

TELECOMUNICACIONES POR CABLE Y ADMINISTRACION MUNICIPAL

LLUIS DE CARRERAS SERRA
Profesor Asociado de Derecho Administrativo
y Régimen Jurídico de la Información
de la Universidad Pompeu Fabra

RESUMEN: I. INTRODUCCION. 1. La indeterminación normativa actual. 2. La reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre televisión por cable ha quedado ya obsoleta. 3. La expansión de la libertad de expresión e información a través de la telecomunicación por cable. 4. Televisión local y telecomunicaciones por cable. 5. Las relaciones interadministrativas en el servicio público de telecomunicaciones por cable y con la actividad del sector privado. II. INTERVENCIÓN MUNICIPAL RELATIVA A LA DEFINICIÓN DE LAS DEMARCACIONES TERRITORIALES PARA LA PRESTACION DEL SERVICIO. III. INTERVENCIÓN MUNICIPAL RELATIVA A LA MESA DE CONTRATACION Y ADJUDICACION DE CONCESIONES. IV. INTERVENCIÓN MUNICIPAL RELATIVA AL DOMINIO PUBLICO Y PRIVADO Y A LA ACTIVIDAD DE LOS OPERADORES. 1. Régimen de competencias concurrentes. 2. La planificación urbanística previa. 3. Ambito territorial de las autorizaciones municipales. 4. La utilización del subsuelo por las redes de cable. 5. Concesiones y licencias municipales. V. HACIENDA MUNICIPAL Y TELECOMUNICACIONES POR CABLE.

I. INTRODUCCION

1. *La indeterminación normativa actual*

Cuando se escriben estas líneas, en agosto de 1996, la confusión respecto a la regulación legal de las telecomunicaciones por cable es enorme. La Ley de Telecomunicaciones por Cable (Ley 42/1995, de 22 de diciembre, en adelante LTC), aprobada en el Parlamento con los votos de los diputados de PSOE, CiU, PNV e IU, ha seguido la suerte de otras leyes que regulan los medios de comunicación: parece que las Cortes legislan para que estas leyes sean sistemáticamente incumplidas o seguidamente modificadas. La falta de un modelo sólido, estable y consensuado sobre medios de comunicación —o sistemas de transmisión y difusión de la libertad de expresión y de información— es uno de los talones de Aquiles de nuestra democracia. Sin una estabilidad en el sistema, sin un futuro claro respecto a los principales cauces de ejercicio de los derechos fundamentales a la libertad de expresión e información, la democracia puede verse seriamente afectada en el futuro por la elemental razón de que los elevados costes de inversión en el establecimiento de las redes de cable pueden disuadir al sector empresarial a concurrir a su establecimiento, en perjuicio del pluralismo social y en beneficio del duopolio que —parece— va a establecerse a través de “Telefónica de España, S.A.” (en adelante TESA) y RETEVISION.

La LTC, aprobada sin gran convencimiento por los grupos políticos mencionados en diciembre de 1995, ha sido modificada de forma sustancial por el gobierno del Partido Popular, que había votado en contra de la LTC, mediante Real Decreto-ley 6/1996, de 7 de junio (en adelante RDL 6/96). El RDL 6/96 se denomina “de liberalización de las telecomunicaciones”, título que puede resultar paradójico si tiene por efecto práctico la sustitución del segundo operador u operador de demarcación previsto en la LTC por RETEVISION.

La indeterminación legislativa no acaba aquí. El RDL 6/96 ha sido convalidado por los Cortes, pero se está redactando una Ley de Liberalización de las Telecomunicaciones con el expreso objetivo de modificarlo, lo que confiere un nuevo carácter de inestabilidad al sector. Inestabilidad que no solamente puede afectar a las previsiones de la LTC, sino a la reforma de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones (en adelante LOT), a las funciones y composición de la creada Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y, en definitiva, al modelo global de telecomunicaciones por cable.

A todo ello hay que añadir otro importante aspecto: tanto la LTC como el RDL 6/96 remiten muchas cuestiones de decisiva importancia al desarrollo reglamentario. Tal es el caso del Reglamento técnico de prestación del servicio, las disposiciones relativas al procedimiento de establecimiento de demarcaciones territoriales, los concursos de concesión, los contenidos de la programación audiovisual, la fijación de las obligaciones de servicio público que podrá establecer el Gobierno a los cinco años de vigencia de la Ley, el establecimiento de tarifas máximas en contraprestación al servicio, la estructura y funciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la renovación de concesiones, la privatización de RETEVISION. Dichos reglamentos deberán nuevamente adecuarse, una vez se haya aprobado la Ley de Liberalización de las Telecomunicaciones, por lo que el modelo definitivo —dicho sea con todas las reservas a tenor de la experiencia pasada— no se alcanzará, al menos, hasta el próximo año.

En este contexto, el presente trabajo intenta hacer una primera aproximación a un aspecto de capital importancia y que parece que no ha merecido gran consideración en el Legislador: la intervención de los municipios en el establecimiento y el desarrollo de las telecomunicaciones por cable. Dada la parquedad con que ha sido tratada la intervención de los Ayuntamientos en la legislación sectorial de telecomunicaciones, debe advertirse que la reglamentación de desarrollo vendrá determinada por la legislación de régimen local y, en cualquier caso, deberá respetar el principio constitucional de autonomía local. En todo caso, gran parte de la legislación estatal sobre cuestiones urbanísticas o locales no regirá en las Comunidades Autónomas con competencia en la materia que hayan promulgado sus disposiciones específicas.

2. La reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre televisión por cable ha quedado ya obsoleta

Sabido es que el TC, después de varias tomas de posición acerca de la televisión distribuida por el sistema de cable (1), en la STC 31/1994

(1) Hasta la STC 31/94, la doctrina del TC se resumía en estimar que la televisión por cable, si bien permitía la posibilidad de asignar un número ilimitado de canales, al ser un servicio público debía regularse legalmente para poder proceder a la adjudicación de las concesiones (STC 74/82). Al no haberse regulado por ley la posibilidad de utilización del sistema de cable para la emisión de televisiones privadas, a partir de la STC 206/90 se empieza a cuestionar que se produzca este vacío legal que imposibilita el derecho a los ciudadanos; en concreto, se dice: "Podría cuestionarse si esa omisión...

reconoció el derecho a la libertad de expresión a través de la televisión por cable que, hasta entonces, no había podido ser ejercida legítimamente por no haber sido regulada y, en consecuencia, por la imposibilidad de los ciudadanos de obtener la correspondiente concesión administrativa, necesaria por haber sido declarada la televisión como servicio público en el Estatuto de la Radio y la Televisión (Ley 4/1980, norma básica en el sector, en adelante ERTV):

“Ni la *publicatio* de la actividad de difusión televisiva permite en modo alguno eliminar los derechos de comunicar libremente el pensamiento y la información ni, en lo que atañe a derechos fundamentales de libertad, puede el Legislador negarlos por la vía de no regular el ejercicio de la actividad en que consisten, pues *no es de su disponibilidad la existencia misma de los derechos garantizados ex Constitutione*, aunque pueda modular de distinta manera las condiciones de su ejercicio...”

Con la promulgación de la LTC, la doctrina del TC ha sido ya superada, puesto que esta ley debe entenderse no sólo como una ley de telecomunicaciones, sino como la norma que “regula las condiciones” del ejercicio de la libertad de expresión y de información por este sistema de emisión. Es más, la LTC configura la televisión por cable en el sentido actual del término, puesto que los casos a los que se ha referido el TC en sus sentencias no son más que expresiones de lo que comúnmente se conoce como “vídeo comunitario”, a los que la LOT, en su desafortunado artículo 25.3, confiere el carácter de televisión. En efecto, en dicho artículo se establece que “no tendrá la consideración de televisión la emisión o transmisión de imágenes realizadas por instalaciones que, sin conexión a redes exteriores y sin utilizar el dominio público, presten servicio en un vehículo, en un inmueble o en una comunidad de propietarios... o en una manzana urbana de fincas colindantes”. Este concepto formal de vídeo comunitario tiene poco

está justificada y tiene fundamento razonable y, por ello, es constitucionalmente legítima.” Más tarde, en la STC 189/91, se da un paso más en su presión al legislador: “Una legislación como la actual que impide, al no preverla, la emisión de televisión de alcance local y mediante cable podría ser contraria no sólo al art. 20 CE tal como ha sido interpretado por esta Tribunal, sino también a los derechos y valores constitucionales cuya garantía justifica para el legislador la configuración de la televisión como servicio público, con la consiguiente vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad consagrada en el art. 9.3 CE.” *Vid.* Lluís de Carreras, “Régimen jurídico de la información”, en *Ariel-Derecho*, 1996, pp. 271 y ss.

sentido, puesto que la misma actividad pasa a ser “de televisión” por el mero hecho de que la conexión entre dos edificaciones se haga mediante el simple procedimiento de tender un cable a través del dominio público — por ejemplo, de uno a otro lado de la calle —, sin que ello acontezca en una urbanización cuyos viales sean privados. La actividad material es la misma, pero el dominio público obra así como elemento configurador de la televisión como servicio público (2). La distinción del art. 25.3 LOT ha sido legitimada constitucionalmente por el TC en su Sentencia 189/91 y otras posteriores.

La legalización de las expresiones de televisión por cable que operó la STC 31/94 comentada, ha traído como consecuencia que tanto la LTC como el RDL 6/96 hayan amparado los canales existentes a través de una disposición transitoria. De hecho, la DT primera de la LTC se refiere a las redes que se encuentren en explotación a su entrada en vigor — de cuya composición se levantará acta — y la DT primera del RDL 6/96 extiende la aplicación de los beneficios de funcionamiento temporal a las empresas y entidades que hubieran resultado adjudicatarias en un concurso para instalación de redes de cable conyocado por un Ayuntamiento que no se encontrase en explotación comercial, concursos que tuvieron efecto generalmente en municipios gobernados por el PP como réplica a la aprobación de la LTC.

La intervención municipal en dichas redes es distinta: en el caso de las actualmente operativas, el Ayuntamiento debe emitir informe favorable a su continuación y constituirse en demarcación de prestación de servicio para que el titular de la red pueda, en un primer momento, obtener una autorización provisional y posteriormente presentarse al concurso correspondiente. En el caso de las concesiones aún no explotadas a que se refiere el RDL 6/96, la intervención municipal ha sido previa mediante la correspondiente adjudicación.

Sin embargo, la operatividad temporal de estas televisiones por cable —o, si se quiere, de los vídeos comunitarios entendidos en su sentido material— dejarán de tener interés con la efectiva puesta en funcionamiento de la actividad de los operadores de la LTC, puesto que sus contenidos usuales —emisión de películas y documentales— serán ampliamente satisfechos por los nuevos operadores y en ofertas muy variadas (cable básico, *pay per view*, vídeo *on demand*). Por otra

(2) La invocación del dominio público como título habilitante para la publicación de actividades —como el gas o la televisión por cable— que pudieran estar necesitadas de la utilización de aquél, ha sido comentado por José Esteve Pardo en “Viejos títulos para tiempos nuevos: demanio y servicio público en la televisión por cable”, en *REDA* núm. 74, abril-junio de 1992.

parte, no sería lógico que a este tipo de instalaciones se le aplicasen las normas de interconexión de circuitos para la interoperabilidad de servicios, y una red que no tenga acceso a la general tiene muy limitadas sus posibilidades de utilización. Quizás el mejor destino de las redes existentes sea su adquisición por los operadores de la LTC.

3. *La expansión de la libertad de expresión e información a través de la telecomunicación por cable*

Las libertades de expresión y de información se formulan en el artículo 20.1. a) y d) CE siguiendo la tradición del Estado liberal de Derecho, como derechos subjetivos reconocidos a todos los ciudadanos, que no pueden ser limitados y que se ejercen frente al poder. Algunos textos internacionales, tomados como modelo por algunos autores (3) para definir estos conceptos, como el Pacto Internacional de Nueva York (art. 19) y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (art. 10), engloban, dentro de un único concepto de libertad de expresión, la libertad de opinión y de información.

