto, en un momento en que existía un vacío legal sobre la actividad de prestación de servicios por cable.

Esta concesión a COMUJESA abarcaba la prestación de servicios distribuidos por cable, concepto este que engloba, según el Ayuntamiento, tanto la



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

prestación de servicios de televisión por cable como la prestación de otros servicios por cable. El Ayuntamiento sostiene que la aportación de COMUJESA a Jerez del Cable se refiere únicamente a los servicios de televisión de cable, por lo que la primera se reservó la concesión en lo referente a la prestación de otros servicios.

En tercer lugar, la transmisión por los gestores de Jerez del Cable, S..L de la concesión provisional para la prestación del servicio de televisión por cable a Cable y Televisión de Andalucía se realizó en contra de la voluntad del Ayuntamiento. En relación con esta transmisión, el Ayuntamiento entiende que debe entenderse que son precisas dos transmisiones distintas pues se trata de títulos distintos. Así, lo que se ha transmitido únicamente fue la concesión provisional del Ministerio otorgada a Jerez del Cable a la denunciante, pero nunca se llegó a transmitir la concesión demanial otorgada a la primera por el Ayuntamiento de Jerez, para lo cual, además, se hubiera precisado, de acuerdo con la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, del consentimiento del Ayuntamiento, que nunca lo prestó.

Como consecuencia de lo anterior el Ayuntamiento mantiene que Cable y TV de Andalucía, S.A. nunca ha sido titular de la concesión demanial porque el Ayuntamiento nunca autorizó el cambio de titularidad, que la citada concesión a Jerez del Cable, en todo caso se limitaba a la prestación de servicios de televisión por cable, no a otros servicios, y que, en todo caso, ha caducado al dejar, Jerez del Cable, de prestar el servicio para el que se le otorgó la concesión.

Tercero.- En cuanto a la concesión definitiva del servicio público de telecomunicaciones por cable a Cable y Televisión de Andalucía, el Ayuntamiento entiende que con la concesión definitiva queda definitivamente extinguida la concesión provisional otorgada por Resolución de 26 de noviembre de 1995, con lo cual, la concesión demanial aportada a Jerez de Cable S.L ha quedado definitivamente vacía de contenido.

Como segunda consecuencia de la adjudicación definitiva, Cable y Televisión de Andalucía, para el establecimiento de sus redes, debería solicitar la ocupación del dominio público municipal de acuerdo con lo dispuesto en antigua Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones y en la ahora vigente Ley General de Telecomunicaciones, que reconocen que las autorizaciones de uso de dominio público municipal deberán otorgarse conforme a lo dispuesto en la legislación de régimen local (art. 18.1 de la antigua LOT y 45 LGT).

Cuarto.- El Ayuntamiento alega que no es cierto que esté denegando sistemáticamente a la denunciante la autorización para ocupar el dominio



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

público local, sino que se niega a una utilización indebida de la misma, no conforme con el régimen local.

El Ayuntamiento sostiene que el escrito de 22 de enero de 1999 consistía en una simple solicitud en la que Cable y Televisión de Andalucía se presentaba como concesionario del servicio público de telecomunicaciones por cable en la demarcación territorial de Andalucía IV, significando que como tal tenía derecho a obtener la autorización del uso del dominio público local que fuera necesario utilizar para la instalación de la red e infraestructura del citado servicio público en base a la normativa vigente, y manifestaba que tenía intención de instalar en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales del Ayuntamiento de Jerez de la Frontera la red e infraestructura aludida.

El Ayuntamiento manifiesta que el solicitante no concretó cual es la utilización que se pretendía realizar, sino que lo que solicitaba era una autorización genérica e indeterminada a la que no podía accederse, puesto que no acompañó los informes preceptivos del órgano competente del Ministerio, el proyecto técnico de instalación y algún tipo de plano o croquis que permitiera a Ayuntamiento conocer el trazado de las redes, ni tampoco hizo mención a la ocupación de la vía pública con las redes instaladas con anterioridad por la empresa mixta y que le están sirviendo de soporte para la emisión de sus programas. En consecuencia, se denegó la solicitud por entender que no era posible la autorización del uso del dominio público local en los términos genéricos solicitados, decisión que fue recurrida ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa y está actualmente pendiente de resolución.

En consecuencia, el Ayuntamiento alega que no niega que Cable y Televisión de Andalucía, S.A, como concesionaria del Ministerio pueda extender y explotar una red de cables en el Municipio de Jerez, sino que se opone a que el nuevo título habilitante le permita apropiarse de una concesión demanial que no le pertenece, o le faculte para un uso indiscriminado y libérrimo del subsuelo de dominio público municipal.

En este mismo sentido, el Ayuntamiento alega que la Gerencia Municipal de Urbanismo ha rechazado la concesión a Cable y Televisión de Andalucía, S.A. de licencias de obras para la apertura de zanjas por no disponer previamente de la autorización del dominio público local que debe conceder el Ayuntamiento, de acuerdo con la legislación de régimen local y la vigente Ordenanza.

Quinto.- El 28 de abril de 2000, el Pleno del Ayuntamiento aprobó la Ordenanza Reguladora del Uso del Subsuelo de Dominio Público Municipal por Empresas Suministradoras, publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Cádiz el 2 de



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

junio de ese mismo año. En la citada Ordenanza, el Ayuntamiento, como titular del dominio público local y responsable de la gestión urbanística pretende regular la utilización del subsuelo del dominio público local por parte de los diversos operadores económicos que precisan del mismo para la prestación de sus servicios. Esta ordenanza también ha sido recurrida por Cable y Televisión de Andalucía, S.A. en sede contencioso-administrativa.

Jazz Telecom, S.A., acogándose a lo establecido en el artículo 5 de la citada Ordenanza, solicitó autorización para ocupar una porción del dominio público local y, fruto de la tramitación del expediente, el Ayuntamiento, en cumplimiento de lo regulado en el número 1 del artículo 8 de la Ordenanza publicó un Edicto en el Boletín Oficial de la Provincia de Cádiz de fecha 5 de enero de 2001, por el que puso de manifiesto públicamente el expediente por término de un mes, a fin de que otras personas o entidades interesadas, manifestaran, en su caso, su interés por la utilización del subsuelo en la ubicación solicitada por el solicitante así como para la formulación de alegaciones.

Cable y Televisión de Andalucía, a la vista del Edicto, formuló alegaciones que inicialmente el Ayuntamiento no tomó en consideración por entender que no habían sido presentadas en plazo. Esta decisión fue recurrida en reposición y el escrito ha sido finalmente admitido a trámite por acuerdo de 27 de abril de 2001, habiéndosele concedido plazo de 10 días para que subsane su petición.

