

Instalación de infraestructuras de telecomunicaciones y Derecho comunitario

Comentario a la Sentencia del TJCE de 12 de junio de 2003, Comisión c. Luxemburgo*

Julio V. González García

Profesor Titular de Derecho Administrativo en la Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO
- II. CONSIDERACIONES PREVIAS: LA DIFICULTAD DE ARMONIZAR DOS RÉGIMENES CON PRINCIPIOS CONTRAPUESTOS, EL DE OCUPACIÓN DE LOS BIENES PÚBLICOS Y EL DE LOS SECTORES LIBERALIZADOS
- III. DERECHO GENÉRICO A LA OCUPACIÓN DE LOS BIENES PÚBLICOS, DERECHO ESPECÍFICO PARA LA INSTALACIÓN DE UNA INFRAESTRUCTURA CONCRETA. LAS EXIGENCIAS DE CERTEZA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO
- IV. POSIBILIDADES DE INTERVENCIÓN EN EL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES COMO CONSECUENCIA DE LA OCUPACIÓN DE LOS BIENES PÚBLICOS
- V. LA DETERMINACIÓN DE LAS AUTORIDADES COMPETENTES: UN PROBLEMA ESPECÍFICO DEL DERECHO LUXEMBURGUÉS
- VI. LA PUBLICIDAD NECESARIA DE LOS REQUISITOS DE ACCESO A LA NORMATIVA DE INSTALACIÓN DE INFRAESTRUCTURAS DE TELECOMUNICACIONES
- VII. LAS DIRECTIVAS DE TELECOMUNICACIONES APROBADAS EN 2002 Y LA INSTALACIÓN DE INFRAESTRUCTURAS DE TELECOMUNICACIONES

* Estudio realizado en el marco del programa de investigación BJU 2003/06542 «Quince años de Derecho comunitario en España», dirigido por el Prof. Dr. D. Manuel Ballbé.

I. PLANTEAMIENTO

La liberalización de algunas de las actividades económicas plantea el problema de la instalación de las infraestructuras necesarias para su prestación. La cuestión es de extrema importancia, en la medida en que para que el proceso económico se pueda realizar de una forma satisfactoria es preciso que el operador económico disponga de bienes suficientes para ello. Si no ocurre así, nos encontraremos ante el problema de que el resultado final no es conforme con un régimen competitivo dado que el operador que tiene infraestructura juega con una posición de prevalencia frente a los demás, que, en estas condiciones tendrán que utilizar las instalaciones de los competidores para llegar a cada usuario potencial del servicio. En principio, a bote pronto, la respuesta al problema es simple: liberalícese la instalación de las infraestructuras para que el proceso pueda materializarse en su integridad.

El problema no es, sin embargo, tan sencillo, sino que tiene numerosas aristas que dificultan su resolución, como he tenido ocasión de señalar en otras ocasiones¹. Los grandes servicios que se prestan en red, tales como energía, telecomunicaciones o agua utilizan para ubicar sus infraestructuras bienes públicos que, por principio, tienen un régimen diferente de utilización, tengan o no la calificación de dominio público, categoría que no está extendida en toda Europa. Este dato trastoca todo el sistema de la liberalización desde el momento en que hay que armonizar utilizaciones, algunas de ellas contrapuestas, hay que satisfacer otras necesidades de interés general y, en última instancia, nos hemos de enfrentar al problema de que precisamente por tratarse de bienes que terminan siendo de titularidad municipal por encontrarse en los municipios el último eslabón de la red disponen de una reglamentación específica en cada uno de los lugares; con lo cual la uniformidad del régimen jurídico que sin duda es deseable no resulta factible.

La sentencia *Comisión c. Luxemburgo*² es la primera en la que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se enfrenta a este tipo de problemas

¹ Véase mi libro «Infraestructuras de telecomunicaciones y Corporaciones locales», ed. Aranzadi, Pamplona (2003). Si ya resulta problemática la cuestión, se complica cuando nos encontramos con los problemas de la transmisión de señales que utilizan el dominio público radioeléctrico, sobre lo cual aparte de lo indicado en el trabajo anterior, puede verse «La instalación de infraestructuras de telecomunicaciones que utiliza el espectro radioeléctrico ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones», en la *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 7, pgs. 95 y ss.

² *Comisión c. Luxemburgo*, Asunto C-97/01, conclusiones del Abogado General Geelhoed de 4 de julio de 2002, sentencia de 12 de junio de 2003.

de armonización entre el derecho de los bienes públicos y el marco regulador de un sector económico liberalizado, como el de las telecomunicaciones. Forma parte de la primera hornada de problemas que están surgiendo con las infraestructuras de este tipo de actividades, quedando para dentro de algunos años los referidos a cumplimientos de plazos de los títulos y su armonización con la indisponibilidad del dominio público, determinación de responsabilidades por daños a los bienes y a otros prestadores de servicios, modificaciones de trazados; problemas todos ellos que no están planteados en el Derecho comunitario de las telecomunicaciones.

En esencia, la cuestión que se plantea en este caso resulta sencilla de entender y podría reproducirse en cualquier municipio europeo, aunque en este caso tiene un alcance más general, habida cuenta de que es un conflicto planteado contra la Ley de Telecomunicaciones de Luxemburgo de 21 de marzo de 1997. En efecto, en el marco del proceso de liberalización de las telecomunicaciones, Luxemburgo pide una moratoria en el año 1996 para la aplicación de la Directiva 90/338, concedida por la Comisión en 1997, con un plazo de validez de un año, hasta julio de 1998. Dentro del plazo, se promulga la Ley analizada en la resolución en la que se reconocen los derechos de los operadores de telecomunicaciones a la ocupación del dominio público estatal o local, previa presentación a las autoridades competentes de un plano en el que se indique la localización y la naturaleza de la instalación. Se trata, como se puede ver, de una regulación muy similar a la de otros países, dado que es el método normal de armonización entre legislación liberalizada y ordenación de un bien público, intentando salvaguardar parte de los principios reguladores de ambos bloques normativos; estando, en este sentido, recogida en la última normativa comunitaria de telecomunicaciones, como se verá al final de este comentario.

Como consecuencia de una denuncia presentada en el año 1999 por un operador de telecomunicaciones, la Comisión actúa y finalmente acaba exigiendo a las autoridades luxemburguesas una modificación de la legislación como consecuencia de dos problemas: la queja se concentra en la indeterminación del régimen jurídico luxemburgués en relación con el otorgamiento o denegación de los títulos habilitantes para ocupar el dominio público; tanto en lo que afecta a la dificultad de concretar la autoridad competente como en cuanto lo relativo a los aspectos del régimen sustantivo de ocupación de los bienes³.