El TC, sin embargo, distingue entre uno y otro derechos, dotando a cada uno de elementos específicos, pero confiriéndoles no sólo una dimensión subjetiva, sino también objetiva de garantía institucional. Así, en una reiterada jurisprudencia, se dice:

“Las libertades del art. 20 de la Constitución no sólo son derechos fundamentales de cada persona, sino que también significan el reconocimiento y garantía de la opinión pública libre, elemento indispensable del pluralismo político en un Estado democrático...”(4).

Estos derechos, tanto desde la dimensión subjetiva como objetiva, aparecen hasta ahora vinculados al mundo de las ideas o de los hechos, ya sea desde la vertiente de quien se expresa o informa, ya sea desde la de quien recibe lo comunicado. En otro lugar (5), en un

(3) En este sentido, FRANCESC DE CARRERAS, “La libertad de expresión: un derecho constitucional”, en *“Libertad de expresión”*, Anuario 1990, Universidad Autónoma de Barcelona, PPU.

(4) Textual de la STC 51/89.

(5) LLUIS DE CARRERAS, “Régimen jurídico de la información”, en *Ariel-Derecho*, 1996, capítulo III.

intento globalizador del concepto de la libertad de expresión, entendía que ésta se componía de: la libertad ideológica, el derecho a recibir información veraz y la libertad de expresar la propia opinión. Por otra parte, señalaba como características propias de la libertad de información: la veracidad informativa, los hechos noticiables y/o las personas de relevancia pública. Como se ve, elementos todos ellos que derivan o del mundo de las ideas, o del acontecer de hechos. Saavedra López se refiere también a la libertad de expresión —en la que engloba la libertad de prensa, de radiodifusión y televisión— y la define, en general, com “el derecho a difundir públicamente, por cualquier medio y ante cualquier auditorio, cualquier contenido simbólico...” (6).

Pues bien, ese “contenido simbólico” no será en el futuro el único objeto de los derechos de expresión o de información en los medios de comunicación social. Los medios de comunicación tradicionales (prensa, radio y televisión) se ven ampliados con un nuevo medio de comunicación —el de la telecomunicación interactiva por cable— que, además de difundir los contenidos propios de la radio y la televisión, ofrece, al menos, una nueva posibilidad que hasta ahora se transmitía a través de otros sistemas de relación interpersonal: la información de datos que pueden ser inmediatamente utilizados por los agentes económicos, sociales y culturales. Se trata también del derecho de dar o de recibir información, pero no se refiere ni al mundo de las ideas ni al mundo de los sucesos.

Ciertamente, podría decirse que el conocimiento y la transmisión de datos era un tema regulado con anterioridad a la LTC, tanto en el artículo 18.4 CE como en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. Pero no es a este tipo de datos a los que me refiero: éstos son datos de carácter “personal”, como reza el propio título de la ley y de lo que se trata, como indica la Constitución, es limitar “el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos”. En el preámbulo de la LO 5/92, se reconoce que el alcance de esta ley se limita a la “articulación de garantías contra la posible utilización torticera de ese fenómeno de la contemporaneidad que es la informática” y en el art. 2 se excluyen del ámbito de aplicación de la ley numerosos ficheros.

Estos archivos excluidos, públicos o privados, son una fuente de abundante información que, si es comunicada a la colectividad de

(6) MODESTO SAAVEDRA LOPEZ, “Libertad de expresión en el Estado de Derecho. Entre la utopía y la realidad”, en *Ariel-Derecho*, 1987, p. 18.

determinada forma, constituye sin duda una ampliación del concepto de información que se difunde a través de un medio de comunicación, tanto en el aspecto de ofrecerla, como en el de recibirla. Difusión que puede hacerse, incluso, de forma interactiva.

Este tipo de información no parece que pueda incorporarse al concepto del art. 20.1 d) CE, como derecho fundamental. En primer lugar, porque no es un derecho subjetivo del ciudadano oponible frente al poder, sino que normalmente procederá de un organismo (público o privado) con fines muy distintos a los de expresar una opinión o dar a conocer un hecho noticiable. En segundo lugar, porque le falta el carácter de garantía institucional en que consiste la formación de la opinión pública como elemento indispensable del pluralismo político y social.

En cualquier caso, debe convenirse que cualquier acción —del poder público o, simplemente, del operador de cable— tendente a impedir la divulgación de estos datos o la reserva partidista de su conocimiento cuando se trata de datos públicos, puede significar el quebrantamiento del principio constitucional de igualdad del art. 9.2 CE. Si los derechos de la personalidad del art. 20.4 CE son límites a la libertad de expresión e información en su carácter de derechos fundamentales, cuya protección civil o penal se establece, respectivamente, en la LO 1/82 o en el Código Penal, sería estimable que por el legislador se dictaran normas con rango de ley formal para proteger el aludido principio de igualdad (no discriminación, ni en dar, ni en recibir información) respecto a la información que no esté comprendida en el derecho fundamental, cuyos límites, en este caso, únicamente podrían tener como fundamento la seguridad pública o el interés social.

En este campo, la información de que disponen los municipios constituye una importante fuente de poder municipal, poder que no les viene conferido por la ley, sino por la posibilidad de utilizar la información a través del medio tecnológico. El Ayuntamiento que sepa organizar inteligentemente los datos de que dispone para su ofrecimiento a través de los operadores de cable, tiene muchas más perspectivas de progreso social que aquel otro que no haya sabido servirse con efectividad de la telecomunicación por cable. Piénsese que los Ayuntamientos disponen de datos en exclusiva que no conocen las demás instancias administrativas: oferta de suelo; posibilidades de localización industrial o comercial; establecimientos existentes y su volumen de negocio; oferta y posibilidades turísticas; sistemas de comunicación y transporte de mercancías; nivel y tipos de enseñanza; estructura hospitalaria y otros datos sanitarios; servicios de ocio; oferta

cultural, etc. Datos todos ellos que pueden suponer una incitación a la inversión, incluso desde países lejanos, puesto que la interconexión de las redes de cable posibilita una oferta internacionalizada. Oferta que puede producirse en un sector ordenado y tutelado por el poder público, sector que será más efectivo o creíble que el de INTERNET, en el que nadie tiene el control efectivo ni la posibilidad de protección. Piénsese, por ejemplo, que muchos de estos datos sólo pueden ser conocidos y relacionados a través de archivos municipales, como los del impuesto de circulación de vehículos, el impuesto de bienes inmuebles, el impuesto de actividades económicas, las autorizaciones de apertura de establecimientos, las licencias urbanísticas, etc.

La telecomunicación por cable tiene vocación de convertirse también en una nueva forma de interrelación entre el Ayuntamiento y sus ciudadanos en la tramitación de expedientes administrativos, presentación de escritos o pago de impuestos, con el consiguiente ahorro económico y de tiempo que le será inherente.

La expansión de la libertad de expresión a través del cable tiene también aspectos similares (correo electrónico, comunicación interactiva), a los cuales no procede ahora referirnos por quedar al margen de la actividad municipal.

4. Televisión local y telecomunicaciones por cable

La televisión local por ondas hertzianas se ha regulado al mismo tiempo que la televisión por cable en la Ley 41/95, de 22 de diciembre (en adelante LTL) habilitando a los Ayuntamientos para gestionar un canal público de televisión cuyo ámbito de cobertura queda delimitado, en principio, al núcleo urbano principal de población o a otros núcleos, según las posibilidades del espacio radioeléctrico. Este tipo de televisión se declara de servicio público, por lo que la gestión se otorga por concesión administrativa por un plazo de cinco años, pudiéndose renovar por cinco años más "en función de las disponibilidades del espacio radioeléctrico, de otras necesidades y usos de este espectro y del desarrollo de la televisión por cable". Con carácter previo a la prórroga —de otorgamiento discrecional— corresponderá a la Administración del Estado la valoración de estas circunstancias y la previa renovación de la asignación de la frecuencia, y a las Comunidades Autónomas valorar los aspectos de su competencia (art. 14).

Esta disposición abre las puertas a la supresión de la televisión local por ondas, pasados los primeros cinco años del otorgamiento de

las concesiones, para ser sustituida por una televisión local difundida por cable, que tendría la ventaja de dar servicio a todo el municipio —no sólo al núcleo urbano—, pero que presenta el inconveniente de obligar al ciudadano a satisfacer la cuota correspondiente al operador.

En cualquier caso, los operadores de cable están obligados a “distribuir a todos los abonados de cada Municipio conectados a la red, los servicios de difusión de televisión local correspondientes al mismo, si sus titulares lo solicitan” [art. 11.1 g) LTC]. La redacción del artículo se presta a confusión, por cuanto técnicamente el titular del servicio público es siempre el Estado, y lo lógico es que el solicitante sea el gestor de la televisión local, al que se supone que se refiere la ley.

5. Las relaciones interadministrativas en el servicio público de telecomunicaciones por cable y con la actividad del sector privado

El entramado de relaciones entre los distintos agentes que intervienen en la telecomunicación por cable es complejo y, en consecuencia, también lo es su regulación jurídica. Por una parte, las Administraciones estatal, autonómica y local tienen, en algún momento del proceso, competencias en la materia. Por otra parte, la declaración de servicio público alcanza a los aspectos propios de la telecomunicación y al régimen jurídico de los operadores, pero no parece que pueda aplicarse a los programadores independientes ni a la producción audiovisual. Finalmente, las relaciones entre el operador y el usuario o abonado, en parte tienen naturaleza pública y en parte son propias de la contratación civil o mercantil.

Igualmente compleja es la relación entre las distintas Administraciones y los operadores. Básicamente, a la Administración del Estado le corresponden en exclusiva la titularidad del servicio de telecomunicaciones y los aspectos técnicos que de él se derivan (art. 149.1.21 CE y art. 1 LOT), la adjudicación formal de las concesiones y el establecimiento de las normas básicas del régimen de los medios de comunicación social (art. 149.1.27 CE), que según la disposición adicional tercera de la LTC se contienen en los artículos 10, 11.1 d), e), f), g) y 12 de dicha ley. A las CC.AA. les corresponde el desarrollo y la ejecución de dichas normas básicas, especialmente en lo que a contenidos de programación se refiere, así como su intervención en la fijación de las demarcaciones territoriales de prestación del servicio en los términos del art. 2 LTC y emitir informe vinculante respecto al pliego de bases administrativas y condiciones técnicas de prestación del servicio. Los Ayuntamientos tienen competencia en la aprobación de dichas demar-

caciones siempre que no excedan de su término municipal, la emisión de informes para la continuidad de la explotación de las redes existentes a la entrada en vigor de la LTC y las competencias derivadas de la autonomía local que hacen referencia a la planificación territorial y la actividad de limitación que estudiaremos más adelante. A las tres Administraciones les corresponde formar parte de la mesa de contratación que ha de dirigir el concurso de adjudicación de concesiones, con una intervención dirimente de la representación estatal.

Este complejo entramado de relaciones interadministrativas viene acompañado por la distinta posición en que, tanto la LTC como el RDL 6/96, coloca a los operadores de cable.

La disposición adicional segunda de la LTC, otorga a TESA la habilitación necesaria para la prestación del servicio de telecomunicaciones por cable en cada demarcación, que quedará integrado con el servicio telefónico básico, continuando vigente el contrato aprobado por Resolución de 14 de enero de 1992 que dicha Compañía tiene suscrito con el Estado. Asimismo, continuarán vigentes las especiales normas de tributación que para dicha Compañía regula la Ley 15/1987, de 30 de julio. Es de resaltar que TESA, que hasta ahora ha actuado como monopolio en la prestación del servicio telefónico, ha ido estableciendo con los distintos Ayuntamientos el régimen de licencias y autorizaciones correspondientes a sus instalaciones, régimen que, en principio, no queda afectado por la nueva regulación de las telecomunicaciones. No obstante, TESA no podrá iniciar la prestación del servicio de cable hasta transcurridos veinticuatro meses a contar de la resolución del concurso de demarcación, excepto cuando éste se declare desierto o no obtenga una autorización especial del Gobierno.