Sexto.- En conclusión, el Ayuntamiento reitera que no puede hablarse en ningún caso de actuación discriminatoria, que las cuestiones planteadas por Cable y Televisión de Andalucía en su escrito están ya sometidas a la tutela de los Tribunales de Justicia, y que, en consecuencia, solicita de la CMT que proceda al archivo de expediente.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Delimitación del objeto de presente procedimiento

Según se deduce del suplico del escrito que da origen al presente procedimiento, la entidad Cable y Televisión de Andalucía, al dirigirse a esta Comisión pretendía, en primer lugar, poner en conocimiento de esta Comisión los hechos descritos en el cuerpo del mismo los cuales relatan sus dificultades para ocupar el dominio público local de que es titular el Ayuntamiento de Jerez.

En segundo lugar solicitaba de la Comisión su intervención, adoptando las medidas que, en su caso, y en el ámbito de sus competencias, sean necesarias para impedir que el Ayuntamiento persista en, lo que califica, su ilegal y discriminatoria actitud. Esto es, se solicita la intervención de la Comisión en la



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

medida en que los actos del Ayuntamiento sean contrarios a la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones por estar discriminando entre operadores en la autorización de uso de su dominio público.

A la vista de las peticiones formuladas, el objeto del presente expediente se ciñe a examinar i), en primer lugar, la conformidad a derecho de la denegación de la autorización de uso del dominio público local presentada por Cable y Televisión de Andalucía S.A, en tanto que operador poseedor de un título habilitante licencia B 1, de acuerdo con los criterios ya establecidos por esta Comisión en resoluciones anteriores; ii) en segundo lugar, se analizará lo que constituye el objeto concreto de la solicitud de intervención, que es la posible actuación discriminatoria del Ayuntamiento, y en cuanto que tal, contraria al juego de la libre competencia respecto de las solicitudes de uso del dominio público local deducidas por los distintos operadores; y iii) por último, se analizará la competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante CMT) para intervenir en relación con estas cuestiones.

SEGUNDO.- Conformidad a derecho de la denegación por parte del Ayuntamiento de la solicitud de autorización de uso del dominio público local presentada por Cable y Televisión de Andalucía, S.A., operador que tiene derecho genérico a la ocupación del dominio público en virtud de su título habilitante B.1

Cable y Televisión de Andalucía S.A. resultó adjudicataria de la concesión definitiva del servicio público de telecomunicaciones por cable en la demarcación territorial de Andalucía IV que incluye el término municipal de Jerez de la Frontera, mediante Orden del Ministerio de Fomento de 7 de agosto de 1998 (publicada en el BOE de 8 de octubre).

Posteriormente, por Orden del Ministerio de Fomento de 26 de abril de 2000 se transformó parcialmente este título habilitante, entre otros títulos, en una licencia individual B1, a cuyo titular se atribuye el derecho, para el establecimiento o explotación de redes públicas y en el ámbito territorial de la licencia, *a ocupar la propiedad pública y privada, a ser beneficiario en los procedimientos de expropiación forzosa y al establecimiento a su favor de servidumbres y limitaciones a la propiedad en los términos establecidos en el capítulo II del título III de la Ley General de Telecomunicaciones y en el Reglamento (..) de Servicio Universal*".

En consecuencia, conforme a lo previsto en los artículos 43 y 44 de la Ley General de Telecomunicaciones (en adelante LGTel) y artículos concordantes del Reglamento del Servicio Universal, en el título habilitante de Cable y



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Televisión de Andalucía S.A. ya figura el reconocimiento genérico del derecho a la ocupación del dominio público.

De ahí, que el Ayuntamiento de Jerez de la Frontera no pueda desconocer el mencionado derecho a la ocupación de dominio público que se le ha reconocido a Cable y Televisión de Andalucía, S.A. y en consecuencia, no pueda impedir, con carácter general, que ejercite este derecho de ocupación de acuerdo con las previsiones de extensión y delimitación geográfica que figura en su licencia individual.

Ahora bien, como ya ha tenido ocasión de señalar esta Comisión en distintas resoluciones, este reconocimiento genérico debe concretarse luego en una autorización del uso del dominio público local, que según al artículo 45.a) de la LGTel deberán otorgarse conforme a lo dispuesto en la legislación de régimen local. Es decir, este reconocimiento genérico, según ha reconocido la CMT en su Resolución de 15 de febrero de 2001, no excluye que el operador interesado en la ocupación de un determinado bien de dominio público haya de solicitar una habilitación concreta para poder ocuparlo y que en la concesión de esta concreta habilitación el Ayuntamiento pueda atender a otras consideraciones derivadas de los intereses cuya gestión el ordenamiento jurídico encomienda a los Ayuntamientos.

En este sentido, resulta especialmente clarificadora la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2000 que, en su Fundamento de Derecho segundo, señala que

"(...) 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."

Procede determinar, por tanto, **cuál es el margen de decisión que, al respecto de la ocupación del dominio público local por los operadores de telecomunicaciones, corresponde a los Ayuntamientos, recibida una solicitud concreta de ocupación presentada por un operador.** Dicho margen viene determinado por dos circunstancias, que en la medida de lo



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

posible habrá que conciliar: el derecho de ocupación demanial con que cuentan los operadores y la protección de los intereses públicos cuya competencia está atribuida a los Ayuntamientos.

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

Pues bien, solamente, por razón de la protección de los intereses públicos para los que la Administración Local es competente, sería posible que un Ayuntamiento denegara, en relación a una determinada zona o tramo de un bien de dominio público, una concreta solicitud de ocupación formulada por un operador que cuente con un derecho genérico a la misma. Tales motivos de interés público están taxativamente establecidos en la LGTel y sus normas de desarrollo y se engloban en los llamados "requisitos esenciales", que, la LGTel determina como *"los motivos de interés público y de naturaleza o económica que lleven a imponer condiciones al establecimiento o al funcionamiento de las redes públicas de telecomunicaciones o a los servicios de telecomunicaciones disponibles al público. Dichos motivos son la seguridad de explotación de la red, el mantenimiento de su integridad y, en los casos en que esté justificado la interoperabilidad de los servicios, la protección de los datos, la protección del medio ambiente y el cumplimiento de los objetivos urbanísticos, el uso eficaz del espectro de frecuencias y la necesidad de evitar interferencias perjudiciales entre los sistemas de telecomunicaciones de tipo radio y otros sistemas técnicos de tipo espacial o terrestres"*.