³ De acuerdo con lo transcrito en la sentencia, la normativa luxemburguesa afectada tiene el siguiente contenido:

El artículo 34, apartado 1, párrafo primero, de la Ley de telecomunicaciones dispone: «[...] el titular de una licencia para la explotación de una red de telecomunicaciones [...] podrá hacer uso de los bienes de dominio público del Estado y de los municipios para colocar cables, tendidos aéreos y las instalaciones correspondientes y llevar a cabo todas las obras necesarias, respetando su afectación y las disposiciones legales y reglamentarias que regulan su utilización».

Con arreglo al artículo 35 de la Ley de telecomunicaciones:

«1) Antes de colocar cables, tendidos aéreos y las instalaciones correspondientes en bienes de dominio público del Estado o de los municipios, el titular de una licencia para

Se trata, en definitiva, de analizar la compatibilidad del sistema recogido en los artículos 34 y 35 de la precitada Ley luxemburguesa con la Directiva 90/338, en la redacción que le proporcionó la Directiva 96/19, en particular con el art. 4 quinquies de la Directiva, que disponía lo siguiente:

«Los Estados miembros no discriminarán entre suministradores de redes públicas de telecomunicaciones por lo que se refiere a la concesión de servidumbres de paso para el suministro de dichas redes.

Cuando la concesión de nuevas servidumbres de paso a empresas que deseen suministrar redes públicas de telecomunicaciones no resulte posible como consecuencia de las exigencias esenciales aplicables, los Estados miembros deberán garantizar el acceso, en condiciones razonables, a las instalaciones existentes en virtud de servidumbres de paso vigentes y que no puedan aplicarse».

El Tribunal, de acuerdo con las conclusiones que hizo el Abogado General Geehold un año antes, declara el incumplimiento de Luxemburgo una vez que hubo analizado las dos cuestiones planteadas precisamente como consecuencia de esta supuesta falta de claridad del ordenamiento luxemburgués en esta materia, que constituyen obstáculos potenciales al desarrollo de las actividades de los operadores de telecomunicaciones, pudiéndoles incluso desincentivar de intentar su establecimiento en el Gran Ducado.

Partiendo de estos presupuestos de hecho, surgen inmediatamente una serie de problemas que son los que se van a analizar en este comentario: por un lado, el alcance de certeza que tiene que tener el ordenamiento jurídico para que se considere conforme con el contenido de la directiva; en segundo lugar, las posibilidades de intervención que tienen las Administraciones Públicas mediante los títulos habilitantes sobre el dominio público y, por último, qué tipo de publicidad hay que proporcionar a las normas para que se consideren adecuadas con un régimen liberalizado.

Finalmente, se realizará un breve análisis de dichas cuestiones a la luz del nuevo paquete de directivas aprobadas el 7 de marzo de 2002, en particular las denominadas Directivas marco⁴, la Directiva autorización⁵ y la Directiva acceso⁶, que son las que configuran el nuevo régimen comunitario de insta-

la explotación de una red de telecomunicaciones [...] presentará a la autoridad que tenga competencia sobre el bien de dominio público de que se trate, para su aprobación, un plan en el que se indique la localización y la naturaleza de la instalación.

2) Las autoridades no podrán imponer al titular de una licencia para la explotación de una red de telecomunicaciones [...] ningún impuesto, exacción, derecho, retribución o remuneración, sea cual fuere su naturaleza, por el derecho a usar los bienes de dominio público del Estado o de los municipios».

⁴ Directiva 2002/21/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.

⁵ Directiva 2002/20/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

⁶ Directiva 2002/19/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión.

lación de las infraestructuras de telecomunicaciones, lo que servirá para examinar las consecuencias pro futuro de la doctrina contenida en la sentencia *Comisión contra Luxemburgo* que se está comentando.

II. CONSIDERACIONES PREVIAS: LA DIFICULTAD DE ARMONIZAR DOS RÉGIMENES CON PRINCIPIOS CONTRAPUESTOS, EL DE OCUPACIÓN DE LOS BIENES PÚBLICOS Y EL DE LOS SECTORES LIBERALIZADOS

Como se acaba de indicar, la resolución llega a la conclusión de que la promulgación de normativa propia por parte de cada autoridad municipal o estatal y la necesidad de aprobación de los planos para la instalación de las infraestructuras de telecomunicaciones constituye un elemento potencial que dificulta el acceso al mercado. Por tanto, en la tensión que existe entre el régimen liberalizado de las actividades económicas frente al régimen intervenido de los bienes públicos se decanta hacia aquél, sin buscar mecanismos de armonización que, sin lugar a dudas, resultan imprescindibles para que los bienes públicos dispongan de un suficiente grado de protección y las restantes funciones a las que están afectos puedan seguirse desarrollando.

El planteamiento de la sentencia que se comenta no se plantea el elemento que resulta esencial cuando se analiza el régimen de ocupación de los bienes públicos para la instalación de infraestructuras de servicios en red: ni está ni puede estar liberalizado. Está y debe seguir estando sometido a un régimen de fuerte intervención administrativa precisamente porque es el sustrato físico para el desarrollo de actividades económicas y humanas de signo muy diferente. Y, por último, está y debe seguir estando sometido a un régimen específico para cada municipio porque diversas son las variables que juegan en cada uno de ellos que motiva que el sistema de intervención deba ser distinto, aunque, obviamente con la flexibilidad suficiente para que no se quede vacía de contenido la liberalización de los servicios de interés general. Por tanto, el litigio no se debía haber planteado sobre la Ley sino sobre actuaciones concretas que hubieran dificultado el acceso de los operadores a los bienes públicos para instalar sus infraestructuras.

Resulta factible que un observador pueda creer, después de una observación no meditada, que los servicios de telecomunicaciones –que, sin lugar a duda, tienen una vocación europea cuando no planetaria– tienen una escasa relación con las entidades locales y más en unos tiempos en los que se ha fomentado la privatización de servicios, su liberalización y se ha tendido a una desregulación exacerbada, dentro de la cual ocupa un papel relevante la legislación de telecomunicaciones. En mi opinión, se trata de un planteamiento que se fija sólo en el elemento de la liberalización del servicio, pero que está totalmente alejado de la realidad por la concurrencia de dos elementos que ponen a los municipios en primera línea en ciertos aspectos de la regulación de las telecomunicaciones porque afectan primordialmente a ámbitos de interés netamente local: a) de entrada, esta visión que late en la sentencia olvida el dato de que para que dichos servicios económicos se

puedan prestar, éstos necesitan disponer de un soporte físico que permita su instalación y funcionamiento, soporte que en la parte final de su despliegue, que es la que permite llevar la señal hasta los ciudadanos acostumbra a ser un bien público, tenga la naturaleza que tenga de acuerdo con el régimen de regulación de bienes de cada país y que en el caso de autos, Luxemburgo, es, además dominio público; b) en segundo lugar, el régimen de los bienes públicos, a diferencia de lo que ocurre con los servicios económicos, en modo alguno se encuentra privatizado o desregularizado, sino que por el contrario, continúan sujetos a una rigurosa intervención administrativa ejercida por el ente competente para su gestión, que en la mayoría de los casos es el Municipio, aunque pueden existir otras autoridades, como aparece claramente en este caso.