El RDL 6/96, en su artículo 4, crea el segundo operador de telecomunicaciones al otorgar a RETEVISION título habilitante para la prestación del servicio final de telefonía básica (urbano, interurbano e internacional) y para el servicio portador soporte del mismo. En la misma disposición se prevé que RETEVISION constituya una sociedad anónima, a la que aportará la totalidad de sus bienes y derechos, con la que el Gobierno establecerá un contrato de gestión de servicio público para la gestión indirecta de los servicios de telecomunicación que tiene atribuidos el ente público RETEVISION, así como el desarrollo, implantación, explotación y comercialización de la telefonía básica y de los otros servicios de telecomunicación para los que obtenga el título habilitante. Dicha sociedad procederá a la privatización de al menos el 51 por 100 de su capital, una vez constituida y previa aprobación por el Consejo de Ministros de un concurso público por procedimiento restringido. Dicha

sociedad podrá optar a la gestión indirecta de las concesiones de cable de cada demarcación en las mismas condiciones que los operadores de cable de la LTC. Como en el caso de TESA, RETEVISION dispone también para sus instalaciones actuales de las correspondientes licencias y autorizaciones otorgadas por los Ayuntamientos respectivos.

El título de “segundo operador de telecomunicaciones” que se da a RETEVISION en el art. 4 del RDL 6/96 no es muy oportuno —hubiera sido más correcto el de segundo operador de telefonía básica— por cuanto ese mismo nombre se da al operador de cable en el apartado 6 de la disposición adicional segunda de la LTC. A éstos nos referiremos en este trabajo, para evitar confusiones, con la indicada denominación de “operador de cable”, a la vez que se sobreentiende que las referencias a RETEVISION son aplicables a la sociedad anónima que se constituya para cumplir sus funciones.

Los operadores de cable o de demarcación son los previstos en la LTC para la prestación del servicio de telecomunicaciones por cable, que la propia ley define como el consistente en el suministro o en el intercambio de información en forma de imágenes, sonidos, textos o gráficos o combinaciones de ellos, que se prestan al público en sus domicilios o dependencias de forma integrada mediante redes de cable (art. 12). Dicho servicio se prestará por gestión indirecta mediante concesión administrativa del Ministerio de Fomento, previa convocatoria de concurso público. Dichas concesiones se otorgan por un plazo máximo de veinticinco años, que se determinarán en función de las inversiones que sean necesarias para la explotación de los servicios, y son renovables por períodos sucesivos de cinco años. Los operadores de cable no podrán prestar el servicio telefónico básico, previa obtención de título habilitante, hasta el 1 de enero de 1998, si bien en distintos borradores de reglamento manejados por el actual Gobierno se retrasa hasta finales de 1999, decisión que, de llevarse a cabo, podría suponer que la inversión privada no optase a los concursos de adjudicación de las concesiones por la inseguridad que ello comportaría sobre su rentabilidad, favoreciéndose así la opción de RETEVISION. Las relaciones entre el operador de cable y la Administración municipal se establecerán a partir del establecimiento de las infraestructuras en el suelo municipal, especialmente en el dominio público local.

Visto muy suscintamente el entramado relacional entre la Administración Pública y los operadores de telecomunicaciones, trataremos con la misma brevedad de las relaciones entre los operadores de telecomunicación por cable (sea TESA, RETEVISION, o los operadores de cable) con el sector privado.

En primer lugar, examinemos la relación entre el operador, gestor de un servicio público, y el usuario o abonado al servicio, es decir, el ciudadano, que se dará en dos fases sucesivas: la primera, la de admisión al servicio que tendrá carácter público y la segunda, la que se dará durante la prestación del servicio, que será de carácter privado.

Respecto a la admisión al servicio es obvio que todos los ciudadanos tienen derecho a disfrutar del mismo, sin que para ello pueda reglamentarse ninguna condición limitadora, ya que se trata del ejercicio de un derecho fundamental (recibir información, art. 20.1 d) CE). En este sentido, la insuficiencia del servicio y el establecimiento de un "régimen de cola", como gráficamente señaló Jordana de Pozas para los servicios públicos comunes, no parece que tengan legitimidad constitucional, máxime tratándose de un medio tecnológico técnicamente ilimitado (7). Sin embargo, la LTC señala que ninguna persona física o jurídica podrá, directa o indirectamente, participar o ser titular del capital o del control efectivo de una o más sociedades adjudicatarias de concesiones del servicio de telecomunicaciones por cable, que conjuntamente alcancen más de un millón y medio de abonados en el territorio del Estado español (art. 4.3), exceptuándose la telefonía básica o los servicios de valor añadido. Esta norma que pretende evitar la monopolización del servicio, es de dudosa constitucionalidad, como ya se puso de relieve en la discusión parlamentaria, y puede suponer la inadmisión de abonados cuando se supere la cifra del millón y medio. En tal caso, debe entenderse que la inadmisión puede ser recurrida ante la Administración concedente mediante recurso ordinario y posteriormente ante la jurisdicción contencioso-administrativa, dado el carácter público de la relación de prestación, incluso a través del procedimiento de la Ley 62/1978, puesto que es el derecho fundamental a la libertad de información el que resulta vulnerado ante la imposibilidad de acceso al medio de telecomunicación.

(7) En reglamentaciones de servicios públicos de suministro se prevé también la obligación de que las compañías prestadoras de servicios urbanos realicen el suministro. Sin embargo, se prevén también algunas excepciones derivadas de la insuficiencia de medios técnicos, lo que no parece que pueda aplicarse a las telecomunicaciones por cable puesto que el art. 11.1 a) LTC establece como obligación del concesionario el facilitar el acceso al servicio "a todos los abonados de la demarcación en condiciones de igualdad", si bien añade que "el Reglamento técnico y de prestación del servicio determinará las circunstancias técnicas y económicas bajo las cuales podrán existir *temporalmente* áreas no cubiertas por el servicio dentro de la respectiva demarcación territorial. En cambio, en la regulación, por ejemplo, del suministro de gas (*vid.* "El servicio público del gas", MANUEL FERNANDEZ TORRES, *RAP* núm. 86, mayo-agosto 1978) la iniciativa de la no prestación del suministro pertenece a la empresa concesionaria.

La aceptación de la solicitud del usuario se formalizará simplemente por el acto expreso de expedición del recibo acreditativo del pago de los derechos de conexión, y supone para el abonado la sumisión a las reglas de la sujeción especial de poder que rigen el funcionamiento del servicio.

Sin perjuicio de lo anterior, el contenido estricto de las relaciones entre operador y abonado, que supone por una parte la puesta a disposición de la materialidad del servicio y por otra el abono del precio correspondiente, tiene carácter privado —como en cualquier otro servicio de suministro—, lo que tiene como consecuencia que, para las reclamaciones que en este campo puedan producirse, se deberá acudir a los Tribunales civiles, que resolverán normalmente acciones fundamentadas en incumplimiento de contrato.

Finalmente, procede hacer una referencia a las relaciones entre el operador-concesionario y los suministradores del contenido de la programación. Estos pueden ser de tres tipos: en primer lugar, las sociedades gestoras de servicios de radio y televisión ya establecidos y que emiten por ondas hertzianas, cuya difusión contempla la LTC como una obligación del concesionario, sin perjuicio de la obligación del pago por aquéllas de la correspondiente tarifa (art. 11.); en segundo lugar, el productor audiovisual o suministrador de datos y otros contenidos al que el operador adquirirá su producto, que ofrecerá como servicio propio, con los que el operador mantendrá una relación normalmente mercantil y con sujeción a la legislación de propiedad intelectual, en la misma forma en que mantienen el mismo tipo de relaciones las cadenas hertzianas cuando emiten programación externa o ajena; y, en tercer lugar, los programadores independientes (art. 10 LTC), a los que únicamente nos vamos a referir aquí por constituir una novedad en nuestra regulación jurídica de televisión.

La LTC obliga al concesionario (art. 11.1 d) a asignar a los programadores independientes un mínimo del 40 por 100 del total de la oferta audiovisual distribuida por su red, salvo que no exista una oferta suficiente. Esto obliga a los operadores a buscar este mínimo fuera de su círculo de influencia antes del inicio de sus actividades, si bien deberán aceptar en todo caso una oferta superior en virtud del principio de no discriminación (art. 11.1 c) LTC). El concepto legal de programador independiente no es muy clarificador (art. 10.1), pero debe entenderse que es el gestor de una programación completa y específica (de uno o de varios "canales"), a diferencia del productor audiovisual al que se adquiere alguno de sus productos, pero no una programación estable y continuada.

Lo que importa destacar, a los efectos de la libertad de expresión y de información, es que según el art. 10.2 LTC, la relación del operador de cable con los programadores independientes será “libremente pactada entre ellos en el marco de la normativa que dicte el Estado o, en su caso, las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias”. En este punto, la LTC da un giro de ciento ochenta grados a lo que hasta ahora se había establecido para el servicio público de televisión. Si en la ley de la televisión privada se prevé la gestión indirecta por concesionario de un canal de televisión, siendo la red de titularidad y gestión estatal, la LTC determina exactamente lo contrario: se concede al operador la posibilidad de establecer una red propia y se le adjudica el título habilitante para gestionar el servicio de telecomunicación, pero con la obligación de buscar programadores independientes —canales, según la concepción vulgar— que cubran un mínimo del 40 por 100 de su total oferta. De esta forma, el programador independiente queda fuera de la relación de servicio público, puesto que en virtud de un derecho preexistente y no publicado, contrata libremente —ni tan siquiera requiere autorización administrativa— con el operador, que como concesionario del servicio de telecomunicación es una persona privada. La declaración de servicio público, por lo tanto, alcanza solamente a la materia de telecomunicación (el continente), pero no a la programación (el contenido) de radio, de televisión, de suministro de datos u otros servicios privados.

Se reconoce, así, por primera vez en nuestra legislación la libertad de crear empresas informativas en el sector audiovisual por la vía del artículo 38 CE, dejando de estar el sector de la televisión por cable intervenido como prestador del servicio público del art. 128.2 CE, lo que constituye un paso de gran trascendencia. Al ser el medio tecnológicamente ilimitado, el régimen jurídico de la televisión por cable va a ser similar al de la prensa escrita, lo que no puede ocurrir en la televisión hertziana por causa de las limitaciones del espacio radio-eléctrico.

II. INTERVENCION MUNICIPAL RELATIVA A LA DEFINICION DE LAS DEMARCACIONES TERRITORIALES PARA LA PRESTACION DEL SERVICIO

El art. 2 LTC se refiere al ámbito territorial de prestación del servicio y dispone que éste se preste por demarcaciones territoriales que deberán comprender un territorio continuo que contenga una población de como mínimo, cincuenta mil habitantes y como máximo, de dos millones (excepto las islas cuya población sea inferior al mínimo establecido).

La propuesta para la constitución de una demarcación corresponde, en todo caso, a los plenos municipales, pudiendo un término municipal estar integrado por una o más demarcaciones o bien constituir una demarcación que abarque más de un término municipal, sea para alcanzar el mínimo de habitantes establecido, sea por la consideración de otras conveniencias (8).

La aprobación de las demarcaciones corresponderá al pleno de la Corporación Municipal, previo informe de la Comunidad Autónoma a la que pertenezcan, cuando no excedan del término municipal. Si la demarcación incluye más de un término municipal, la aprobación corresponde a la Comunidad Autónoma. Si la demarcación comprende municipios de distintas Comunidades Autónomas, la aprobación corresponde al Ministerio de Fomento, previo informe *vinculante* de las Comunidades Autónomas a las que pertenezcan dichos municipios. El carácter vinculante de este informe, en el caso de que sea de signo distinto el que emitan una y otra Comunidades, sólo puede tener como consecuencia la denegación de la demarcación. La LTC especifica que la resolución que deniegue la aprobación de una demarcación será motivada y sólo procederá cuando concurren razones graves contrarias al interés público, concepto jurídico indeterminado que posibilita el control de la jurisdicción contencioso-administrativa en todos aquellos elementos que no sean de apreciación discrecional.