De acuerdo con todo lo anterior, y según ha mantenido la CMT, entre otras, en su resolución de 15 de febrero de 2001, antes mencionada, solamente cabe la denegación de una solicitud de ocupación presentada por un operador con derecho a la misma en los términos solicitados y la imposición de otras condiciones por un Ayuntamiento, si está justificada sobre la base de la protección de los "requisitos esenciales", ya tenga por motivo la zona o tramo concreto que se solicita ocupar (en cuyo caso habrá que estar a la apreciación de dichos requisitos hecha en el planeamiento municipal), ya tenga por motivo



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

las circunstancias o condiciones concretas en las que se hubiera solicitado realizar la ocupación (en cuyo caso se habrá de estar a la concreción de los "requisitos esenciales" que se hubiera hecho en las normas municipales que regulen las obras de instalación de redes de telecomunicaciones en el municipio).

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

En relación con esta autorización de uso, las condiciones y requisitos que se establezcan por el Ayuntamiento para la ocupación del dominio público por los operadores de redes públicas deberán ser, en todo caso, transparentes y no discriminatorios (art. 44.2, in fine de la LGTel). Más concretamente en relación con el dominio público local, se prevé que tanto las condiciones para la canalización subterránea de las redes como las que se determinen para su financiación deberán someterse a los principios de igualdad de trato y no discriminación entre los distintos operadores (art. 45 in fine de la LGTel).

En suma, una cosa es la obligación de otorgar la autorización pertinente para el uso del dominio público municipal a los operadores debidamente habilitados y otra que la utilización deba ser incondicional y que no puedan establecer los Ayuntamientos las condiciones técnicas y jurídicas relativas a cómo ha de llevarse a cabo aquélla. Ahora bien, estas condiciones deberán, no obstante, respetar los principios de transparencia y no discriminación en los términos de la legislación de telecomunicaciones. En palabras de la citada sentencia del Tribunal Supremo *"el establecimiento 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* (F.J. 2º de la misma sentencia).

En relación con los hechos expuestos en el presente expediente, resulta patente que desde el 8 de octubre de 1998 (fecha de la publicación en el BOE de la Orden del Ministerio de Fomento de 7 de agosto), en tanto que adjudicataria de la concesión definitiva del servicio público de telecomunicaciones por cable en la demarcación territorial de Andalucía IV que incluye el término municipal de Jerez de la Frontera, Cable y Televisión de Andalucía S.A., tenía reconocido el derecho genérico de ocupación del dominio



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

público y por tanto a obtener la autorización de uso del mismo en los términos antes analizados. Este derecho de ocupación consta reconocido en la base 2 de la Orden de 16 de enero de 1998 (que dispone la publicación del pliego de bases administrativas correspondientes a la concesión para la prestación del servicio público de telecomunicaciones por cable en la demarcación de Andalucía IV, concesión de la que resultó adjudicatario Cable y Televisión de Andalucía).

Este derecho de ocupación queda al margen de la concesión de aprovechamiento del dominio público concedida por el Ayuntamiento de Jerez a COMUJESA, así como de la aportación de esta concesión a Jerez de Cable, S.L. y su posterior transmisión a Cable y Televisión de Andalucía, S.A., e, igualmente, queda al margen de lo que permita realizar esa concesión de aprovechamiento y de la conformidad o no a Derecho de la transmisión de la misma a Cable y Televisión de Andalucía, S.A.

- Ejercicio del derecho de ocupación por parte de Cable y Televisión de Andalucía, S.A.:
 - a) *La solicitud presentada el 22 de enero de 1999 al Ayuntamiento de Jerez.*

En el ejercicio del derecho de ocupación que ostentaba conforme al pliego de bases antes mencionado, Cable y Televisión de Andalucía, S.A. solicitó al Ayuntamiento de Jerez, por medio de escrito que tuvo entrada en el Registro del Ayuntamiento el 22 de enero de 1999, una “*autorización de uso de dominio público local*”. Dicha solicitud de autorización fue desestimada por la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Jerez el 23 de abril de 1999. El motivo que se aduce en el Acuerdo desestimatorio de la Comisión de Gobierno es el siguiente: “... *que no es posible la autorización genérica de uso del dominio público local en los términos solicitados*”.

En efecto, en el Acuerdo de 23 de abril de 1999 se reconoce el derecho de ocupación que asiste a la entidad solicitante, como concesionaria del servicio público de telecomunicaciones por cable; sin embargo, como fundamento de la resolución que se adopta, el Acuerdo mencionado expone: “..., *de conformidad con lo que establece la legislación de Régimen Local, de que las autorizaciones de uso del dominio público, en ningún caso podrán atribuir a particulares títulos competenciales genéricos que pudieran amparar cualquier actuación o actividad que promuevan, por ser contraria a la naturaleza pública de los bienes y de las normas que regulan los usos de los mismos, ...*”



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En el Acuerdo mencionado de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Jerez, no consta que se haya dado trámite alguno a la solicitud que se resuelve.

En cuanto a dicha solicitud (cuya copia aporta el Ayuntamiento de Jerez como documento 9, anejo a su escrito de alegaciones de 11 de mayo de 2001), el representante de Cable y Televisión de Andalucía, S.A., después de identificarse y señalar un domicilio a efectos de notificación, expone los hechos y razones en los que fundamenta su solicitud.

En los dos primeros expositivos del escrito de Cable y Televisión de Andalucía, S.A. (que entra en el registro del Ayuntamiento el 22 de enero de 1999), la citada entidad se identifica como concesionaria del servicio público de telecomunicaciones por cable en la demarcación de Andalucía IV, que comprende el término municipal de Jerez de la Frontera e identifica el derecho que le asiste (de acuerdo con la base 2 del pliego de bases cuya publicación ordena la Orden de 16 de enero de 1998) para obtener una autorización de uso del dominio público local.

En el expositivo III, Cable y Televisión de Andalucía identifica el motivo por el que formula la petición (esto es, el objeto de la solicitud que formula al Ayuntamiento): *“Que, en concreto, CABLE Y TELEVISIÓN DE ANDALUCÍA, S.A., tiene intención de instalar en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales del Ayuntamiento de Jerez de la Frontera, la red e infraestructura necesaria para la prestación del servicio público de telecomunicaciones por cable.”*

Finalmente, en el expositivo IV Cable y Televisión de Andalucía muestra su disposición a pagar la tasa de utilización del dominio público local correspondiente.