A ello hay que añadir un dato que, analizando el problema de la instalación de infraestructuras de telecomunicaciones desde la perspectiva comunitaria no resulta desdeñable: la regulación de los bienes públicos entra dentro de la competencia exclusiva de los Estados y, dentro de éstos, de las autoridades que sean competentes de gestionarlos⁷. Es este último dato el que hace que la regulación comunitaria sea necesariamente limitada, en la medida en que ha de reservar un ámbito de decisión para los Estados, que, obviamente, han de ejercitarlo de tal manera que se permita el objetivo previsto por la comunidad. En nuestro caso, ese núcleo de decisión nacional está constituido por la liberalización de los servicios de interés económico general, lo que para las telecomunicaciones supone libertad de prestación de servicios y libertad para el establecimiento de redes⁸.

Pero no sólo hay razones de índole jurídica sino que me parece que constituye el planteamiento más adecuado para conciliar los intereses generales preponderantes, los comunitarios, los estatales y los locales; esto es se trata de un problema de gestión pública. Proporcionar un papel preponderante a los Ayuntamientos me parece, más allá de los riesgos que se asumen y que no se pueden discutir, el mecanismo más adecuado para situar en el centro de poder relevante cada una de las fases de la prestación de los servicios

⁷ Recordemos que la Directiva 2002/21/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco), cuando plantea el régimen de acceso a los bienes señala que «debe velarse por que existan procedimientos oportunos, no discriminatorios y transparentes para el otorgamiento de derechos de instalación de recursos, con el fin de garantizar que se dan las condiciones para una competencia leal y efectiva. La presente directiva se entiende sin perjuicio de las disposiciones nacionales que regulan la expropiación o el uso de la propiedad, el ejercicio normal de los derechos de propiedad o la utilización normal del ámbito público, ni del principio de neutralidad con respecto a las disposiciones de los Estados miembros aplicables al régimen de la propiedad» (§ 22 de la Exposición de motivos, el subrayado es mío).

⁸ Sobre el proceso de liberalización de las telecomunicaciones, véase MUÑOZ MACHADO, S., *Servicio Público y Mercado*, Ed. Civitas, Madrid (1998), en especial, pgs. 83 y ss. relativo a la liberalización de las infraestructuras de telecomunicación y CARLÓN RUIZ, M., *Régimen Jurídico de las Telecomunicaciones. Una perspectiva convergente en el Estado de las autonomías*, Ed. La Ley, Madrid (2000), en particular pgs. 91 y ss.

de telecomunicaciones. Es un planteamiento que ya he realizado en otras ocasiones, lo que ha sido criticado por vincular el desarrollo de los servicios de telecomunicaciones a la Administración más limitada, sin duda por adoptar un planteamiento diferente sobre la regulación de estos servicios, incidiendo en la óptica de los servicios en detrimento de los bienes públicos afectados⁹.

Pero, más allá del planteamiento, claramente diferente por fijarse cada uno de nosotros en aspectos distintos del proceso, no se puede obviar cuando se abordan los problemas de la ordenación de las telecomunicaciones que los operadores de este sector económico están sometidos a las intensas reglamentaciones que gravitan sobre los distintos elementos de su actividad: nos encontramos en este momento en la misma situación que si el operador de telecomunicaciones planteara la posibilidad de estar exento de otros aspectos de la regulación, tales como la legislación fiscal, laboral, la de protección de la salud... y de ordenación de la utilización de los bienes del dominio público, que es lo que aquí interesa. Aquí el problema, en mi opinión, se ha de plantear más sobre el régimen para la ocupación de los bienes públicos que sobre la ordenación de la prestación del servicio, aunque, insisto, lógicamente el régimen de los bienes debe permitir la prestación de la actividad económica.

En efecto, en el momento en que se plantea la regulación de los usos de los bienes públicos municipales resulta indiferente cuál sea la finalidad que pretende desplegar el particular. Se ha de insertar dentro del régimen general de ocupación, para que el uso por parte de todos resulte factible. De este modo, los entes locales lo tutelan y condicionan con independencia de que sea para un servicio de telecomunicaciones o de suministro de agua o energía o para el aparcamiento de vehículos o de minería. Lo relevante, que no analiza adecuadamente la sentencia que se comenta, es que se trata de una ocupación de terrenos públicos y que, por consiguiente, la base de la regulación ha de ser municipal por ser de titularidad local las competencias de gestión de esos bienes. No debe tratarse ante una regulación excluyente, de tal manera que no se puede aplicar la legislación de telecomunicaciones obviando la de bienes públicos sino que hay que adaptar la que está más vinculada a la materia, regulación de bienes públicos, para que la que los principios vertebradores de la que se encuentra en un segundo plano, la de las actividades de telecomunicaciones, sea aplicable. Esto, por ejemplo, impediría que un operador de telecomunicaciones necesite recurrir al concurso para poder utilizar el demanio local pero no permite que el régimen de ocupación de los bienes públicos esté ajeno a los elementos básicos de

⁹ Véase, por ejemplo, la recensión que hace CARLÓN RUIZ a mi libro *Infraestructuras de telecomunicaciones y Corporaciones locales* y que está publicada en la *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 120 (octubre-diciembre 2003), pg. 703. Ella después de una coincidencia en el problema no cree que la solución parte por un papel activo por parte de los municipios. Concretamente, se afirma que «el reconocimiento del papel de las Administraciones locales en el desenvolvimiento de las telecomunicaciones no puede, probablemente, llevar tan lejos».

la ordenación municipal y que se olvide, en la tradición francesa del dominio público los principios de la indisponibilidad.