El RDL 6/96 ha modificado lo inicialmente establecido en la LTC para la alteración del ámbito de las demarcaciones ya constituidas y en las que existan concesiones ya otorgadas, atribuyendo la competencia de la aprobación de la alteración a los mismos organismos previstos para la constitución inicial, con la obligación de notificarla al órgano de contratación "a los efectos que proceda en relación con las concesiones vigentes". Estos efectos no se especifican, pero pueden tener un

(8) La práctica totalidad de los municipios catalanes (812, que representan el 98,4% de la población) han llegado a un acuerdo para constituir en el territorio autonómico de Cataluña tres demarcaciones de servicio de telecomunicaciones. Con ello se pretende obviar uno de los problemas más graves que puede presentar la redacción del art. 2 LTC: que parte de la población quede fuera del servicio por no ser rentable para los operadores acudir a algunos concursos, puesto que deberían instalar una costosa infraestructura que alcanzase a pequeños y distantes núcleos de población que no fuera proporcional a las expectativas potenciales de población. El acuerdo fue obtenido a través de un convenio entre la Generalitat de Cataluña, la Federación y la Asociación de Municipios, entidades estas últimas que integran los Ayuntamientos gobernados por todos los partidos políticos parlamentarios, y se materializó con la entrega de los respectivos acuerdos de los plenos municipales al Ministerio de Fomento en julio de 1996 a los efectos de la convocatoria de los respectivos concursos.

doble carácter: el de rescate de la concesión, con la correspondiente indemnización al operador, y la convocatoria de un nuevo concurso; o bien la modificación del contrato concesional a los efectos de respetar el equilibrio económico-financiero de las concesiones afectadas (art. 2.6), puesto que en caso de ampliación del territorio de una demarcación a ámbitos que no formasen parte de ninguna demarcación, se obliga al concesionario a realizar una nueva inversión en infraestructura, y deberá contemplarse su rentabilidad potencial en relación con la población que se añade. La posibilidad de reducir el ámbito de una demarcación, si bien no está prohibida por la ley, es francamente improbable, e incluso puede ser objeto de declaración de inconstitucionalidad por suponer la negación del derecho a la libertad de información a determinada población, a menos que no se agregue a una demarcación colindante.

La disposición contempla también la posibilidad de que sea el Ministerio de Fomento quien, previo informe de las Comunidades Autónomas afectadas, pueda establecer a partir del 1 de enero de 1988 nuevas demarcaciones o la ampliación de las existentes a partir de los municipios que en esta fecha no formasen parte de ninguna demarcación. Si la demarcación es de nueva creación, el Ministerio de Fomento convocará el concurso público de concesión a solicitud de los municipios afectados o de parte interesada en la prestación del nuevo servicio (art. 6.6 LTC). Las demarcaciones resultantes de una alteración o de la intervención del Ministerio de Fomento señalada, no están sujetas a los límites mínimos y máximos de población inicialmente establecidos.

III. INTERVENCION MUNICIPAL RELATIVA A LA MESA DE CONTRATACION Y ADJUDICACION DE CONCESIONES

En la habilitación concedida a TESA para la prestación del servicio de telecomunicaciones, los entes locales no tienen ninguna intervención puesto que dicha Compañía se relaciona únicamente, a estos efectos, con el Ministerio de Fomento.

Respecto al segundo operador, el art. 6 LTC prevé el otorgamiento de una concesión por demarcación territorial mediante la convocatoria del correspondiente concurso, previa aprobación por el Gobierno del Reglamento técnico y de prestación del servicio de telecomunicaciones por cable.

Una vez aprobadas las demarcaciones, el Ministerio de Fomento procederá a la convocatoria del concurso, cuyo pliego de bases admi-

nistrativas y condiciones técnicas será aprobado por el órgano de contratación, previo informe vinculante de la Comunidades Autónomas afectadas en aquellos aspectos relacionados con sus competencias, que se refieren especialmente al desarrollo y ejecución de la normativa básica en materia de contenidos sobre medios de comunicación social.

Las concesiones se otorgarán de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones públicas, pero la mesa de contratación que se constituya para la propuesta de adjudicación de la concesión, tendrá una singular composición:

- El presidente y un vocal serán nombrados por el órgano de contratación.
- Un vocal lo será a propuesta de la Comunidad Autónoma.
- Un vocal lo será a propuesta de la Administración municipal.

Solamente estos miembros tendrán derecho a voto (excepto cuando la composición se amplíe, pero guardando siempre la misma proporción en su nombramiento), por lo que el Ayuntamiento (o los Ayuntamientos, si la demarcación se extendiere a varios términos municipales) tendrán una cuarta parte del poder de decisión. Los miembros técnicos de la mesa de contratación (el asesor jurídico o el interventor) no tienen derecho a voto, aunque podrán emitir informes que serán acompañados a la propuesta de adjudicación. El órgano de contratación solamente podrá resolver de forma diferente a la propuesta de la mesa por razones de interés general, aunque no es fácil que ello se produzca toda vez que la composición de la mesa de contratación y el carácter político de su nombramiento, determinan la necesidad de consenso en su decisión. De todas formas se reserva al presidente el voto dirimente que, de ejercitarlo, supondría que se opondría al voto conjunto de la Administración autonómica y local, lo que puede significar una especial fuente de conflicto cuando las Administraciones implicadas representen a grupos políticos distintos, por lo que no parece que el voto dirimente vaya a ser utilizado excepto en casos excepcionales.

La composición "*política*" de esta mesa ha sido criticada por Ariño y de la Cuétara, que consideran que la deseable imparcialidad de los miembros de la mesa es dudosa por este hecho, resultando difícil que se evite la incidencia de intereses políticos partidistas (9).

(9) "Las telecomunicaciones por cable: su regulación presente y futura", GASPARIÑO, J. M. DE LA CUÉTARA y LUCIA AGUILERA, Marcial Pons, 1996, p. 268.

Una cuestión no planteada es la forma en que se efectúa el nombramiento del representante municipal en la mesa de contratación cuando los municipios afectados son varios. Puede suponerse que, al tener los municipios la iniciativa en la propuesta de demarcación, han llegado a un acuerdo al respecto. Pero cuando las demarcaciones son muy extensas —como sería prudente que se constituyeran a efectos de rentabilidad y diversificación del servicio— el variado color político de los gobiernos de los municipios afectados dificulta el nombramiento, pero deja la puerta abierta a la designación de un “técnico de consenso”, lo que redundaría en beneficio de la racionalidad de la decisión. Este problema también puede ser solucionado mediante la ampliación de la representación municipal para dar cabida a todos los grupos políticos.

IV. INTERVENCION MUNICIPAL RELATIVA AL DOMINIO PUBLICO Y PRIVADO

1. *Régimen de competencias concurrentes*

Según señala el art. 1.4 LTC, la instalación y explotación de las redes de cable, incluido lo relativo a los sistemas, aparatos y equipos terminales necesarios para acceder al servicio, se registrará por lo dispuesto en dicha ley y en la LOT.

No vamos a insistir en los preceptos aplicables de la LOT respecto a la regulación de los servicios portadores o finales, por no ser de incumbencia municipal. Sin embargo, sí debemos señalar lo dispuesto en los arts. 17 y 18 que reconocen a los explotadores del servicio “la facultad de ocupación del dominio público en la medida en que lo requiera la instalación de la infraestructura del servicio de que se trate”, la declaración de utilidad pública a efectos de lo dispuesto en la legislación sobre expropiación forzosa, siendo de aplicación el procedi-

Según estos autores “una posible solución a este problema consistiría en modificar la composición de la Mesa sustituyendo los nombramientos políticos por técnicos (altos funcionarios de la Administración, miembros de Colegios profesionales y técnicos de otras organizaciones especializadas). No obstante, este cambio tampoco solucionaría el problema del reparto de poderes entre las distintas Administraciones públicas, pues a alguna de ellas habría que atribuirle la adjudicación de las concesiones. Por ello, quizás la única y verdadera solución, con amplio respaldo en el Derecho comparado, está en la creación de una autoridad reguladora independiente, de carácter nacional, del tipo de la Comisión del Mercado de Valores o de la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional, creadas en los últimos años”.

miento especial de urgencia y que las autorizaciones de uso del dominio público municipal se otorgarán "conforme a lo dispuesto en la legislación de régimen local".

Por otra parte, el art. 7 LTC se refiere expresamente a la aplicación de los citados arts. 17 y 18 LOT, después de prescribir que "una vez adjudicada la concesión, el concesionario deberá establecer la red de cable necesaria para la prestación del servicio, a cuyo efecto podrá utilizar redes e infraestructuras ya existentes o construir las infraestructuras necesarias para el transporte y distribución de las señales en su demarcación". Como veremos, la problemática que se plantea en uno y otro casos —instalar una nueva red o utilizar la existente— es diferente. Buena parte de esta red transcurrirá por el dominio público local, de competencia municipal, y la otra parte, especialmente la de acceso a los edificios a los que se refiere la disposición adicional cuarta de la LTC, discurrirá por la propiedad privada. En todo caso, para la expropiación o la imposición de servidumbre forzosa de paso de cable en propiedades privadas, la potestad expropiatoria corresponderá a la Administración concedente, es decir, al Estado.

Nos encontramos, pues, con un régimen de competencias concurrentes, puesto que a la habilitación del Estado al operador para la realización de la actividad le siguen, cuando menos, otras dos habilitaciones que deberán otorgar los Ayuntamientos en cuyo territorio hayan de instalarse las redes de cable: la licencia de obras y la concesión, en su caso, del dominio público local.

La concurrencia de competencias, en este campo, obedece al principio general de autonomía de las distintas Administraciones públicas para la gestión de sus respectivos intereses. Por ello, cada uno de los actos de autorización (o concesión) tiene una finalidad propia y diferenciada, de forma que distintas Administraciones tratan de controlar, cada una desde su particular perspectiva, aspectos distintos de una misma actividad.

Ello responde, según Parejo (10), "a una concepción según la cual los problemas sociales y, por tanto, los intereses colectivos que afloran, determinando responsabilidades de las instancias políticas o públicas, cuentan con una traducción cabal y adecuada en competencias diferenciadas, por lo que la satisfacción de tales intereses y el cumplimiento de aquellas responsabilidades pueden producirse siempre mediante el ejercicio diferenciado y unilateral de las correspondientes competencias".

(10) LUCIANO PAREJO critica esta concepción en "La organización administrativa de la organización del territorio", en *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 105, octubre-diciembre 1987, pp. 22 y ss.

Sin embargo, al igual que ocurre en el sector eléctrico (11), la competencia de los Ayuntamientos no se limita al otorgamiento de las autorizaciones, sino que debe alcanzar a la posibilidad de controlar la forma y condiciones en que las instalaciones de telecomunicaciones han de establecerse en su territorio, de conformidad con los planes y ordenanzas urbanísticas.

La aprobación del Reglamento técnico y de prestación del servicio corresponde al Gobierno — debe entenderse por Real Decreto — y es en este instrumento donde van a determinarse la forma y condiciones *generales* de la instalación de las redes de cable. Con sujeción al Reglamento general, se redactarán los pliegos de bases administrativas y las condiciones técnicas específicas que van a regir el concurso, los cuales —aunque ello no lo especifique la ley— deberán contar con la precisión suficiente para que los potenciales operadores que acudan al concurso puedan formular el proyecto correspondiente de instalación. Dichos pliegos son aprobados por el órgano de contratación, previo informe vinculante de la Comunidad Autónoma. Lamentablemente, la intervención municipal es nula en este proceso y no comienza hasta la constitución de la mesa de contratación.