Expuesto esto, Cable y Televisión de Andalucía solicita que, *“previos los trámites oportunos”*, se proceda a la otorgarle *“autorización de uso de dominio público local”*.

Queda claro que por medio del escrito de 22 de enero de 1999, la entidad Cable y Televisión de Andalucía, S.A. presentó al Ayuntamiento de Jerez de la Frontera un escrito de solicitud de autorización del uso del dominio público viario de ese municipio y que, de acuerdo con la normativa de telecomunicaciones vigente a la fecha de la solicitud, había derecho a obtener la autorización.

Es cierto que dicha solicitud ha de someterse a lo dispuesto por la normativa de régimen local, debiendo acompañarse a la misma los documentos que se prescriban por las normas aplicables en materia de obtención de estas autorizaciones; en concreto, por las normas que, a la fecha de la solicitud,



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

resultaran de aplicación a los supuestos en que la solicitud se dirige al Ayuntamiento de Jerez de la Frontera. Ahora bien, a este respecto, debe traerse a colación el artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (“*Subsanación y mejora de la solicitud*”). El apartado 1 de este artículo 71 establece:

“Si la solicitud de iniciación no reúne los requisitos que señala el artículo anterior –sobre solicitudes de iniciación- y los exigidos, en su caso, por la legislación específica aplicable, se requerirá al interesado para que, en un plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución que deberá ser dictada en los términos previstos en el artículo 42.”

La desestimación de la solicitud presentada supone una denegación del derecho que asiste a Cable y Televisión de Andalucía para obtener una autorización del uso del dominio público correspondiente al municipio de Jerez de la Frontera (como municipio integrado en la demarcación territorial a que se refería el título concesional de la mencionada entidad). Dicha denegación no se ampara en unos concretos motivos de interés público y naturaleza no económica para cuya protección sea competente el Ayuntamiento, cuales puedan ser los motivos urbanísticos o medioambientales; motivos, que, de acuerdo con lo señalado por esta Comisión en Acuerdos anteriores, pueden justificar (apreciados de forma objetiva y proporcionada) la imposición de condiciones o límites a la ocupación de los bienes de dominio público municipal por parte de los operadores de telecomunicaciones que cuenten con derecho a tal ocupación.

También es expresiva de estas consideraciones la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2000, ya citada, que, reconociendo la competencia de los Ayuntamientos para imponer ciertas condiciones a la ocupación solicitada, declara que tales Ayuntamientos no podrán denegar la autorización pertinente para la utilización del dominio público municipal de su titularidad que requieran los operadores de telecomunicaciones:

“En cualquier caso, a los efectos del presente recurso, debe tenerse en cuenta que la explotación de servicios portadores o finales de telecomunicación (la titularidad que corresponde a los operadores) llevaba y lleva aparejada el derecho de ocupación del dominio público en la medida en que lo requiera la infraestructura del servicio público de que se trata (arts. 17 LOT y 43 y siguientes LGTel). 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



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.”

En su escrito de alegaciones de 11 de mayo de 2001 el Ayuntamiento de Jerez hace aclaración de las razones que, en su día, le llevaron a desestimar la solicitud de Cable y Televisión de Andalucía (alegación sexta). En este escrito, el Ayuntamiento de Jerez expone cuatro razones:

- Que a la solicitud no se acompañan ciertos documentos. Al respecto debe recordarse lo ya señalado sobre la procedencia de la subsanación.

Precisamente, en la resolución de 27 de abril de 2001, la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Jerez acuerda hacer uso de este trámite de subsanación en relación con el escrito presentado por Cable y Televisión de Andalucía en el procedimiento de ocupación del subsuelo municipal seguido a instancias de jazz Telecom, S.A. en el Acuerdo de 27 de abril de 2001 se resuelve conceder a Cable y Televisión de Andalucía, S.A. un plazo de diez días para subsanar su escrito de 2 de febrero, aportando los documentos a que se refiere el artículo 5 de la Ordenanza, de 28 de abril de 2000, reguladora del uso del subsuelo del dominio público local por empresas suministradoras. Tales documentos son semejantes a los documentos a que alude el Ayuntamiento con su escrito de 11 de mayo de 2001, y cuya falta motivó la denegación de 23 de abril de 1999. De dicho trámite de subsanación debía, por tanto, haberse hecho uso en relación con la solicitud de Cable y Televisión de Andalucía de 22 de enero de 1999.

- Que “*el solicitante no concreta cuál es la utilización que pretende realizar, sino que lo que solicita es una autorización genérica e indeterminada a la que no puede accederse*” (razón que corresponde con la expuesta en el Acuerdo de 23 de abril de 1999). A este respecto, cabe manifestar que la solicitud de 22 de enero de 2001 contiene una identificación del objeto que se solicita ocupar y de la finalidad para la que se solicita la ocupación. Si se estima que la misma debe completarse, ha de requerirse al solicitante al efecto.
- Las otras dos razones que expone el Ayuntamiento de Jerez se refieren a que la solicitud se ampara en el derecho que la concesión del servicio público de cable concede a Cable y Televisión de Andalucía, sin hacer mención de la concesión demanial de Jerez de Cable, S.L. ni a las redes instaladas por dicha entidad.

En cuanto a estas últimas razones, cumple señalar que se observa que la solicitud de Cable y Televisión de Andalucía se apoya exclusivamente en su



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

condición de concesionario del servicio público de telecomunicaciones por cable (siendo independiente de la controvertida concesión de aprovechamiento demanial que en su día se otorgó a COMUJESA), y que dicha condición le basta para obtener la autorización de uso del demanio local. Ahora bien, si la normativa aplicable exigía la mención de infraestructuras que el solicitante tuviera ya instaladas en el dominio público del municipio, lo procedente, ante la falta de cumplimiento de eses requisito, hubiera sido, no la denegación, sino la subsanación.

De acuerdo con todo lo anterior, y sin perjuicio de que Cable y Televisión de Andalucía debe someterse a los requisitos exigidos por la normativa de régimen local aplicable a la materia, se ha de estimar que la denegación de la solicitud de autorización de uso del dominio público local presentada por esta entidad en fecha 22 de enero de 1999, no resulta procedente a la luz de la legislación sectorial de telecomunicaciones.

b) Actuaciones posteriores:

Habiendo solicitado del Ayuntamiento desde el 22 de enero de 1999 la autorización de uso del dominio público local, y habiendo sido esta denegada con fecha 23 de abril de 1999, por entender que la misma venía expresada en términos excesivamente genéricos, mantiene Cable y Televisión de Andalucía que una vez recibió esta notificación, solicitó *"al tiempo que las licencias de obras, la autorización específica para el uso de la concreta porción de dominio público local necesaria para la realización y explotación de las correspondientes obras, sin que tal circunstancia haya sido óbice para que subsista la actitud obstruccionista del Ayuntamiento"*.