A ello hay que añadir un segundo elemento que coloca a las entidades locales en primera línea de la regulación: las competencias urbanísticas son básicamente de este tipo de entidades públicas y es en este ámbito material donde resulta conveniente insertar los actos necesarios para instalar las infraestructuras que sirven a la prestación de los servicios de telecomunicaciones¹⁰. Porque los usos del dominio público, incluido el subsuelo, no se contemplan nunca de forma aislada sino como integrantes de un conjunto superior, la ordenación del territorio, que se articula a través de los instrumentos urbanísticos de planeamiento. Lo que significa, en definitiva, que la Entidad local interviene en los elementos físicos de las actividades de telecomunicaciones desde el momento en que afectan al dominio público, sujetando las instalaciones a una doble pauta: por un lado la legislación (tanto de fondo como de forma) del dominio público local (que es parte del Ordenamiento jurídico de régimen local); y por otro, la legislación (tanto la de fondo como la de procedimiento) que regula los actos de ocupación del suelo y del subsuelo.

Y abordando el problema desde una perspectiva comunitaria, tal como se analiza en esta resolución, tampoco podemos olvidar que el urbanismo no entra dentro de la competencia de la Comunidad y por tanto las autoridades estatales lo que tienen que hacer es promover una regulación que permita el desarrollo de los principios de ordenación de la actividad económica; eso sí, manteniendo la esencia de la regulación general de los bienes públicos.

Vistas así las cosas, se limita considerablemente el espejismo neoliberal de la «libertad de las telecomunicaciones», que el Tribunal quiere aplicar a la ordenación de los bienes públicos afectos al funcionamiento de un servicio de interés económico general, y que ha entendido y aplicado en esta resolución como un vacío jurídico en el cual pueden moverse los operadores sin otro salvoconducto que la licencia general para la prestación del servicio, como quiere plantear la sentencia. Porque ésta es una autorización abstracta que sólo sirve para poner en marcha un proceso determinado que en su

¹⁰ En este punto, la STS 18.6.2001 (RJ 2001, 8744) es clara cuando afirma sobre la potestad de planeamiento en relación con las telecomunicaciones:

«Por consiguiente, los Ayuntamientos pueden, en el planeamiento urbanístico, establecer condiciones para las nuevas redes de telecomunicaciones, y contemplar exigencias y requisitos para realizar las correspondientes instalaciones en ordenanzas o reglamentos relativos a obras e instalaciones en la vía pública o de calas y canalizaciones o de instalaciones en edificios [art. 4.1 a)] de la Ley 7/1985, reguladora de las bases de régimen local y 5 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales, tendentes a preservar los intereses municipales en materia de seguridad en lugares públicos [art. 25.2 a)], ordenación del tráfico de vehículos y personas en vías urbanas [art. 25.2. b)], protección civil, prevención y extinción de incendios [artículo 25.2 c)], ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística [art. 25.2 d)], protección del medio ambiente [art. 25.2. f)], patrimonio histórico-artístico [artículo 25.2 e)] y protección de la salubridad pública [artículo 25.2 f)]».

día desembocará en unas prestaciones concretas. Nada tienen que decir los Ayuntamientos, ciertamente, mientras la autorización ministerial no pase de ser un mero acto administrativo. Ahora bien, en el momento en que quiera concretarse en una instalación precisa, en un tendido sobre (o bajo) los bienes públicos, entonces entra en juego el Derecho municipal (de igual forma que entrará en juego, por ejemplo, el Derecho laboral cuando el operador contrate a sus trabajadores). La licencia ministerial, en otras palabras, presta sustancia legal a una fase del procedimiento pero cuyo alcance en el procedimiento debe ser, necesariamente, más limitado de lo que hace ver la sentencia. Debe considerarse, por tanto, que el título administrativo para la prestación de la actividad económica sólo sirve –por así decirlo– de llave de entrada.

Estas consideraciones no deben entenderse como una llamada voluntarista a la participación de las entidades locales en este campo. Por el contrario, derivan de la consideración de múltiples ámbitos afectados por la actividad de telecomunicaciones, que en lo tocante a la instalación de los bienes afecta básicamente a los municipios, por ser un acto de ocupación el suelo, vuelo o subsuelo y porque en la mayor parte de los supuestos van a emplear bienes cuya competencia de gestión tienen encomendada los municipios¹¹. Con la agravante, además, de que los bienes públicos afectados por la instalación de infraestructuras de telecomunicaciones como un bien escaso, lo que hace que la cesión de los derechos de paso se ha de realizar siguiendo un régimen con fuerte intervención. No cabe, pues, una llamada a la desregulación, que parece implícita en la sentencia, sino que como ya señalé en otra ocasión lo más relevante está constituido por las condiciones de ejercicio del derecho «impuestas por el ente local en el acto administrativo de la autorización de uso individualizada al amparo de unas disposiciones generales previas que aseguren la igualdad de trato»¹²; todo lo cual no nos puede

¹¹ Tomemos la explicación que proporciona la STS 24.1.2000, que resuelve precisamente el recurso interpuesto por una compañía de telecomunicaciones contra la Ordenanza Municipal del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canarias sobre Calas y Canalizaciones de fecha 20 de marzo de 1991, por violación del derecho a la ocupación del dominio público. Concretamente la citada resolución indica:

«la regulación adecuada de la utilización del dominio público por parte de las empresas de servicios es una cuestión esencial dada la saturación y el desorden que puede producirse en las instalaciones subterráneas. No sólo ello, sino que la permanente apertura de zanjas en las calles afecta a intereses generales tan característicamente municipales como los relacionados con el tráfico y el urbanismo. En suma, no es posible negar a los Ayuntamientos competencia para regular las incidencias derivadas de las obras y actuaciones de las distintas compañías en sus respectivas instalaciones y que pueden representar, incluso, importantes costes para los proyectos municipales. Necesidad de regulación más evidente, incluso, si se considera el efecto multiplicador que en la incidencia ciudadana puede tener la liberación en la provisión de redes prevista en la normativa europea y en la nueva regulación interna. Normativa que, por cierto, reconoce la existencia de una relación directa entre las limitaciones medioambientales y de ordenación urbana, a las que, sin duda, puede y debe atender la regulación municipal, y los derechos de paso por los espacios públicos, incluido el subsuelo».

¹² GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. *Infraestructuras de telecomunicaciones y Corporaciones locales*, Ed. Aranzadi, Pamplona (2003), pg. 101.

conducir a esa aparente sencillez de la legislación y en el otorgamiento de los títulos habilitantes para la ocupación de los bienes públicos.