No obstante, una vez resuelto el concurso, parece lógico — como ocurre en la prestación de otros servicios públicos de suministro— que el concesionario-adjudicatario deba presentar los proyectos de ejecución y efectiva instalación de la red, por lo que sería conveniente que las bases del concurso obligasen a presentar dichos proyectos por términos municipales, a los efectos de que los servicios técnicos de los Ayuntamientos pudieran informar sobre la concreta instalación de cada elemento antes de la aprobación de dicho proyecto por el órgano de contratación, lo que facilitaría no sólo su correcta ubicación, sino los

(11) Respecto a las instalaciones eléctricas, véase JAVIER SALAS HERNANDEZ, "Régimen jurídico-administrativo de la energía eléctrica", en *Studia Albarnotiana*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1977, pp. 251 y ss. Según SALAS, "la legislación específica del sector eléctrico, desde sus inicios hasta la actualidad, ha reservado a los Ayuntamientos la potestad de determinar la forma y condiciones en que las instalaciones eléctricas han de establecerse en el 'interior de las poblaciones', fórmula de los primeros textos (así, art. 12 de la ley de 1900) o en 'el interior de las poblaciones y zonas de ensanche y de reserva urbana', como dicen las disposiciones vigentes (arts. 2 y 13 de la LESE). A diferencia de otros aspectos relacionados con la actividad industrial eléctrica, los Ayuntamientos han ostentado siempre y siguen ostentando en la actualidad, competencias en orden a la implantación de las instalaciones correspondientes". No obstante, la LESE citada por Salas (Ley 10/1996, de 18 de marzo) ha sido expresamente derogada por la vigente LOSEN (Ley 40/1994, de 30 de diciembre), que asigna las competencias señaladas al desarrollo legislativo y la ejecución por las CC.AA. de las normas básicas del Estado.

trámites autorizatorios posteriores de competencia municipal, ya que se evitarían discordancias entre el proyecto y las ordenanzas municipales y planes de ordenación aplicables.

No olvidemos que TESA, para la prestación del servicio de cable, deberá integrar las infraestructuras que deba instalar para estas nuevas prestaciones con el servicio telefónico básico, compartiendo la obra civil y el mismo cable de fibra óptica desde las centrales telefónicas hasta los puntos de distribución final, y desde éstos —probablemente, con cable coaxial— hasta el usuario. Todo ello comportará, sin duda, la presentación de los correspondientes proyectos al Ministerio de Fomento para su aprobación y dará lugar al ejercicio de las competencias municipales de autorización.

2. *La planificación urbanística previa*

En el art. 28.3 y 4 de la LOT se encargaba al entonces Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones la elaboración de un Plan Nacional de Telecomunicación, "el cual fijará, en un marco plurianual, el desarrollo y extensión de las redes y servicios, así como la introducción de otros, todo ello en el contexto de favorecer la integración progresiva de las redes de telecomunicación, el desarrollo industrial y la introducción de tecnologías avanzadas". Este Plan, en el que debían colaborar en su redacción las entidades explotadoras de los servicios portadores, finales y de difusión con red propia, era vinculante para dichas entidades, que debían realizar las inversiones previstas en el Plan y, a tal fin, solicitar su autorización al Ministerio. La disposición adicional primera de la LOT fijaba el plazo de un año para que el Gobierno aprobase el Plan. No obstante, dicho Plan no fue presentado hasta cuatro años más tarde por el Gobierno al Parlamento y fue publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes*, el 25 de abril de 1992, para su discusión en la Comisión de Industria del Congreso de los Diputados. De hecho, el Plan era indicativo de las previsiones de inversión de las compañías de telecomunicación, pero nada aportaba a la telecomunicación por cable, como no fuera la previsión de su desarrollo legislativo y reglamentario para el establecimiento de "otras modalidades de televisión" —no hertzianas—, singularmente la televisión por cable y por satélite, cuyo proyecto se comprometía el Gobierno a presentar antes de finalizar el año. No fue tampoco así, como conocemos, y en la legislación actual se abandona la filosofía del tendido público de las redes de cable, hasta el punto de que en la LTC se encomienda esta

tarea al sector privado en calidad de concesionario. No hay, pues, ninguna planificación sectorial de carácter general.

La planificación, por tanto, la referiremos solamente a la cuestión urbanística. La Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 26 de junio de 1992 (en adelante LS) establece que los Planes Generales deberán contener, en suelo urbano, "las características y trazado de las galerías y redes de abastecimiento de agua, alcantarillado, energía eléctrica y de aquellos otros servicios que, en su caso, prevea el Plan (art. 72.2 A g); y en suelo urbanizable (que constituye un único tipo de suelo, según lo dispuesto en el art. 1 del Real Decreto-ley 5/1996, que abarca el hasta ahora urbanizable programado y no programado), el "trazado de las redes fundamentales de abastecimiento de agua, alcantarillado, energía eléctrica, servicio telefónico y demás servicios que, en su caso, prevea el Plan" (art. 72.2 B c). Estos preceptos son de aplicación supletoria en defecto de regulación específica de las CC.AA., pero nos dan ya una idea de cuál es la preocupación del Legislador en el momento de contemplar estos servicios en la planificación territorial, que no es otra que la de asegurar en el momento de la edificación del suelo que los terrenos cuenten con los servicios mínimos a los que obliga el art. 14 LS (agua, alcantarillado, energía eléctrica, pavimentado de la calzada y encintado de aceras), apareciendo el servicio telefónico como una determinación del Plan en suelo urbanizable, pero no contemplándose en ningún momento los demás servicios de telecomunicaciones.

La planificación más adecuada para el sector de las telecomunicaciones es la que establece el art. 84 LS y que hace referencia a Planes Especiales, desarrollen o no planes territoriales o generales. Los Planes Especiales no pueden sustituir "en ningún caso a los Planes Generales o Territoriales, ni a las normas complementarias o subsidiarias de planeamiento, en su función de instrumentos de ordenación integral del territorio" (art. 84.5 LS), pero pueden ser de una gran utilidad para establecer los criterios generales de implantación de las conducciones, el aprovechamiento de la infraestructura existente o las normas de ejecución de las obras (12). Sin embargo, ésta no ha sido la práctica habitual de los Ayuntamientos hasta hoy, sino que, como dice García Bra-

(12) El Ayuntamiento de Barcelona ha aprobado provisionalmente en febrero de 1996 un "Plan Especial de Implantación de Redes de Telecomunicaciones" en previsión de la ejecución de la LTC, cuyo redactado se inició a tenor del acuerdo del Consejo de Ministros, de 7 de octubre de 1994, por el que se plasmó la decisión de unificar tecnológicamente las telecomunicaciones telefónicas con la televisión por cable y, en consecuencia, utilizar la misma infraestructura.

gado, "las competencias para regular la actividad de las empresas de servicios no han sido ejercidas en profundidad, sino que se ha dejado la ordenación y el aprovechamiento del subsuelo en manos de los usuarios circunstanciales y se ha regulado exclusivamente las condiciones en que las obras e instalaciones del subsuelo afectaban solamente a la superficie. El resultado de esta inhibición municipal en la determinación y ordenación del subsuelo no puede ser más descorazonadora" (13).

Podría aducirse que la materia de telecomunicaciones es una competencia exclusiva del Estado y, en consecuencia, no corresponde a la Administración local formular su ordenación en el territorio municipal mediante planes especiales. Pero éste es un argumento falaz y poco respetuoso con la autonomía municipal. La inflación de redes de servicio público en el subsuelo —por donde generalmente deberán discurrir— es actualmente una realidad, por lo que es encomiable que la propia LTC inste al aprovechamiento de las infraestructuras existentes y al menor impacto ambiental y sobre el dominio público (art. 6.4 c LTC), lo que justifica la extensión de la competencia a los Ayuntamientos en virtud de su "derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses", de acuerdo con el art. 2.1 de la Ley de Bases de Régimen Local, que concreta la garantía institucional de autonomía del artículo 137 CE (14). Esta realidad es especial-

(13) Traducido del catalán del "Manual de Gestió", de RAMON GARCIA-BRAGADO ACIN, "Els ajuntaments i les empreses prestadores de serveis urbans. Electricitat, gas, aigua i telecomunicacions" editado por la Diputación de Barcelona. También se dice, a continuación: "En estos momentos es casi imposible conocer con exactitud, incluso por las propias empresas propietarias de las instalaciones, por dónde pasan los diferentes servicios en una calle determinada, lo que dificulta extraordinariamente tanto la realización de obras de remodelación de la superficie, como las de instalación de nuevas redes de servicios. Esta situación provoca incidentes y accidentes permanentes tanto entre las distintas empresas, como entre éstas y la Administración municipal. Esta peligrosa evolución en la rápida e incontrolada ocupación del subsuelo urbano, junto al hecho objetivo de que las empresas no retiran las instalaciones que quedan obsoletas y fuera de servicio, comporta una importante saturación agravada por el hecho de que, al no encontrar espacio bajo las aceras, las empresas de servicios empiezan a ocupar el subsuelo de las propias calzadas, que hasta ahora habían quedado reservadas al transporte público y al gran saneamiento."

(14) Según LUCIANO PAREJO, en "La autonomía local", en REALA, núm. 229, enero-marzo 1986, "Los intereses se refieren subjetivamente a las Entidades, rechazándose su asimilación a las competencias... Los asuntos en que la atribución de competencias puede y debe producirse, no son sólo los de índole local, sino todos los públicos en los que concurre el dato del interesamiento del ente local. Finalmente, y esto es decisivo, este interesamiento se traduce en un derecho del ente a verse atribuida la competencia (con el alcance que proceda; reconociendo, pues, el grado de intervención en el asunto que sea pertinente) precisa a la gestión libre del interés del ente".

mente conocida por la Administración municipal y tiene un diverso grado de desarrollo en cada uno de los municipios, por lo que parece lógico que sea la instancia municipal la que confeccione el plan especial, el cual deberá determinar la localización de la infraestructura de servicios públicos a nivel local, sin que pueda contener, obviamente, determinaciones propias de la materia sectorial de telecomunicaciones (15). Ello sin perjuicio de que, si la redacción del Plan corresponde a los municipios, su aprobación definitiva sea acordada por el órgano competente de la Comunidad Autónoma [art. 118.3 c) LS].

La necesidad de una planificación previa al efectivo establecimiento de la red e infraestructura necesarias para la prestación de los servicios portadores y finales, viene también impuesta por el art. 17.1 LOT, según el cual "los diferentes instrumentos de ordenación urbanística del territorio deberán tener en cuenta la instalación de los servicios de telecomunicación, a cuyo efecto el órgano encargado de su redacción recabará de la Administración la oportuna información". Y el art. 18.2 LOT dispone que "será obligatoria la canalización subterránea cuando esté así establecido en instrumento de planeamiento urbanístico debidamente aprobado", refiriéndose a continuación al reparto de los costos que ello suponga entre la sociedad concesionaria y los titulares del suelo, tanto en el suelo urbano como urbanizable.

Podría entenderse *a sensu contrario*, que no puede obligarse al concesionario a soterrar las líneas cuando el planteamiento no contenga esta previsión (16). Creo que ello no es así, especialmente después de la doctrina sentada en diversas sentencias de la Sala 3.ª TS (17) las cuales versan sobre la prevalencia de la legislación urbanística y las previ-

(15) El Ayuntamiento no puede denegar la licencia de obras por motivos no urbanísticos, puesto que su ámbito de competencias se circunscribe únicamente a esta materia. Véase el comentario de ENRIQUE LINDE a la sentencia del TSJV, de 11 de junio de 1990, en *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 120, octubre-diciembre de 1990.

(16) La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 3.ª) de 30 de enero de 1995 (citada en "*Actualidad Administrativa*", núm. 1, enero 1966, pp. 60 y ss.), dispone entre otras cuestiones: "Los Ayuntamientos, como claramente se desprende de los arts. 17, 18 y 28 de la Ley 31/87 no pueden regular las redes telefónicas en la forma que lo hace el Ayuntamiento de Manises por ordenanzas genéricas, ni ordenar enterramientos de cables telefónicos de forma aislada, sino que comoquiera que el servicio telefónico es un todo armónico y debe ir coordinado con el resto de la red telefónica, el Ayuntamiento, para ordenar la canalización subterránea, debe hacerlo a través de los instrumentos de planeamiento."