La Gerencia Municipal de Urbanismo se limitó a resolver negativamente las solicitudes de licencias de obras basándose en el acuerdo de la Comisión Municipal de Gobierno del Ayuntamiento de Jerez de fecha 23 de abril de 1999. De acuerdo con el artículo 20.1 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, si la Gerencia Municipal no se estimó órgano competente para la resolución de las autorizaciones de uso del dominio debía haber remitido directamente las actuaciones al órgano que considerase competente.

• Valoración:

La negativa a dar curso a las referidas solicitudes constituye una actuación del Ayuntamiento, que, en principio, no se correspondería con los criterios permitidos por la legislación local y de telecomunicaciones, tal y como se ha expuesto en la presente resolución.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En opinión de esta Comisión, al no existir resolución motivada, malamente puede verificarse la concurrencia de alguno de los requisitos esenciales. La actitud de la Corporación Local se traduce pues en una restricción absoluta o al menos manifiestamente desproporcionada al derecho del operador al uso u ocupación del dominio público local.

TERCERO.- Respecto a la alegada discriminación en favor de un competidor

De los hechos descritos en el expediente resulta que el Ayuntamiento de Jerez de la Frontera no ha dado curso a las solicitudes de autorización de uso del dominio público local formuladas por Cable y Televisión de Andalucía, ni a sus solicitudes de licencia de obras. La valoración de la licitud de esta actuación corresponde, en principio, a los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-administrativa por tratarse de actos administrativos dictados en uso de las potestades públicas que la ley atribuye a los ayuntamientos, como se ha expuesto en el fundamento de derecho primero de la presente Resolución.

Ahora bien corresponde en el presente apartado dilucidar si, conforme a lo alegado por Cable y Televisión de Andalucía esta negativa constituye una discriminación contraria a la libre competencia, habida cuenta de que el Ayuntamiento sí ha dado trámite a la solicitud de otro operador.

Efectivamente, el Ayuntamiento de Jerez según resulta del expediente ha recibido una solicitud de otro operador, Jazz Telecom S.A. a la que sí ha dado curso. Así resulta del edicto publicado en el B.O.P. de Cádiz núm. 4 de 5 de enero de 2001, por el se hace público que el Pleno de la Corporación en sesión de 15 de diciembre de 2000 acordó admitir a trámite la solicitud presentada por Jazz Telecom , S.A., para el uso del subsuelo del dominio público local, por lo que de conformidad con el artículo 8 de la Ordenanza Reguladora, se somete el expediente a información pública, por plazo de un mes, plazo durante el cual los interesados podrían manifestar su interés en la utilización del subsuelo en la ubicación solicitada por Jazz Telecom, S.A. y formular alegaciones.

De conformidad con esta Ordenanza, Cable y Televisión de Andalucía, S.A, presentó alegaciones para formar parte en el procedimiento. Esta solicitud, si bien fue inicialmente rechazada por el Ayuntamiento, fue finalmente admitida a trámite con fecha 27 de abril de 2001, como consecuencia de la resolución del recurso de reposición por ella interpuesto.

En consecuencia, y habiendo sido por lo tanto incluida en el proceso, no es posible hacer derivar de este acto en concreto un comportamiento discriminatorio por parte del Ayuntamiento.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por otra parte, hay que destacar, y así se ha puesto de manifiesto por esta Comisión en su Resolución de 14 de septiembre de 2000, que la LGTel en modo alguno prohíbe que, una vez presentada una solicitud de ocupación de dominio público por un operador, otro operador que tenga reconocido el derecho genérico a la ocupación pueda optar por solicitar directamente la ocupación del dominio público a la Administración titular del mismo, en ejercicio de su propio derecho conforme establece el artículo 44 de la LGTel. Es decir, que, aun cuando Cable y Televisión de Andalucía S.A. no hubiera manifestado en su momento su interés en la utilización del subsuelo en la ubicación solicitada por Jazz Telecom, ello no supone que el Ayuntamiento le pudiera denegar una solicitud de uso de dominio público a menos que concurriese una justificación basada en los requisitos esenciales.

Pero, incluso si fuera ese el caso, y concurrieran las "exigencias esenciales", la legislación de telecomunicaciones ampara el derecho de Cable y Televisión de Andalucía de solicitar el uso compartido de las instalaciones e infraestructuras de Jazz Telecom, S.A.

En este sentido el artículo 48 del Reglamento del Servicio Universal arbitra un procedimiento de compartición de las instalaciones que un operador que ha obtenido autorización para ocupar una propiedad pública o privada realice sobre las propiedades afectadas, con aquellos que se incorporen posteriormente, cuando no sea posible otorgar a los éstos nuevas autorizaciones de ocupación.

Si este fuera el caso, y las partes afectadas, esto es, en este caso concreto Jazz Telecom S.A. y Cable y Televisión de Andalucía, S.A., no llegaran a un acuerdo en cuanto a las condiciones técnicas y económicas de dicha compartición, el mismo artículo 48 del Reglamento del Servicio Universal atribuye a la CMT la facultad de resolver las que sean procedentes y de imponer condiciones de uso compartido en los términos en él previstos.

CUARTO.- En cuanto a la competencia de la CMT para intervenir en salvaguarda de la libre competencia en relación con las cuestiones planteadas

La Ley 12/1997 de Liberalización de las Telecomunicaciones en su artículo 1.Dos.1, atribuye a esta Comisión el objeto de salvaguardar en beneficio de los ciudadanos, las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos, velar por la correcta formación de los precios en este mercado y ejercer de órgano arbitral en los conflictos que surjan en el sector.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Para el cumplimiento de este objeto, la Comisión está facultada, entre otras para ejercer la función 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. (Art. 1.dos.2.c.).

Asimismo, está facultada para adoptar las medidas que sean necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta de servicios, al acceso a las redes de telecomunicaciones por los operadores y a la interconexión de redes y suministro de red en condiciones de red abierta; a la política de precios y de comercialización de los operadores de los servicios, para lo cual podrá dictar instrucciones para las entidades que operen en el sector. (Art. 1.Dos.2.f).