No puede bastar, en este sentido, una mera autorización general para todo el territorio nacional con el que se pueda acceder a los bienes públicos sino que resultará necesario un título específico con el que se permita el acceso a un bien concreto. Este sencillo planteamiento, es obviado en la resolución, dado que sanciona el incumplimiento luxemburgués, entre otras cosas porque «además, los titulares de una licencia para la explotación de una red de telecomunicaciones que pretendan utilizar las servidumbres de plazo que ésta incluya deben obtener autorizaciones de utilización de la vía pública de los organismos estatales y de todos los organismos municipales afectados, en función de la localización de las redes». Ésta es una de las razones por las que «el conjunto de los procedimientos administrativos dista mucho de ser transparente y que, por tanto, esta situación puede disuadir a los interesados de presentar solicitudes de servidumbres de paso».

III. DERECHO GENÉRICO A LA OCUPACIÓN DE LOS BIENES PÚBLICOS, DERECHO ESPECÍFICO PARA LA INSTALACIÓN DE UNA INFRAESTRUCTURA CONCRETA. LAS EXIGENCIAS DE CERTEZA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Como se ha señalado con anterioridad, la queja básica por la que se declara el incumplimiento luxemburgués deriva de la falta de certeza en el ordenamiento jurídico. La legislación del Gran Ducado es en este sentido clara y, en mi opinión suficiente: por un lado su art. 35.1 reconoce el derecho genérico a la utilización y, al mismo tiempo, exige la concreción de ese derecho en un título específico que supone la «aprobación previa del plano en el que se indican la localización y la naturaleza de la instalación por la autoridad que tenga competencia sobre el dominio público de que se trate». Obviamente, esto supone que hay que acudir a todos los organismos municipales afectados, en función de la localización de las infraestructuras.

Tal es, en mi opinión, el contenido del derecho comunitario en esta materia desde que se inició el procedimiento de liberalización de los servicios de telecomunicaciones y, por tanto, la respuesta del tribunal resulta poco justificada; sobre todo si lo que se pide, tal como señala el abogado general, es que no se dificulte el conocimiento de los datos necesarios de los datos para la realización de los planos para la petición –que en su opinión debieran estar publicados–. Además, se censura, por parte del Abogado General Geelhoed en sus conclusiones, el que haga falta un título administrativo expreso¹³ para que se pueda proceder a la ocupación de los bienes y que está

¹³ Posiblemente plantear un supuesto de esta naturaleza resulte contrario al mandato constitucional de la inalienabilidad del dominio público. Sobre un supuesto similar en Francia, véase VÉVE, E., «Commentaire de l'arrêt du Conseil d'État du 21 mars 2003 sur les droits de passage», en *Gazette des Communes*, 16.6.2003.

prohibido la construcción en un área de veinticinco metros a las autopistas, tal como contiene la legislación luxemburguesa.

Creo que el planteamiento de la sentencia no es adecuado. Es obvio que el alcance de la intervención municipal no permitirá establecer un marco regulatorio que impida por completo la instalación de este tipo de infraestructuras. Tal como ha venido señalando el ordenamiento comunitario, la titularidad municipal de los bienes del dominio público basta para legitimar la intervención de los Ayuntamientos en la ordenación espacial de las telecomunicaciones, cuyo ámbito directo de aplicación se encuentra en las llamadas autorizaciones de uso de parcelas concretas de tal dominio y que se manifiesta o bien en la denegación o bien en la imposición de restricciones y condiciones a su ejercicio. En todo caso, que se exija un acto expreso es una forma de protección de los bienes públicos frente a las ocupaciones indiscriminadas por parte de los operadores de telecomunicaciones.

La denegación es posible, desde luego pero en unos términos de forma y fondo que pueden considerarse excepcionales, habida cuenta que, en principio, no es lícito frustrar el derecho genérico a la ocupación del dominio público que ha conseguido el operador al obtener determinadas licencias individuales y que, además forman parte del contenido del derecho protegido por las libertades comunitarias y por la eliminación de los derechos exclusivos en el ámbito de las telecomunicaciones. *Sí resultará habitual que la autoridad competente proceda a la limitación del ejercicio del derecho a la ocupación y a la utilización.* A la Administración municipal corresponde, en efecto, ponderar los intereses eventualmente contrarios al derecho individual del operador que va a prestar un servicio de interés general y los intereses que se apoyan en la integridad del dominio público.

Todo lo cual no es extraordinario sino que, por el contrario, es lo que resulta habitual para la ordenación racional de las actividades económicas. Más aún, en el propio ordenamiento comunitario de las telecomunicaciones se proporciona su propia cobertura jurídica a ciertas medidas que no se deben entender como de carácter restrictivo sino que contribuyen a la ordenación de los bienes públicos, partiendo de que existen otras necesidades de interés general que deben ser protegidas y que, como se ha señalado con anterioridad, caen dentro del ámbito de actuación de los Estados.

Desde luego, hay una parte de la regulación que entra dentro de la regulación comunitaria: así no podemos obviar el hecho de que el ordenamiento comunitario es muy contundente a la hora de establecer una prohibición de establecer discriminaciones entre los distintos operadores a la hora de la concesión de los derechos de paso o, lo que es lo mismo, a otorgarlos de acuerdo a procedimientos abiertos, competitivos y no discriminatorios. A este objetivo sirve el que el que cada municipio publique las normas adecuadas, a través de los procedimientos que haya para dar publicidad a las normas, aunque la obligación de publicidad no afecta a todos los elementos de la regulación sino a los que son de alcance general. Es su responsabilidad y no puede imponerse al Estado el hacerlo.

Pero, pasando al punto de las posibilidades de ordenación, conviene recordar que, como se ha citado con anterioridad, en la Directiva 96/19/CE, de la Comisión, por la que se modifica la Directiva 90/388/CEE en lo relativo a la instauración de la plena competencia en los mercados de telecomunicaciones, que estipula la supresión de derechos exclusivos y especiales respecto a la telefonía vocal y a la creación de redes públicas de telecomunicaciones a partir del 1-1-1998, señala en su art. 4 quinquies que los

«Estados miembros no discriminarán entre suministradores de redes públicas de telecomunicaciones por lo que se refiere a la concesión de servidumbres de paso a suministro de dichas redes. Cuando la concesión de nuevas servidumbres de paso a empresas que deseen suministrar redes públicas de telecomunicaciones no resulte posible como consecuencia de las exigencias esenciales aplicables, los Estados miembros deberán garantizar el acceso, en condiciones razonables, a las instalaciones existentes en virtud de servidumbre de paso vigente y que no puedan duplicarse».

La posibilidad de restricción del ejercicio, inicialmente libre, de este derecho de los titulares de ciertos de los servicios de telecomunicaciones es una idea recurrente en el Derecho europeo que se repite en diversas directivas. El concepto técnico que a tal propósito se utiliza es el de los llamados «requisitos esenciales capaces por sí mismos de privar (sic) a un operador de alternativas de viales» (art. 11 de la Directiva 97/33/CE). Y si no llegan a privar en términos absolutos pueden, desde luego, «restringir» el acceso o la utilización de redes públicas de telefonía. El secreto estará entonces en determinar cuáles son esos requisitos esenciales, que, entre otros, son los urbanísticos y medioambientales.