(17) Entre otras, las Sentencias de la Sala 3.ª del TS de 7-5-1985 (Ar. 5679); 13-11-1986 (Ar. 6551); 15-10-1988 (Ar. 8035); 23-11-1993 (Ar. 8518); y 20-12-1994 (Ar. 9457).

siones contenidas en los planes y ordenanzas sobre lo dispuesto en el contrato entre el Estado y TESA, doctrina que podría ser aplicable a los operadores de cable si entendemos, al menos en sentido analógico, que lo que resuelve el TS es la jerarquización de las normas urbanísticas por encima de las disposiciones particulares. El principio general que informa esta jurisprudencia lo expresa con precisión la STS 23-11-1993: "Estos problemas deben resolverse partiendo del criterio de que la legislación reguladora del régimen del suelo y ordenación urbana y las disposiciones contenidas en los planes, proyectos y ordenanzas aprobadas conforme a dicha legislación, tienen supremacía normativa sobre las cláusulas convencionales contenidas en el contrato del Estado con la Compañía Telefónica aprobado por Decreto de 31-10-1946, y conforme con dicha supremacía entender que los intereses públicos urbanísticos deben prevalecer sobre los privilegios concedidos a dicha Compañía en el citado contrato en atención al interés público del servicio telefónico encomendado a la misma, extrayendo de ello la conclusión de que la aludida Compañía está obligada a la instalación subterránea siempre que así venga previsto en norma urbanística concreta." Esta norma urbanística, según la misma sentencia, puede ser una ordenanza, no es preciso que sea un plan.

Dicho lo anterior, habrá que hacer ahora referencia a la inexistencia en los vigentes planes urbanísticos de una específica consideración de la red de cable a implantar como consecuencia de la aplicación de la LTC. Y es lógico que así sea, puesto que hasta ahora tan sólo tenía existencia legal, como red universal, la de TESA, que responde a necesidades de telefonía básica. Se trata ahora de la construcción de otra red alternativa para el servicio del segundo operador y la adecuación por TESA de su red a las nuevas necesidades de los nuevos servicios a que se refiere la LTC. Ya hemos visto que las previsiones de la LS se refieren al servicio telefónico o a las comunicaciones en general —no específicamente por cable—, siendo aplicable más habitualmente el término comunicaciones a carreteras, accesos o viales.

Sin embargo, hacer depender la implantación de las nuevas redes de cable a la aprobación de planes urbanísticos que especifiquen concretamente esta cuestión, no parece que sea muy acorde con las necesidades de la realidad inmediata, ni tan siquiera con el interés público que representa la puesta en funcionamiento del sector en el espacio de tiempo más corto posible por lo que comporta de progreso social, aunque desde luego sería deseable la introducción de estas previsiones en los planes que deban aprobarse a partir de ahora.

Por ello, lo más probable —y quizás lo más razonable— es que los

Ayuntamientos, en la concesión de licencias, asimilen las previsiones contenidas en los actuales planes sobre la red de infraestructuras de servicio público en general —cuyas determinaciones en la LS ya se han comentado— a la implantación de las telecomunicaciones por cable.

En base a esa planificación, la concesión de licencias de obras de instalación de las redes de cable deberá ajustarse, en suelo urbano o urbanizable, a la correspondiente ordenanza de canalizaciones o a la de utilización del dominio público municipal. Deberá tenerse en cuenta, igualmente, que las concesiones son el resultado de un concurso público que tiene como norma un pliego de bases administrativas y condiciones técnicas aprobadas por el órgano de contratación, que contendrá aspectos que podrán controlar los Ayuntamientos en el momento de otorgar las licencias y concesiones, aunque éstos no podrán imponer nuevas condiciones que no sean las urbanísticas.

3. *Ámbito territorial de las autorizaciones municipales*

En algunos ordenamientos sectoriales de servicios públicos de suministro se hace una especial mención a la competencia municipal de otorgamiento de licencias, pero refiriéndola solamente al suelo urbano y urbanizable excluyendo el suelo no urbanizable (18) como ámbito territorial hábil sobre el que el municipio puede denegar la licencia por razones de localización de la instalación. Otros autores (19) propugnan la innecesariedad de licencia municipal en suelo no urbanizable cuando se trata de la ejecución de una obra pública del Estado amparada en planes sectoriales. Sin embargo, la extensión de la competencia de los Ayuntamientos a todo su término municipal en el tema que nos ocupa, no debería ofrecer dudas.

En efecto, el art. 242 LS dispone que son actos sujetos a licencia municipal los de edificación y uso del suelo y el subsuelo, estén o no en terrenos de dominio público, cuyo otorgamiento se realizará de acuerdo con lo prevenido en la legislación de régimen local que resulte aplicable. Igualmente, el art. 1 del Reglamento de Disciplina Urbanística (Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio, declarado vigente por el

(18) En este sentido, JAVIER SALAS, en su citado libro *"Régimen jurídico-administrativo de la energía eléctrica"*, pp. 275 y ss. hace una detallada exposición al respecto, pero referida a la Ley del Suelo de 1975.

(19) *Vid.* ANGEL ORTEGA GARCIA, "La legitimación de las obras públicas del Estado en el suelo no urbanizable", *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 110, octubre-diciembre 1988.

Real Decreto 304/1993, de 26 de febrero), sujeto a previa licencia según el procedimiento establecido en la legislación de Régimen Local, las obras de instalación de servicios públicos (núm. 7) y las instalaciones subterráneas dedicadas a servicios públicos o cualquier otro uso a que se destine el subsuelo (núm. 15).

Sin embargo, en suelo no urbanizable, el tendido de líneas de cable se efectuará normalmente en terreno de propiedad privada (si no discurren en montes comunales o de titularidad municipal), sobre los que el art. 17.3 LOT prevé, previa aprobación del oportuno proyecto, que la concesión al respectivo operador implicará la declaración de utilidad pública a los efectos de lo dispuesto en la legislación sobre expropiación forzosa (expropiación o servidumbre forzosa de paso), siendo beneficiaria la entidad explotadora o concesionaria que adquiera dichos terrenos, sin perjuicio de reversión al término de la concesión. Es obvio que, en estos casos, procede el otorgamiento de licencia urbanística.

Podría aducirse, en otro contexto, que algunas legislaciones sectoriales exceptúan expresamente la pertinencia de la licencia municipal en algunas obras públicas de interés general que, por ser de ámbito territorial superior al del municipio, excluyen a éste. Tal es el caso de las carreteras estatales (art. 12 de la Ley 25/88), el dominio público portuario (art. 19.3 de la Ley 27/92), o los ferrocarriles de transporte público (art. 64.5 de la Ley 16/87) —no así en otras como la Ley de Aguas o la Ley de Costas, por ejemplo—, pero este caso no es equiparable al de las telecomunicaciones por cable, por cuanto las primeras son obras públicas que realiza el Estado en el dominio público, mediante el correspondiente contrato de obras, y en cambio el sector del cable está declarado servicio público de gestión indirecta a través de concesionario, estableciéndose la instalación por el propio concesionario que es su titular hasta la reversión.

4. La utilización del subsuelo por las redes de cable

Sin perjuicio de lo ya comentado sobre lo dispuesto en el art. 18.2 LOT respecto a la obligatoriedad de la canalización subterránea de las instalaciones de cables cuando así se establezca en el planeamiento urbanístico, vamos ahora a referirnos al régimen jurídico del subsuelo. El tema es importante, por cuanto el subsuelo hábil para tender las redes de cable estará constituido, en parte, por el dominio público, con el aprovechamiento de la infraestructura ya existente, pero también

afectará, sin duda, a terrenos de propiedad privada, y no solamente fuera del casco de las poblaciones, sino también en el mismo casco urbano cuando deba conectarse la red general con los abonados.

Como es sabido, el art. 350 del Código civil es la norma básica de nuestro Derecho al respecto cuando establece que "el propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella", si bien dicho concepto no puede interpretarse en el sentido extremo que tenía en el Derecho Romano, que entendía que la propiedad se extendía desde el centro de la tierra hasta el cielo. Sabido es, también, que un derecho no es nunca absoluto y la Constitución señala para el derecho de propiedad el límite de la función social que, en nuestro caso, halla su regulación en el derecho urbanístico.

La legislación urbanística establece las determinaciones que deben contener los planes del urbanismo, entre las que encontramos el establecimiento de las redes de servicio público que parcialmente deben discurrir por el subsuelo. Si discurren por el subsuelo de las vías públicas, de las aceras, de las obras públicas, la aplicación rigurosa del art. 350 Cc nos llevaría a la conclusión de que ese subsuelo es de dominio público municipal por estar afectado por un uso público (art. 79.3 LRBRL).

Si, por el contrario, las instalaciones de servicios públicos que transcurren por el subsuelo lo hacen por debajo de la propiedad privada, deberemos delimitar el contenido de dicha propiedad a los efectos de expropiación o, en su caso, constituir la oportuna servidumbre de paso. Si aplicáramos literalmente el art. 350 Cc, la expropiación debería alcanzar también a lo que está sobre la superficie, puesto que según la concepción romana de la propiedad, todo ello debería pertenecer al mismo propietario. No obstante, como señala Sainz Moreno, es legítimamente posible que bajo la superficie "existan varias fincas superpuestas y pertenecientes a varias personas... Esta posibilidad de propiedades privadas separadas bajo la superficie está admitida ampliamente por la jurisprudencia, e incluso si se trata de propiedades privadas y propiedades públicas" (20)

Establecida la posibilidad de propiedades separadas entre la superficie y el subsuelo, debemos aún precisar el contenido de la propiedad privada sobre el subsuelo, toda vez que ya hemos puntualizado que no es lógico que alcance hasta el centro de la tierra. Pero,

(20) Véase la brillante ponencia de FERNANDO SAINZ MORENO promovida por el Seminario de Derecho Local (4.ª edición, curso 1991-92) publicado por el Ayuntamiento de Barcelona con el título: "Régimen jurídico del subsuelo."

entonces, ¿hasta dónde alcanza, hasta qué profundidad? La legislación no aclara este extremo, pero Sainz Moreno deduce, de la jurisprudencia que maneja en el trabajo citado, que “podríamos llegar a la idea generalizada de que, en definitiva, el propietario del suelo es propietario del subsuelo hasta donde urbanísticamente puede utilizar dicho subsuelo, y de que más allá de este límite hay una conciencia general (aunque hay quién mantiene lo contrario) de que este subsuelo no pertenece al propietario. La cuestión es saber a quién pertenece, pues si no pertenece al propietario de la superficie, ¿de quién es? El interrogante no lo resuelve el legislador y el problema es importante a la hora de otorgar las concesiones o licencias, porque dependerá de quién sea el propietario y de si es dominio público o no”. Para resolver la cuestión, Sainz Moreno cita la sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de diciembre de 1986, según la cual cuando las obras se realizan bajo suelo urbano no basta la licencia urbanística, sino que es necesario que el Ayuntamiento otorgue una concesión de ocupación del suelo público, por lo que debe tenerse en este concepto. Ello se entiende sin perjuicio de que sea el propio planeamiento urbanístico el que defina con precisión el contenido del derecho de propiedad del subsuelo.

Téngase en cuenta, en todo caso, que la licencia deberá autorizar la obra si existe un previo planeamiento urbanístico y que deberá otorgarse conforme al procedimiento regulado en la correspondiente ordenanza de calas y canalizaciones.

5. Concesiones y licencias municipales

El tendido de las redes de cable se realiza, inevitablemente, en el suelo del municipio, razón por la cual los Ayuntamientos quedan habilitados para intervenir por quedar afectado el “círculo de sus intereses” (art. 2.1 LRBRL). Pero, además de esta previsión legal general, los Municipios quedan también específicamente habilitados para intervenir a través de la legislación sectorial.

Respecto a la licencia urbanística, el art. 242.2 LS sujeta a previa licencia “los actos de uso del suelo y el subsuelo” (público o privado) y dispone que “cuando los actos de edificación y uso del suelo se realizaran por particulares en terrenos de dominio público, se exigirá también licencia, sin perjuicio de las autorizaciones o concesiones que sea pertinente otorgar por parte del titular del dominio público”. En los números 2 y 5 de dicho art. se prevé que las licencias se otorgarán de

acuerdo con el planeamiento urbanístico y por el procedimiento de la legislación de régimen local. La competencia del Ayuntamiento en el otorgamiento de la licencia urbanística es, por tanto, plena e inexcusable.

Pero, además, el suelo de dominio público a que se refiere el art. 242.2 LS será normalmente de titularidad municipal, por lo que el Ayuntamiento deberá tramitar, antes del otorgamiento de la licencia urbanística, el correspondiente expediente de concesión de ocupación del suelo o subsuelo público municipal, sin perjuicio de que en un mismo expediente puedan contenerse los dos actos administrativos. La legislación sectorial en materia de telecomunicaciones se refiere también a ello. El art. 18.1 LOT confiere a los Ayuntamientos la competencia para otorgar las autorizaciones de uso del dominio público municipal conforme a la legislación de régimen local, además de establecer en el apartado siguiente la obligación de canalización subterránea cuando así se prevea en el planeamiento aprobado.