Sin perjuicio de estas funciones específicas, la CMT puede tener conocimiento de prácticas de determinadas personas físicas o jurídicas, incluidas Administraciones Públicas como los Ayuntamientos, que pueden constituir una vulneración de la normativa de telecomunicaciones, pudiendo incidir en el fin primordial de esta Comisión, cual es la salvaguarda de la libre competencia en el mercado.

En este sentido, el artículo 1 Dos 2 m) de la Ley 12/1997, de 24 de abril, atribuye a la CMT la función de denunciar ante los servicios de inspección de las telecomunicaciones del Ministerio de Ciencia y Tecnología las conductas contrarias a la legislación de ordenación de las telecomunicaciones cuando no le corresponda el ejercicio de la potestad sancionadora.

Asimismo, detectado un acto o disposición administrativa contraria a la legislación de telecomunicaciones, cuando afecten a los fines de la CMT, y aún cuando no constituya conducta sancionable, la Comisión estaría legitimada para su impugnación en vía contencioso administrativa previo requerimiento administrativo, conforme a los artículos 19 y 44 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa.

a) La medidas adoptadas por la Comisión en materia de salvaguarda de la libre competencia han de referirse a los operadores económicos en el mercado de las telecomunicaciones, servicios audiovisuales telemáticos e interactivos.

A la luz de la literalidad del artículo 1.Dos.1, el sector en el que esta Comisión debe ejercer sus competencias, en particular las de salvaguarda de la libre competencia de las citadas letras c) y f) del artículo 1.Dos. 2, no se ciñe únicamente al mercado de las telecomunicaciones sino que comprende, además de este, el de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos. Para que la CMT ejerza su competencia es suficiente con que las entidades intervengan y actúen en el mercado que la CMT está facultada para



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

salvaguardar, con independencia si se encuentran o no debidamente habilitados (Resolución de esta Comisión de 17 de enero de 2000).

Esta intervención en el mercado deberá ejercerse a título de "operador económico", lo que se deduce de las competencias atribuidas a la Comisión por la Ley 12/1997. En este mismo sentido, se aplican las normas de defensa de la competencia recogidas en el Tratado de Amsterdam, como se verá a continuación.

a.1) Las competencias atribuidas a la CMT por la Ley 12/1997

De la redacción del artículo 1.Dos antes citado, parece deducirse que el ámbito competencial, desde un punto de vista subjetivo, de la Comisión se restringe a los "operadores de redes y servicios" o también a las "entidades que operen en sector".

Esta delimitación precisa que se realiza en la letra f) es trasladable también a las conductas analizadas bajo la letra c) puesto una interpretación contraria carecería de sentido. Así no hay motivo que justifique por qué la competencia de dictar instrucciones para salvaguardar la pluralidad de ofertas, el acceso a las redes y la política de comercialización de servicios se refiere a las entidades que operen en el sector, mientras que las resoluciones para equilibrar de las situaciones discriminatorias puedan adoptarse en relación con otro tipo de entidades.

Además, esta interpretación resulta coincidente con el ámbito subjetivo de actuación que el ordenamiento jurídico nacional y comunitario atribuye a otros órganos de defensa de la competencia.

a.2) La aplicación de las normas de defensa de la competencia por los órganos horizontales nacionales y comunitarios.

Desde el punto de vista del objeto material, en cuanto a la tipificación de las conductas prohibidas, el artículo uno de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia (LDC) prohíbe y sanciona con la nulidad, los acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas que tengan por objeto, produzcan o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del territorio nacional.

Esta prohibición del artículo 1 será de aplicación también a las situaciones de restricción de competencia que deriven del ejercicio de potestades administrativas o sean causadas por la actuación de las Administraciones públicas, los entes públicos o las empresas públicas que no resulten de la



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

aplicación de una Ley o de las disposiciones reglamentarias que se dicten en aplicación de una Ley. (Artículo 2.1 LDC párrafo segundo).

Aunque fuera este último el caso, es preciso, para que la prohibición del artículo 1 sea aplicable, que concurra la voluntad concorde de los agentes de las prácticas perseguidas, no refiriéndose por lo tanto a una conducta unilateral. Así por ejemplo ha sido declarado por el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) en su Resolución de 26 de mayo de 1997 en que se dice expresamente que *"el artículo 1 LDC no puede considerarse infringido ya que la conducta ha sido realizada por un único operador económico"*.

De lo anterior se deduce que, una actuación unilateral de un Ayuntamiento, no puede ser tipificada como acuerdo anticompetitivo a los efectos del artículo 1 y 2.1 párrafo segundo LDC.

Por su parte, el artículo seis de la misma LDC establece que queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del territorio nacional.

A diferencia, del artículo primero, que no lo dice expresamente, la literalidad del precepto es suficientemente clara en cuanto a que la practica abusiva debe ser realizada por *una empresa o varias empresas*, entendiendo por aquellas, como veremos más adelante, también a los entes públicos en tanto que actúan como operadores económicos.

Las disposiciones del Tratado de la Unión Europea (TUE) en materia de libre competencia establecen en sus artículos 81 y 82 (antes 85, 86) reglas similares a las de la LDC con el requisito adicional de la afectación del comercio entre los estados miembros. El procedimiento que se instruya en materia de libre competencia deberá pues contemplar una situación en la que se produce un acuerdo colusorio o un abuso de posición de dominio en un mercado, actuaciones que deben ser imputables a los operadores económicos intervinientes. Estos artículos son también aplicables a las Administraciones públicas cuando éstas actúan como operadores económicos.

Además, el Derecho Comunitario ofrece un margen adicional de actuación, puesto que, a diferencia del derecho nacional, el TUE contiene, junto a las normas aplicables a las empresas antes citadas, otras normas cuyos destinatarios son los Estados miembros, cuando adoptan medidas contrarias al Derecho Comunitario y, en particular, al de la Competencia.

Así, por ejemplo, el artículo 10 del TUE obliga a los Estados miembros a adoptar todas las medidas, generales o particulares, apropiadas para el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Tratado. Como desarrollo de



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

este artículo el TUE contempla previsiones en materia de ayudas públicas (que exceden del objeto de este análisis) y en materia de empresas públicas y de concesión de derechos especiales.

El artículo 86 TUE (antiguo artículo 90) dispone que los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 12 y 81 a 89 ambos inclusive.