Pero nótese bien que este esquema del derecho comunitario sólo se puede materializar a través de la separación entre el derecho genérico a la utilización de los bienes que se concreta en un derecho específico que con un título habilitante otorga la corporación local y que, para que sea real y efectivo, tienen que existir ciertas limitaciones en cuanto a la publicación de los actos, algo que es de sentido común pero que también afecta a las propias condiciones del mercado, por cuya vigilancia tienen que cuidar todas las autoridades públicas, incluso las comunitarias.

Pensemos en un supuesto de compartición de infraestructuras, tremendamente usual y que plantea problemas de toda índole desde los que afectan al derecho de la competencia a los de ocupación de bienes públicos a los más privados derivados de la comunidad de bienes que se forma. La compartición es la figura propia del derecho de las telecomunicaciones en la que se obliga a que todos los prestadores de servicios compartan obra civil o las propias instalaciones de telecomunicaciones para el servicio, lo que se utiliza como mecanismo para racionalizar el proceso de ubicación de instalaciones teniendo en cuenta que han de colocarse en un recurso escaso y de utilización múltiple como son los bienes públicos. Uno de los aspectos de su regulación son las condiciones económicas para la compartición que pueden ser adoptadas por los operadores o impuestas por las agencias regu-

ladoras. ¿Entra dentro de lo lógico que todo esto sea de público conocimiento a través de su publicación? De acuerdo con la sentencia es necesario, dado que si no se perjudica la entrada en el mercado. En mi opinión, entra dentro de la lógica que todos estos datos sobre las condiciones económicas no estén publicados.

O pensemos en el cumplimiento de todas las obligaciones urbanísticas. ¿Se puede siquiera pensar que no es necesario ese título habilitante cuando lo que se trata es de verificar que se está construyendo de acuerdo con la legislación? ¿Sería eficaz para el conjunto de la ciudadanía, teniendo en cuenta todos los intereses en presencia, que no sea imprescindible este título habilitante? Actuar de otro modo, supone primar en exceso la prestación del servicio y olvidar todos los restantes elementos que están presentes en un acto de ocupación del suelo o del subsuelo como es la instalación de infraestructuras de telecomunicaciones. Extendiendo este planteamiento de la sentencia *Comisión c. Luxemburgo*, toda la intervención administrativa en aras del interés general resulta superflua.

IV. POSIBILIDADES DE INTERVENCIÓN EN EL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES COMO CONSECUENCIA DE LA OCUPACIÓN DE LOS BIENES PÚBLICOS

Los ejemplos que se han puesto con anterioridad nos sitúan en el verdadero problema que plantea esta resolución, que afectan a las competencias que puedan tener los municipios para regular la instalación de sus infraestructuras. Recojo el §39 de la resolución para contextualizar las consideraciones ulteriores.

«En cuanto a los procedimientos de concesión de las servidumbres de paso, el uso de los bienes de dominio público del Estado y de los municipios, según el artículo 35, apartado 1, de la Ley de Telecomunicaciones, está supeditado a la aprobación previa del plano en el que se indican la localización y la naturaleza de la instalación por la autoridad que tenga competencia sobre el bien de dominio público de que se trate. Además, los titulares de una licencia para la explotación de una red de telecomunicaciones que pretendan utilizar las servidumbres de paso que ésta incluya deben obtener autorizaciones de utilización de la vía pública de los organismos estatales y de todos los organismos municipales afectados, en función de la localización de las redes. El Gobierno luxemburgués no sostiene que haya adoptado ni publicado disposiciones de ejecución a este respecto. Aun cuando procedimientos seguidos por los distintos organismos competentes pueden obtenerse a petición de los interesados o, en algunos casos, a través de Internet, no es menos cierto que el conjunto de los procedimientos administrativos dista mucho de ser transparente y que, por lo tanto, esta situación puede disuadir a los interesados de presentar solicitudes de servidumbres de paso».

Por supuesto, en el análisis de qué se puede hacer y de lo que resulta vedado a las autoridades municipales hay que tener presente que el principio de

partida que está en las directivas y que recuerda la sentencia de que los textos comunitarios «tratan de garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de servidumbre de paso con la finalidad de liberalizar el suministro de infraestructuras de telecomunicaciones. Una adaptación efectiva del Derecho interno a dicha disposición supone que se haya designado claramente la autoridad competente para la concesión de tales derechos y que se establezcan procedimientos administrativos transparentes para el ejercicio de éstos» (§ 36 de la sentencia).

De entrada, yo tengo mis dudas de que el único principio contenido en las directivas sea este de garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de servidumbre de paso. Al contrario, todas las directivas comunitarias en esta materia fueron extraordinariamente garantistas del interés general: de entrada configuraron un procedimiento de restricción de derechos que tiene su funcionalidad en el propio derecho de las telecomunicaciones, como es el de la compartición de infraestructuras, al que ya se ha hecho referencia. Pero más importante fue el llamamiento a las medidas que se pudieran imponer por las autoridades locales y que tuvieran carácter urbanístico, medioambiental o de protección de la salud como criterios que se podrían incluir para condicionar el ejercicio del derecho a la ocupación de los bienes públicos.

Resalto la importancia que tiene el llamamiento a la normativa urbanística porque a través suyo entran en la regulación de las infraestructuras de telecomunicaciones todos los objetivos que se pretendan conseguir en aquélla, de la que componen un elemento de gran importancia dado que afecta a multitud de actividades públicas y privadas. Fruto de esta trascendencia que tiene la ordenación urbanística de las telecomunicaciones, el abanico de posibilidades urbanísticas y medioambientales que están a disposición de las autoridades locales cuando hayan de otorgar un título habilitante en materia de instalaciones de telecomunicaciones son múltiples y a título de ejemplo se podrían citar los siguientes:

- i) El procedimiento administrativo para la ocupación de los bienes públicos, que no está concretado en la regulación comunitaria y que entra dentro del ámbito de competencias municipal;
- ii) Los aspectos de carácter técnico de estas instalaciones, esto es las circunstancias de las calas, zanjas y canalizaciones, calidades de las obras, condiciones de su ejecución;
- iii) La obligación de compartir las infraestructuras de telecomunicaciones y las obras civiles anejas a ellas;
- iv) La determinación de que todas las instalaciones que técnicamente lo permitan se ubiquen por debajo de la tierra;
- v) La obligación de que los operadores de telecomunicaciones empleen las galerías subterráneas de servicios, como instrumento básico para atemperar el efecto urbanístico, medioambiental, los daños a otros operadores y,

en fin, la convivencia ciudadana provocados por la instalación de estas infraestructuras de telecomunicaciones;

vi) El sometimiento a un programa de canalizaciones completado con la coordinación de las actuaciones privadas; así como un plan de actuación que permita determinar y conseguir los niveles de cantidad, calidad y seguridad establecidos en las disposiciones generales;

vii) El establecimiento de medidas de protección del pavimento, dentro de las cuales la más común consistirá en la prohibición de realizar canalizaciones y calas dentro de los dos años siguientes a la recepción provisional de obra nueva de pavimentación de calzadas y aceras;

viii) Medidas indirectas para la protección de la legalidad urbanística, una prohibición de conceder señalamiento de obra nueva si la entidad peticionaria se hallare fuera de plazo en la realización de otras obras o hubiera incurrido en su ejercicio en alguna anomalía que aún permanezca sin subsanar por parte del operador;

ix) Como medida de carácter medioambiental de protección frente a los ruidos, la imposición en Ordenanza del tipo de maquinaria a emplear, los turnos y el horario de trabajo;

x) Las condiciones y supuestos en que se puede proceder a la modificación del trazado de las instalaciones, lo que normalmente es una condición para el otorgamiento del título, vinculado a su modificación, traslado o supresión de acuerdo con los planes y proyectos municipales.

xi) La adecuación de las instalaciones anteriores a los nuevos requisitos impuestos por la normativa urbanística y, en general, la adaptación a la mejor tecnología.

xii) La ubicación de las antenas y demás instrumentos que sirven para la prestación de servicios de telecomunicaciones que utilizan el espectro radioeléctrico.

Todas estas medidas, y algunas otras que se podrían citar están incluidas dentro de lo que el urbanismo y la protección del medio ambiente permiten para la satisfacción de las restantes necesidades de interés general que aparecen cuando se quiere plantear una operación de instalación de infraestructuras de telecomunicaciones. Lo que resulta más sorprendente de la sentencia *Comisión c. Luxemburgo* que se comenta es que en ningún momento se incluya la posibilidad de que los municipios recojan estas medidas y que se limite al aspecto formal de que hay que lograr la efectividad de la directiva, interpretándola, además de forma selectiva.

V. LA DETERMINACIÓN DE LAS AUTORIDADES COMPETENTES: UN PROBLEMA ESPECÍFICO DEL DERECHO LUXEMBURGUÉS

Posiblemente resulte más justificado que se pueda señalar que hay un in-

JULIO V. GONZÁLEZ GARCÍA

cumplimiento porque no se conoce quién es el titular de la competencia de otorgamiento de las autorizaciones. En todo caso, no deja de resultar paradójica la respuesta que plantea Luxemburgo cuando la comisión le plantea las objeciones que ha señalado el operador de telecomunicaciones del que parte todo el procedimiento.

No obstante, éste es más un problema o bien de la distribución de competencias entre los entes públicos o bien de la propia configuración de las potestades administrativas que tienen los gestores de ciertos servicios que funcionan con cierta autonomía, como los casos que se citan en la resolución. No me parece, en este sentido, un criterio determinante para censurar la legislación luxemburguesa de derecho de telecomunicaciones que lo único que hace es afrontar un problema genérico por el que se determina que el gestor del bien público será el que disponga de las competencias para el otorgamiento de los títulos habilitantes para la instalación de las infraestructuras en ese dominio público.

VI. LA PUBLICIDAD NECESARIA DE LOS REQUISITOS DE ACCESO A LA NORMATIVA DE INSTALACIÓN DE INFRAESTRUCTURAS DE TELECOMUNICACIONES

La resolución es persistente a la hora de exigir que las autoridades reguladoras nacionales publiquen las disposiciones que van a regir el establecimiento de las instalaciones de telecomunicaciones. Es una medida profiláctica que cumple la finalidad de proteger el mercado interior, evitando tratamientos discriminatorios entre los operadores de telecomunicaciones. Esta obligación de publicación de las normas, por otra parte, constituye una constante en la regulación comunitaria de las telecomunicaciones y que llega a la aprobada en el paquete regulatorio del año 2002, idea que es transpuesta con especial empeño en nuestra Ley General de Telecomunicaciones de 2003.

Ahora bien, una cosa es que haya que publicar las disposiciones reguladoras, incluyendo criterios de otorgamiento de los títulos habilitantes, procedimientos para su petición y concesión y posibles condiciones y modos que se pueden imponer y otra bien diferente que todos los elementos de la regulación, empezando por el propio diseño físico haya de estar publicado. El Abogado General Geelhoed es en este sentido persistente en el sentido de que el tener que recurrir a los administradores públicos constituye «un obstáculo potencial, con el que puede chocar el tendido de las redes que necesita el titular de la licencia» y que esto «dificultaría la realización de los fines perseguidos por la Directiva, a saber, un mercado en el que los titulares de las licencias también podrían competir con sus redes».

De entrada, es llamativa la desconfianza que hay sobre las entidades públicas en el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la Comunidad de fomentar la competencia entre redes. Hay otros mecanismos para que sea conocido por parte de los operadores y creo que no atenta contra el mer-

cado interior el que se imponga la carga de acudir al municipio en el que se van a instalar las infraestructuras. Nótese que las conclusiones del Abogado General e, indirectamente, la sentencia, cuestionan que sea admisible que los croquis no sean de público conocimiento como todas las restantes normas jurídicas. Simplemente es un problema de eficacia en la gestión pública. Piénsese lo que podría ocurrir si Madrid hubiera de publicar un croquis de sus espacios subterráneos para que los operadores lo pudieran conocer sin necesidad de acudir a las sedes municipales, algo que, por otra parte, no parece una carga con trascendencia suficiente para considerarse un ataque al mercado interior comunitario, como se ha señalado en las conclusiones del abogado general Geelhoed y, con posterioridad, se recogen en la propia resolución.

VII. LAS DIRECTIVAS DE TELECOMUNICACIONES APROBADAS EN 2002 Y LA INSTALACIÓN DE INFRAESTRUCTURAS DE TELECOMUNICACIONES

Más allá de lo que dispusieran las directivas en el momento de plantearse el litigio, hubiera resultado más coherente para el TJCE adaptar la solución del litigio a las Directivas que se promulgaron en el año 2002 y que configuran el régimen actual de instalación de infraestructuras de telecomunicaciones, que proporciona un régimen que intenta armonizar las potestades de ordenación de los gestores de los bienes con los derechos de los operadores. Conveniencia que deriva no sólo de que el ordenamiento no es demasiado diferente, sino también porque pudiera dar la impresión de que aquellas legislaciones que recogen la dualidad entre título genérico para el desarrollo de la actividad y el título específico para la ocupación de los bienes públicos debieran ser modificadas. Es una idea que ni está en la legislación derogada de 1990-1996, y que es el aplicable a este litigio, ni aparece en las nuevas directivas que fueron promulgadas a lo largo del año 2002.