Las licencias, naturalmente, son regladas y deberán otorgarse según el Plan y de acuerdo con la ordenanza de canalizaciones, según lo comentado anteriormente. Además, las concesiones de dominio público deberán otorgarse “en todo caso”, sin el procedimiento de licitación a que se refiere el art. 87 del Reglamento de Bienes de las entidades locales, toda vez que la concesión de servicio público al operador adjudicatario o del concurso de telecomunicaciones conlleva, según el art. 17 LOT, el derecho a establecer la red e infraestructura necesarias para la prestación del servicio, la facultad de ocupar el dominio público y la declaración de utilidad pública a los efectos de expropiación forzosa. No será, por tanto, de aplicación lo dispuesto en el art. 82.2 del Reglamento de Bienes, que concede a la Corporación Municipal facultades discrecionales en la valoración del interés público de la instalación a los efectos de la concesión del dominio público, por cuanto el interés público ha sido ya valorado por la Administración concedente del servicio público de telecomunicaciones. En este punto, la excepción al principio general de otorgamiento discrecional de las concesiones demaniales es lógico y, como en los demás servicios públicos de suministro, se fundamenta en la atracción de los bienes de dominio público a su vocación de constituir el soporte de los servicios públicos. Según reiterada jurisprudencia “el principio de autonomía municipal consagrado en el art. 137 CE implica que los Ayuntamientos gozan de autonomía municipal, sí, para la gestión de sus respectivos intereses, pero tal autonomía ha de coordinarse con el principio de unidad y supremacía del interés nacional —art. 2 CE—

que ciertamente ostenta un carácter preferente a los intereses puramente locales" (21).

Las facultades regladas del Municipio para otorgar la licencia urbanística o la concesión del dominio público local, consistirán en la comprobación de que el solicitante cumple con las condiciones previstas en los planes y ordenanzas sobre utilización del suelo público o privado. La obligación de otorgar la licencia no se extiende a la voluntad del concesionario en cuanto a la localización de la instalación, sino que corresponde a la Corporación Municipal utilizar sus potestades, que son irrenunciables, de valoración del interés público en cuanto a la seguridad de personas y bienes, las condiciones estéticas de la población, el aprovechamiento de las canalizaciones existentes u otras, siempre que sus ordenanzas y reglamentos municipales se lo permitan, puesto que es al Ayuntamiento y no al concesionario a quien corresponde decidir cuál es el emplazamiento más adecuado y menos perjudicial para el municipio o para sus ciudadanos. No obstante, lo que no puede hacer la Administración municipal, precisamente por el carácter reglado de las licencias, es imponer condiciones que no deriven de las ordenanzas y planes urbanísticos aprobados.

Una cuestión de especial trascendencia va a suscitarse a raíz de lo que dispone el art. 7.1, en relación con el art. 6.4 c). LTC, que se refieren al establecimiento de la red de cable, a cuyo efecto el operador "podrá utilizar redes e infraestructuras ya existentes o construir las infraestructuras necesarias para el transporte y distribución de las señales en su demarcación." Téngase en cuenta que "el mayor aprovechamiento de las infraestructuras utilizables existentes" es uno de los criterios favorables que deberán contar en el momento del otorgamiento de las concesiones.

El establecimiento de una nueva red de cable no presenta mayores problemas que los ya comentados de la obtención de la licencia urbanística y, en su caso, de ocupación del dominio público local. Pero el aprovechamiento de la infraestructura existente (normalmente de TESA) sí merece un poco más de atención.

En primer lugar, la utilización de la infraestructura de TESA debería ser objeto de regulación reglamentaria, pero en lo que afecta a la Administración Municipal deberemos preguntarnos si será necesario

(21) Literal de la STS de 20 de noviembre de 1995 (*Aranzadi* 8339). Un amplio y fundamentado comentario sobre los límites de la autonomía local en el otorgamiento de licencias con respecto a los intereses prevalentes de las actuaciones de "interés nacional o supralocal" lo encontramos en "La actuación de las Corporaciones Locales", SEBASTIAN MARTIN-RETORTILLO, *RDA*, núm. 42, abril-junio 1984.

que el segundo operador obtenga una nueva licencia urbanística y de ocupación del dominio público. No parece que la licencia urbanística deba otorgarse de nuevo, puesto que el control reglado de la idoneidad de la instalación en cuanto al cumplimiento del plan y de las ordenanzas, que es la finalidad de la sujeción a licencia, ha tenido ya lugar en el otorgamiento de la autorización a TESA. El problema se suscita con respecto a la concesión del dominio público local, toda vez que TESA es concesionaria única del dominio sin que, previsiblemente, en las cláusulas concesionales se permita la utilización de sus instalaciones por terceros (22). En este sentido, entiendo que será necesario un acuerdo del Pleno municipal que autorice la utilización conjunta del dominio público, en el cual deberán fijarse, cuando menos, las condiciones de utilización a que se refieren los apartados 3.º, 7.º, 10.º, 12.º y 13.º del art. 80 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, y cuantas otras considere el Municipio que se relacionan con su círculo de intereses, siempre que no se dificulte injustificadamente la prestación del servicio.

En segundo lugar, hemos de referirnos a una cuestión que se producirá con mucha asiduidad y que procede de la práctica usual de TESA de solicitar licencia urbanística y de ocupación del dominio público para la construcción de una instalación que inicialmente comprende la ubicación de tubos cilíndricos en los que, a medida que las necesidades del servicio lo requieren, se van introduciendo los cables. Al no ser necesaria ninguna obra pública para la introducción de nuevos cables, TESA viene interpretando que no necesita ninguna nueva autorización (23). Pero puede darse el caso de que el segundo operador opte por construir una nueva red de cable y, en cambio, al Ayuntamiento le convenga que utilice las infraestructuras de TESA. Entiendo que el Ayuntamiento puede exigir, precisamente, que el segundo operador utilice los tubulares de TESA, aun en el caso de que ambas compañías no hubieran llegado a un acuerdo de condominio, y ello en base a la apreciación de razones de interés público, razones que pueden fundamentarse en la conveniencia de evitar obras innecesarias, el mejor aprovechamiento del subsuelo, la previsión de futuras actuaciones municipales, etc. Y si TESA se opone, podría justificarse la aplicación del apartado 10 del art. 80 del Reglamento de Bienes que permite

(22) Art. 13.2 del RSCL y art. 77.3 del Reglamento de Bienes.

(23) Esta cuestión ha sido detectada y estudiada por RAMON GARCIA BRAGADO en *"Els Ajuntaments i les empreses prestadores de serveis urbans"*, en la colección *Manuals de Gestió*, Diputació de Barcelona, noviembre de 1995, pp. 24-25.

a la Administración rescatar —en este caso, parcialmente— la concesión por circunstancias sobrevenidas de interés público y otorgar al efecto una concesión de utilización parcial de la instalación al nuevo operador, previa indemnización a TESA del coste proporcional de las obras, que será repercutible en el nuevo beneficiario (art. 5.5 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa).

En relación con las instalaciones en el subsuelo del dominio público local, puede surgir sin duda el tan usual problema de la modificación del trazado por razones de interés público municipal (una obra pública, una reforma del planeamiento o de las ordenanzas), que conlleva el traslado de las instalaciones. En realidad, el problema se reduce a determinar quién ha de pagar el traslado (el Ayuntamiento o el operador de cable) y si se deben indemnizar los perjuicios a la compañía por el coste de la nueva instalación o el corte de suministro.

Los Ayuntamientos acostumbran a otorgar las licencias de instalación de servicios públicos a título de precario (24) para evitar los costes indemnizatorios de los traslados, por lo que las compañías de servicios públicos deben costearlos sin indemnización (25), si bien la decisión del nuevo trazado de las líneas no es una facultad omnímoda ni totalmente discrecional, sino que debe responder a circunstancias concretas y demostrables, cuya apreciación municipal estará siempre sujeta al control jurisdiccional de los conceptos jurídicos indeterminados y al principio de no arbitrariedad de los poderes públicos.

Sin embargo, nos encontramos con dos disposiciones sobre el costo de los traslados que, por analogía, podrían aplicarse a los operadores de cable.

Nos referimos al Decreto de 10 de octubre de 1952 y al de 13 de mayo de 1954. El primero de ellos se refiere exclusivamente a TESA y

(24) Según Salas, ob. cit., p. 389, la precariedad está justificada puesto que debe prevalecer el uso normal del dominio público (la utilización de los viales, etc.), frente a la utilización anormal (el paso de servicios públicos en el subsuelo) y por tanto es legítima la potestad de la Administración para “variar sin indemnización las condiciones” de uso del dominio público. No es éste el criterio de LEGUINA en “Instalaciones de líneas eléctricas y precariedad administrativa” (RAP, núm. 68, mayo-agosto 1972) después de las innovaciones de la ley de 18 de marzo de 1966. Un amplio estudio sobre la precariedad administrativa lo encontramos en “La cláusula de precario en las concesiones de dominio público”, RAMON MARTIN MATEO (RAP, núm. 56, mayo-agosto 1968), en las que se distingue entre la precariedad de primer grado y segundo grado, con diferentes consecuencias jurídicas.

(25) Sin embargo, algunos Ayuntamientos tienen establecido un régimen distinto de gastos compartidos. SAINZ MORENO, en “Régimen Jurídico del subsuelo”, p. 141, cita el art. 16 de la Ordenanza Reguladora de Obras e Instalaciones del Ayuntamiento de Madrid.

establece que "las autorizaciones para la ocupación de terrenos de dominio público por las líneas telefónicas se otorgarán siempre a título de precario", quedando TESA obligada a realizar las obras de modificación de líneas cuando lo requiriese la explotación del ferrocarril, las obras de carreteras y los servicios públicos en general, sin indemnización alguna. Aunque formalmente esta disposición no ha sido derogada, debe considerarse sustituida por el posterior Decreto, de 13 de mayo de 1954, que dispone que "los gastos que ocasione la modificación o traslado de las líneas telefónicas o telegráficas serán satisfechos en una mitad con cargo al presupuesto del servicio u obra pública que demande la modificación o traslado de las mismas, y la otra mitad por la Compañía Telefónica Nacional de España..." (art. 4).

Finalmente, cabe advertir también que en los municipios que lo tengan dispuesto en su ordenanza industrial, podrá ser necesaria la obtención de licencia de apertura de establecimiento industrial, que se ampara en lo dispuesto con carácter general en el art. 22 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

V. HACIENDA MUNICIPAL Y TELECOMUNICACIONES POR CABLE

El monopolio de TESA sobre telecomunicaciones y su especial régimen jurídico basado en el contrato con el Estado, llevó a establecer un régimen de tributación también especial respecto a los tributos locales que se plasma en los arts. 3 y 4 de la Ley 15/87, de 30 de julio.

En el preámbulo de dicha ley se explicitan las razones de la especialidad tributaria, aún hoy vigente: "La pluralidad de sujetos activos exaccionadores, la diversidad de Ordenanzas Locales con la subsiguiente multiplicidad de tipos, tarifas y sistemas de gestión contemplados en las mismas... Todo ello unido a la circunstancia de que los servicios de la Compañía se prestan en la práctica totalidad de las Corporaciones Municipales y Provinciales integrantes del Estado español, imponen de manera inevitable la adopción de una solución que, respetando los derechos e intereses de las Entidades Locales, propicie el que la Compañía pueda hacer frente a sus obligaciones tributarias para con las mismas sin que ello le irroque una presión fiscal indirecta y unos costes de gestión, que convertirían el cumplimiento de tales obligaciones en insoportablemente oneroso para el sujeto pasivo de las mismas. La única solución en orden a obtener el fin reseñado es el cumpli-

miento sustitutorio mediante el abono de una compensación anual en metálico.”