Este sería el caso de una infracción de los artículos 81 o 82 que resulta del cumplimiento de una medida o regulación adoptada conforme al derecho nacional en la cual sería la administración que adopta la medida la que estuviese incumpliendo el derecho comunitario (se trataría, por ejemplo, un acuerdo colusorio de fijación de precios impuesto por la propia administración, o de una situación de monopolio legal que necesariamente implica una explotación abusiva del mismo, etc).

Conviene destacar que, esta prohibición contempla un incumplimiento, no de las normas de libre competencia, sino directamente de las obligaciones del Estado, con la particularidad de que las medidas estatales, prevista por el artículo 86, tienen por efecto amparar comportamientos contrarios a la libre competencia que adoptan los operadores económicos bajo la forma de acuerdos colusorios o de abusos de posición de dominio.

Por cuanto antecede, resultaría que, para la adopción por esta Comisión de las medidas solicitadas frente a una actuación unilateral de un Ayuntamiento, sobre la base de las competencias de salvaguardia de la libre competencia en el mercado de referencia atribuidas a ésta Comisión por el artículo 1. Dos. 1 y 1. Dos 2, apartados c) y f) de la Ley 12/1997, es necesario que la actuación sea realizada por éste, como operador económico en el mercado.

En conclusión, las normas de la libre competencia serán de aplicación a la actividad unilateral de un Ayuntamiento en la medida en que este actúe como operador económico.

En atención a las consideraciones expuestas, es preciso delimitar cuándo un Ayuntamiento se considera "entidad que opera en el sector" a efectos de que su conducta en el mercado puede ser enjuiciada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a la luz de las reglas de la libre competencia.

b) Consideración de un Ayuntamiento como entidad que opera en el sector a los efectos de la aplicación de las normas de la libre competencia



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Como paso previo hay que recordar que los Ayuntamientos tienen reconocida constitucionalmente en el artículo 128 la posibilidad de ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas en los más amplios términos.

También la Ley 7/1985 de 2 de abril Reguladora de las Bases de Régimen Local, en su artículo 86 establece que las entidades locales podrán ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas conforme al artículo 128.2 de la Constitución. El ejercicio de dicha actividad puede realizarse en régimen de libre concurrencia o en régimen de monopolio (de hecho para determinadas actividades denominadas “esenciales” existe una reserva declarada en favor de las entidades locales). Es evidente que en los casos en que el Ayuntamiento realice una actividad económica está actuando como operador económico en cuyo caso le son de aplicación las normas de defensa de la competencia y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podría vigilar su actuación en el mercado de las telecomunicaciones y servicios convergentes.

Por otra parte, la Ley 7/1985 también establece que las corporaciones locales pueden intervenir la actividad de los ciudadanos a través de, entre otros, el sometimiento a previa licencia y otros actos de control preventivo (art.84). Esta facultad de la Administración local de intervenir la actividad de los ciudadanos debe, en todo caso, respetar el principio de libertad de empresa recogido en el artículo 38 de nuestra Constitución.

Sentadas estas bases constitucionales, resulta, en primer lugar que una Corporación Local puede actuar en el tráfico económico bien como operador (incluso como único operador si lo hace en régimen de monopolio) bien como autoridad reguladora de este tráfico en uso de las potestades administrativas que las Leyes le reconocen y con los límites que las mismas le imponen.

Ahora bien, volviendo a la cuestión de cuándo un Ayuntamiento puede calificarse de entidad que opera en el sector de manera que su actividad puede ser examinada por la CMT, la propia CMT en contestación a una consulta planteada, resolvió el 15 de febrero de 2001 que *"si el Ayuntamiento interviene en su condición de Administración titular del dominio público, en las funciones que como tal le encomienda la normativa de régimen local o la normativa urbanística (...) sin intención de establecer y explotar una red de telecomunicaciones o de prestar servicios en el mercado de telecomunicaciones, las relaciones jurídicas con los operadores serán las correspondientes a una administración pública con los administrados, dentro del ámbito de las competencias que le son propias, sin perjuicio de las consideraciones que puedan hacerse desde la perspectiva de los principios que presiden la intervención de la Administración en la actividad económica"*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

por el contrario, continúa más adelante, *"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 (...) sus relaciones jurídicas serán las que deriven de la normativa sectorial de telecomunicaciones y de salvaguarda de la libre competencia en el mercado."*

A la misma conclusión han llegado los órganos de defensa de la competencia horizontales nacionales en aplicación y desarrollo de la jurisprudencia comunitaria sobre aplicabilidad de las normas de la competencia en el ámbito de los servicios públicos.

En Derecho Comunitario de la Competencia el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica con independencia del estatuto jurídico y la forma de financiación de dicha entidad. Así, por ejemplo, lo ha declarado la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en las sentencias de 23 de abril de 1991 - Hofner y Elser, 17 de febrero de 1993 y 19 de enero de 1994 SAT y Eurocontrol.

También el TDC ha señalado que *"el ejercicio de una actividad económica, no constitutiva de servicio público, atribuye a quien la realiza - el ayuntamiento o la persona creada al efecto- la condición de empresario plenamente sometido, en su actividad dirigida al mercado, a las normas que lo regulan, entre ellas, la de defensa de la competencia"*(Resoluciones de 18 de octubre de 1993 y de 26 de mayo de 1997).

En este sentido, el TDC en su Resolución de 20 de marzo de 1998, en la que se describe la evolución de sus Resoluciones en esta materia, concluye que *"el límite de la actuación de las autoridades de la competencia hay que establecerlo en el hecho de que las administraciones públicas, cualquiera que sea la forma que adopten, actúen como operadores económicos cuya conducta incida en la estructura y funcionamiento del mercado."*

c) La autorización de uso del dominio público local y de las licencias de obra son actos administrativos dictados en el ejercicio de potestades públicas, no en el ejercicio de una actividad económica

En relación con todo lo expuesto y en el caso concreto que nos ocupa es indudable que el Ayuntamiento, en la terminología utilizada por esta Comisión en su Resolución de 15 de febrero de 2001, en el otorgamiento de las licencias está interviniendo en su condición de Administración titular del dominio público,



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

en las funciones que como tal le encomienda la normativa de régimen local o la normativa urbanística.

Así resulta, en primer lugar, de lo dispuesto en el artículo 132.1 de la Constitución Española, donde se dice que *"La Ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación."*

El dominio público se incluye pues en la categoría de las rex extracomercio puesto que son bienes que pertenecen a la Administración y están afectos o destinados al cumplimiento de un servicio público. No hay pues posición de dominio sobre un mercado puesto que estos bienes están excluidos del tráfico comercial.