Debe resaltarse claramente que el régimen que está actualmente en vigor no confiere un derecho automático a la ocupación de los bienes, en buena medida porque es imposible otorgarlo teniendo en cuenta las consideraciones de naturaleza no económica que pesan sobre los bienes públicos y a los que se ha hecho referencia con anterioridad. Al contrario, el nuevo paquete regulatorio en lo referente a la ocupación de los bienes públicos, otorga a los operadores autorizados el derecho a que «se les considere su solicitud de derechos necesarios para instalar recursos» (art. 4 Directiva autorización). Se trata de planteamiento que inicialmente resulta mucho más modesto que el que estaba vigente con anterioridad y que aparenta abrir la posibilidad a una amplia discrecionalidad administrativa. No obstante, en aras de intentar avanzar en la configuración realmente competitiva del sector económico, que sigue teniendo múltiples carencias como muestran los indicadores de las agencias reguladoras, se rompe esta idea inmediatamente cuando se aprecia, que los procedimientos deberán ser «transparentes y

accesibles al público, aplicados sin discriminaciones y sin demora» (art. 11 Directiva marco)¹⁴.

De forma similar, las directivas no entran sobre cómo se ha de otorgar el reconocimiento del derecho, dado que el régimen de ocupación de los bienes, ya sean públicos o privados entra dentro de la competencia de los Estados y, por tanto, las Directivas lo dejan a la decisión de las autoridades nacionales. La Exposición de motivos es clara en este sentido cuando afirma que la Directiva marco «se entiende sin perjuicio de las disposiciones nacionales que regulan la expropiación o el uso de la propiedad, el ejercicio normal de los derechos de propiedad o la utilización normal del ámbito público, ni del principio de neutralidad con respecto a las disposiciones de los Estados miembros aplicables al derecho de propiedad» (§ 22). No obstante, sí parece posible que se pueden establecer regímenes diferentes entre operadores económicos dependiendo de que los operadores «suministren redes públicas de comunicaciones o no» (art. 11.2).

Las limitaciones al derecho absoluto a la ocupación de los bienes públicos deriva de otras medidas indirectas que antes no estaban previstas en el ordenamiento. El primer párrafo del art. 12 de la Directiva marco recoge, de este modo, la incentivación a la compartición por parte de las autoridades públicas de los recursos o propiedades que se utilicen para el ejercicio del derecho a la ocupación en el momento de instalar las infraestructuras de telecomunicaciones. Ésta es una idea que se debe conectar con el denominado uso eficiente de las infraestructuras que se constituye en misión de las autoridades regulatorias lo que obligaría a que, en condiciones normales, se propusiera en cada caso de instalación de infraestructuras siempre que, claro es, no se haya decidido por las autoridades competentes la obligatoriedad del uso compartido en todo el término municipal; algo que es la tendencia general. Acaso resultara conveniente una acción de fomento por parte de los entes públicos consistente en la instalación de galerías de servicios para que el impacto urbanístico de las operaciones de ubicación de infraestructuras quede más atemperado.

De forma paralela, el segundo párrafo del art. 12 de la Directiva marco recoge al lado de esta compartición voluntaria la obligatoria de infraestructuras de telecomunicaciones, impuesta por las autoridades públicas en atención a los motivos la necesidad de proteger el medio ambiente, la salud pública o la seguridad pública, o de alcanzar objetivos de ordenación urbana y territorial. Utilizando estos motivos de carácter no económico, las posibilidades de los entes públicos son múltiples, en la medida en que todos los objetivos de interés general que se puedan perseguir a través del planea-

¹⁴ Posiblemente, la solución podría haber venido por otro lado, nacionalizando las infraestructuras existentes para que no se produzcan las transferencias de capital a los antiguos operadores monopolísticos que están dificultando el paso a un régimen totalmente competitivo. Otra solución, que está funcionando con éxito en Estocolmo, es la creación de una segunda infraestructura de telecomunicaciones que se cede a precio de coste a los operadores que no son el antiguo operador monopolístico.

miento urbanístico o medioambiental resultan suficientes para poder imponer la compartición de las infraestructuras. Obviamente, el único límite que nos encontramos es el de la proporcionalidad de la medida¹⁵.

Por tanto, ya sea a través de la compartición voluntaria, ya a través de la obligatoria, parece claro que existe una voluntad inequívoca de que se progrese en esta línea por el efecto beneficioso que tiene para el interés general. El considerando 23 de la Directiva marco es claro en este sentido cuando se afirma que:

«el uso compartido de recursos puede resultar beneficioso por motivos de ordenación territorial, de salud pública o medioambientales y las autoridades nacionales de reglamentación deben fomentarlo sobre la base de acuerdos voluntarios. Cuando las empresas no dispongan de alternativas viables, puede resultar adecuado imponer la obligación de compartir recursos o propiedades. Ello incluye, entre otras cosas, la coubicación física y el uso compartido de conductos, edificios, repetidores, antenas o sistemas de antenas. La obligación de compartir recursos o propiedades sólo debe imponerse a las empresas tras un procedimiento completo de consulta pública».

El tercer contenido del art. 11 de la Directiva que resulta relevante a los fines de este comentario es la posibilidad de imponer medidas de coordinación de obras públicas para mitigar el alcance de las obras públicas; lo que básicamente se manifestará en dos cosas: desde un punto de vista positivo en la coordinación efectiva de la realización de las obras, y desde la vertiente negativa, a la imposibilidad de nuevas aperturas de zanjas en las calles durante un período de tiempo posterior al de la finalización de unas obras, y que en la práctica suele oscilar entre dos y cuatro años. Su ubicación no parece la correcta dado que es una medida que se podría imponer con independencia de que la compartición sea obligatoria o voluntaria, y parece que dicho precepto sólo la contempla para la compartición obligatoria o por lo menos no se entiende como medida que se puede prever para los casos en los que las empresas no tengan acceso a alternativas viables para la ocupación de los bienes.

¹⁵ Sobre la proporcionalidad, véase el excelente libro de SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D., «El control de proporcionalidad de la actividad administrativa», Ed. Tirant lo Blanch, Valencia (2004).