Esta compensación económica se cifra en el 1,9 por 100 de los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtenga TESA en cada término municipal, porcentaje que compensa todas las deudas tributarias que corresponden a cualesquiera tributos locales de los que la compañía pudiera ser sujeto pasivo según las previsiones de la ley para las demás sociedades mercantiles. Sin embargo, se exceptúa de tal sistema compensatorio “a las deudas tributarias que traen su causa de dos impuestos municipales muy determinados, cuales son la Contribución Territorial Urbana y la Contribución Territorial Rústica y Pecuaria, y por la razón de que siendo tributos de base catastral, constituye una cuestión del mayor interés para todas las Administraciones públicas, el que las exenciones subjetivas en ambos tributos sean limitadas en grado máximo con el fin de que, dado el gran valor informativo de los Catastros respectivos, éstos puedan ser lo más completos posible” (Preámbulo de la Ley).

En definitiva, TESA está sujeta al Impuesto de Bienes Inmuebles (IBI) y exenta de todos los demás tributos y precios públicos que quedan compensados por la deuda tributaria establecida en el art. 4.2 de la Ley 15/87 consistente en el 1,9% de los ingresos brutos procedentes de la facturación obtenida por la prestación del servicio en cada término municipal (26).

El régimen tributario de los demás operadores de cable en lo que respecta a las haciendas locales no es asimilable al de TESA, sino que le será de aplicación lo dispuesto para las demás compañías concesionarias de servicios públicos estatales, régimen que pasamos a considerar brevemente.

En primer lugar, les será de aplicación lo dispuesto en el art. 45.2, segundo párrafo, de la Ley 39/88, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales (LHL), según el cual las empresas explotadoras de servicios de suministros que afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario deberán satisfacer a las entidades locales en concepto de “precio público” por utilización privativa o aprovechamiento especial constituido en suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, “en todo caso, y sin excepción alguna”, el 1,5

(26) En la STS (Sala 3.ª, Sección 2.ª) de 27 de mayo de 1994 (*Aranzadi* 3546) incluso se reconoce como comprendido en la compensación y se declara exenta a TESA del pago del precio público de las tarifas exigidas a los usuarios de un aparcamiento vigilado, explotado en régimen de concesión administrativa.

por 100 de los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtengan anualmente en cada término municipal. Sin embargo, ya hemos visto que TESA constituye una excepción, por cuanto el concepto de utilización del dominio público queda englobado dentro del 1,9% de su deuda tributaria especial. La descompensación entre TESA y el segundo operador en el terreno tributario será evidente si no se deroga el régimen peculiar de la compañía telefónica, puesto que el segundo operador, además del IBI, tendrá también que satisfacer otros tributos que relacionaremos más adelante.

Detengámonos, previamente, un momento en el concepto jurídico indeterminado de "ingreso bruto procedente de la facturación" que maneja tanto la Ley 15/87 como la LHL, puesto que ha sido objeto de interpretación jurisprudencial, en especial en la sentencia de la Sala Tercera (sección 2.^a) del Tribunal Supremo, de 8 de abril de 1991 (*Aranzadi* 2898). Según el Tribunal, en el conjunto de los ingresos brutos deben incluirse no sólo los propios del suministro, sino también los conceptos complementarios que, desde el punto de vista funcional, responden inseparablemente a una misma necesidad de proporcionar y obtener el suministro (27).

Comentando esta sentencia, Enrique Vicente Catalá ha generalizado el concepto de ingreso bruto interpretando que la base de cálculo de los precios públicos por ocupación del dominio público local "estará constituida por los ingresos brutos procedentes de la facturación obtenida anualmente en el término municipal por las empresas explotadoras de servicios de suministros, que afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario, realizadas a los usuarios, incluyendo, además del propio suministro, los procedentes del alquiler, puesto en marcha, conservación, modificación, conexión, desconexión y sustitución de contadores, equipos, instalaciones propiedad de las empresas o de los usuarios utilizados en la prestación de los servicios propios del suministro y, en general, todos aquellos ingresos procedentes de la facturación realizada por los servicios resultantes de la actividad propia de las empresas suministradoras, así como los suministros prestados de manera gratuita a un tercero, los consumos propios y los no retributivos en dinero, que se han de facturar al precio

(27) Según la sentencia citada (*Aranzadi* 2898), "en el cómputo de dichos ingresos habían de incluirse no sólo las cantidades percibidas por la empresa suministradora de energía eléctrica por el importe de la energía suministrada a los usuarios, sino también por los conceptos de derechos de acometida y enganche, verificación y recuperación de fusibles, o cooperación económica del abonado".

medio de los análogos de su clase". Según el mismo autor, de estos ingresos deben deducirse los tributos indirectos que gravan al suministrador (los que la compañía solamente recauda en el recibo al usuario como colaboradora de la Administración, por ejemplo el IVA) y "los ingresos financieros, los procedentes de la gestión o enajenación de su patrimonio, las subvenciones que reciban y en general cuantos ingresos tengan las empresas suministradoras no relacionados directamente con el suministro que les es propio" (28).

Otra diferencia importante entre TESA y el segundo operador respecto a la liquidación del porcentaje de facturación bruta lo constituye el sistema de percepción de las cantidades que constituyen la deuda tributaria por cada Ayuntamiento, lo que no parece muy acorde con los principios constitucionales de igualdad ante la ley y de autonomía local. La disparidad proviene del perturbador Real Decreto 1334/1988, de 4 de noviembre, que establece —además de los conceptos que TESA debe computar como ingreso bruto— el sistema de liquidación trimestral de dichos ingresos, con la particularidad de que TESA efectúa las liquidaciones al Estado y es este quien satisface las cantidades correspondientes a cada Ayuntamiento, reservándose incluso las facultades de inspección y comprobación de la facturación presentada por TESA (29).

En cambio, el segundo operador deberá satisfacer las cantidades correspondientes de su deuda tributaria a cada Ayuntamiento, en la misma forma en que actualmente lo hacen las compañías de suministro, como las eléctricas, las cuales están sujetas a la inspección municipal de su declaración-liquidación. Como dice la sentencia citada de 8 de abril de 1991, "los listados remitidos con carácter periódico no excluyen la posibilidad de ser completados con los datos que el Ayuntamiento respectivo necesite para integrar el total importe bruto anual de los ingresos producidos".

Después de la sentencia del Tribunal Constitucional 185/95, de 14 de diciembre, que declara inconstitucional el art. 24.1 a) de la Ley

(28) ENRIQUE VICENTE CATALA, "La base de cálculo de los precios públicos por utilización privativa o aprovechamientos especiales constituidos en el suelo, subsuelo y vuelo de las vías públicas municipales", *Revista de Hacienda Autonómica Local*, núm. 64, enero-abril 1992.

(29) Este sistema ha sido duramente criticado por RAMON GARCIA-BRAGADO, ob. cit. pp. 47-48, quien plantea que es difícilmente aceptable desde una óptica municipal, añadiendo que la disposición adicional quinta sobre inspección y comprobación de la facturación "supone un atentado directo y flagrante contra el principio constitucional de la autonomía local".

8/1989, de Tasas y Precios Públicos (“tendrán la consideración de precios públicos las contraprestaciones pecuniarias que se satisfacen por : a) La utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público”), no parece que la situación descrita para las haciendas locales quede modificada. Lo que indica la sentencia es que el art. 24.1 a) es inconstitucional en cuanto que no contempla el establecimiento de los precios públicos por ley. Pero en nuestro caso, la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público en favor de las empresas de servicios públicos, así como la cuota del 1,5 % de la facturación, se establecen en el art. 45.2 LHL con carácter general, por lo que sólo será necesario que su aplicación al tendido de las redes de cable se concrete en la correspondiente ordenanza fiscal, norma de garantía equivalente a la ley en la Administración local por el procedimiento de aprobación de mayoría absoluta del Pleno municipal, aunque la cita del art. 31.3 CE que hace la sentencia da pie a pensar que puede bastar la concesión en una ordenanza no fiscal, cuyo sistema de aprobación es el de la mayoría relativa.

Los operadores de cable —y TESA— están también sujetos al IBI puesto que las instalaciones de cable tienen la consideración de bienes inmuebles según la amplia redacción del concepto a que se refiere el art. 62 de la LHL (instalaciones industriales o cualquier construcción no calificada como de naturaleza rústica), siendo muy improbable que resulten exentas por su valor inferior a cien mil pesetas [art. 64, k) LHL]. No obstante, el problema puede surgir en la fijación del valor de los bienes inmuebles, que constituye su base imponible, puesto que para ello los arts. 66 a 68 LHL se remiten al valor catastral, lo que no es posible aplicar a unas instalaciones, por lo que habrá que estar a la valoración que realicen las correspondientes Ponencias de valores (art. 70.3 LHL).

Nos referimos ahora al Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras del art. 101 LHL cuyo hecho imponible lo constituye la realización de una instalación sujeta a licencia de obras o urbanística. En el caso de TESA, queda claro que dicho impuesto debe englobarse dentro de la cuota anual del 1,9 % de facturación en el municipio por la empresa de servicio público. En cambio, parece también claro que los operadores de cable deben satisfacer el impuesto cuando sus instalaciones discurren por la propiedad privada.

El problema está en determinar si los operadores de cable deben satisfacer este impuesto por las instalaciones que utilicen el dominio público local o si ha de considerarse englobado en el porcentaje del 1,5 % de facturación a los abonados del municipio fijado precisa-

mente con motivo de la concesión de ese dominio. En principio, parece que no están sujetos al impuesto y en favor de esta tesis hay que citar una reiterada corriente jurisprudencial, pero referida a la Ley de Haciendas Locales anterior, que considera que la tasa por utilización del dominio público es incompatible con la tasa por licencia de obras, por cuanto la prestación del servicio municipal es el mismo en ambos casos: la concesión municipal, que requiere una labor de estudio sobre la adecuación urbanística de la obra y una tramitación administrativa.

La modificación del concepto impositivo que se opera en la LHL —las tasas de la anterior ley pasan a ser precios públicos— supone un cambio sustancial en la naturaleza jurídica del tributo, puesto que ya no se trata de la contraprestación a un servicio —en que consiste la tasa—, sino en la imposición de un verdadero impuesto en consideración a la capacidad económica del inversor. Por ello, muchos Ayuntamientos (30) han fijado en sus ordenanzas fiscales, de forma expresa, la imposición del precio público por utilización del dominio público por las empresas de servicios, a la vez que les exigen también el impuesto sobre construcciones en la correspondiente ordenanza. Sin embargo, esta cuestión no es pacífica porque su aplicación práctica ha llevado a las empresas de servicios a interponer los recursos correspondientes. Habrá que esperar a su resolución por el Tribunal Supremo para zanjar definitivamente este aspecto tributario.

Los operadores de cable —excluida TESA— deberán también satisfacer el correspondiente Impuesto sobre Actividades Económicas, bien sea a través de la cuota municipal, bien a través de la cuota provincial o nacional. En este aspecto, la diferencia de trato entre TESA y los segundos operadores es notoria y no tiene ningún sentido, sobre todo si el destino de TESA es la privatización total. Es de augurar que en las disposiciones que se dicten para el desarrollo de la actividad del cable, se establezca una norma con rango de ley formal uniformizadora de estos aspectos fiscales.

(30) En la Ordenanza fiscal reguladora de este impuesto del Ayuntamiento de Barcelona, se considera acto sujeto tanto “la nueva implantación, ampliación, modificación, sustitución o el cambio de emplazamiento de toda clase de instalaciones técnicas de los servicios públicos, cualquiera que sea su emplazamiento, como “las instalaciones subterráneas dedicadas a aparcamientos, a actividades industriales, mercantiles o profesionales, a los servicios públicos o a cualquier otro uso a que se destine el subsuelo” (art. 3. i e).

Finalmente, los operadores de cable —excluido TESA— deberán también satisfacer las tasas, precios públicos, recargos y demás conceptos tributarios municipales que sean procedentes por el desarrollo de su actividad en solicitud de licencias u obtención de documentos (31).

(31) La sujeción al Impuesto sobre Contribuciones, Instalaciones y Obras es compatible, por ejemplo, con la procedencia de la tasa por expedición de la licencia urbanística, como así lo tiene declarado la Sentencia del TS (Sala 2.ª, Sección 3.ª) de 17 de enero de 1994 (*Aranzadi* 316).