El artículo 74 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local establece que son bienes de uso público local *"los caminos, y carreteras, plazas, calles, paseos, parques, aguas, fuentes, canales, puentes y demás obras públicas de aprovechamiento o utilización generales cuya conservación y policía sean de la competencia de la entidad local."*

Pues bien, el uso por el Ayuntamiento de este dominio público local, tanto si la modalidad de uso del mismo es un uso común especial sujeto a licencia municipal como si se entiende que se trata de un uso privativo sujeto a concesión administrativa, (como parece que ha sido entendido por esta Comisión en su Resolución de 8 de febrero de 2001) se encuadrará y estará afecto al cumplimiento de los fines por la Ley encomendados a las corporaciones locales.

En este sentido, La Ley de Bases de Régimen Local en su artículo 25 atribuye a los Ayuntamientos en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas competencias en materia, entre otras muchas, de ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas, ordenación gestión ejecución y disciplina urbanística, promoción y gestión de viviendas, parques y jardines, pavimentación de vías públicas urbanas y conservación de caminos y vías rurales, protección del medio ambiente; protección de la salubridad pública (lo que incluye ruidos excesivos), etc.

El uso de calles, vías, suelos, subsuelos y vuelos que necesariamente un operador de telecomunicaciones precisa realizar para poder tender la red que necesita para prestar sus servicios, se ve determinado por dos rangos de potestades legalmente atribuidas al Ayuntamiento en cuanto que administración pública. De un lado la normativa referente al dominio de uso



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

público local y de otro los intereses que el Ayuntamiento debe proteger, también cuando se trata de uso por un tercero de ese dominio.

En el primer orden de ideas, es evidente que al regular el uso del dominio público mediante licencia o concesión, la administración está actuando como regulador y no como operador económico en el mercado. Otra cosa sería si el propio Ayuntamiento que otorga las licencias pretendiese utilizar el dominio público para tender redes o prestar servicios de telecomunicaciones por sí o por entidad interpuesta.

En el segundo orden de ideas, en la defensa de los intereses generales que le atribuye el artículo 25 antes citado, (con los límites, como hemos visto, impuestos por la legislación de telecomunicaciones que restringe los intereses públicos que pueden ser ponderados en la autorización de uso del dominio público a los denominados "requisitos esenciales", cuando se trata limitar autorizaciones de uso solicitadas por operadores de telecomunicaciones debidamente habilitados), el Ayuntamiento actuaría claramente en este caso como Administración puesto que se trataría de coordinar el uso del dominio público con la defensa de estos intereses generales, estableciendo en qué circunstancias puede realizarse este uso de manera que no vulnere los intereses generales. Si bien es indiscutible que en la manera en que se dispone este uso, el Ayuntamiento no puede discriminar ni incurrir en arbitrariedad, lo cierto es que esta facultad es una potestad típicamente reguladora, en la que el Ayuntamiento en ningún momento interviene como operador.

La circunstancia de que el Ayuntamiento intervenga en el ejercicio de sus potestades administrativas no le habilita para comportarse en este caso vulnerando la normativa aplicable en su intervención que, en el caso de las telecomunicaciones y, más en concreto, la ocupación del dominio público local para el establecimiento de redes de telecomunicaciones, viene predeterminada por diferentes preceptos contenidos tanto en la Ley General de Telecomunicaciones (artículos 44 y siguientes) como en el Reglamento que desarrolla estos preceptos (aprobado por RD 1736/1998, de 31 de julio).

El conjunto de preceptos contenidos en estas normas, como ha señalado esta Comisión reiteradamente, imponen a los Ayuntamientos la obligación de someterse a principios de igualdad de trato y no discriminación entre los distintos operadores en la fijación de las condiciones que establezcan para la ocupación del dominio público local.

Asimismo, le imponen un deber de respeto y acatamiento, perfectamente compatible con sus potestades como autoridad titular del dominio público, en relación al régimen de uso compartido de bienes de titularidad pública, garantía establecida por el legislador para propiciar un desarrollo armónico y en



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

competencia de los servicios de explotación y construcción de redes de telecomunicaciones.

Cualquier disposición administrativa -singularmente las ordenanzas municipales- o acto administrativo (autorizaciones de uso o licencias de obras), incluyendo la propia inactividad administrativa cuando fuera preceptiva su actuación, que pudiera constituir una vulneración de los principios y preceptos referidos, podría ser calificada como incumplimiento de la normativa de telecomunicaciones y, en consecuencia, ser objeto de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Esta impugnación ante los tribunales de lo contencioso –administrativo puede realizarse por los operadores directamente afectados, tal como ha sucedido en el presente caso.

Ahora bien, también sería posible, como antes se ha fundamentado, que esta CMT, por propia iniciativa y si en futuras actuaciones del Ayuntamiento, tanto en el proceso ahora abierto de compartición como en otro tipo de actuaciones relacionadas con la ocupación del dominio público local para la instalación de redes de telecomunicaciones, detectara comportamientos contrarios a la normativa de telecomunicaciones, pudiera impugnar esas disposiciones o actos contrarios a derecho.

En razón de lo expuesto, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

RESUELVE

PRIMERO.- Solamente cabe la denegación de una solicitud de ocupación presentada por un operador con derecho a la misma, en los términos solicitados, y la imposición de otras condiciones por un Ayuntamiento, si está justificada sobre la base de la protección de los “requisitos esenciales” cuya apreciación debe hacerse con pleno sometimiento a los principios de proporcionalidad, objetividad, transparencia y no discriminación, sin que en ningún caso ello pueda traducirse en restricción absoluta ni desproporcionada del derecho de los operadores al uso u ocupación del dominio público municipal.

Consecuentemente, una denegación que implica esa restricción absoluta constituye vulneración de lo establecido en la LGTel y normativa de desarrollo de acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2000, y por tanto, vicia de ilegalidad el acto administrativo.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SEGUNDO.- La competencia para conocer de la impugnación de actos adoptados por las Administraciones Públicas en el ejercicio de potestades públicas, corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, bien a instancia de los interesados, bien de otras Administraciones Públicas en los términos establecidos en la Ley reguladora de dicha jurisdicción.

TERCERO.- En este caso concreto, se halla pendiente ya impugnación de los actos del Ayuntamiento de Jerez por parte de la entidad interesada en el presente expediente, por lo que no procede iniciar por parte de esta Comisión actuación alguna de las contempladas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

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 pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, 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 Contencioso-administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de 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 Mº Vázquez Quintana

José Giménez Cervantes