

TELECOMUNICACIONES Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LA LEY GENERAL DE TELECOMUNICACIONES (*)

Tomás de la Quadra-Salcedo

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LIBERALIZACIÓN, PRIVATIZACIÓN Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS. 1. El carácter de la eventual iniciativa económica de las Comunidades Autónomas y sus problemas. 2. Libre iniciativa pública y sus concretos objetivos. 3. La iniciativa pública en la actividad de las telecomunicaciones y sus limitaciones. 4. Otras modalidades de presencia de las Comunidades Autónomas en la actividad de Telecomunicaciones. III. EL DESLINDE DE TÍTULOS COMPETENCIALES ENTRE ESTADO Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS DESPUÉS DE LA LGTT. IV. TERRITORIO, TELECOMUNICACIONES, Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS.

I. INTRODUCCIÓN

La perspectiva tradicional con la que ha sido abordada la cuestión de las competencias en materia de telecomunicaciones resulta en buena medida superada por la introducción de un escenario de liberalización que altera algunos de los presupuestos desde los que se venía razonando a tal efecto. Las dificultades del deslinde competencial entre Estado y Comunidades Autónomas respecto del título telecomunicaciones comprendido en el artículo 149.1.21 y el título de normas sobre el régimen de prensa radio y televisión del artículo 149.1.27 se pusieron de manifiesto, entre otros casos, con ocasión del trámite parlamentario que condujo

* Este trabajo ha sido realizado en el marco de un proyecto de investigación financiado por la DGESYC (PB 97-0083).

en diciembre 1995 a la aprobación de la Ley de telecomunicaciones por cable¹. En dicha Ley se encontró la solución de entender que en algunos aspectos, aparentemente más ligados al título telecomunicaciones - como podía ser el de la aprobación de las demarcaciones o la adjudicación de los concursos- debía existir una participación de las Comunidades Autónomas, aparte de las previsiones en relación con las Corporaciones Locales.

Esas dificultades siguen, en buena medida, subsistentes, pese a que la Ley General de Telecomunicaciones de 24 de abril de 1998 (LGTT) ha prescindido de regular el régimen básico de radio y televisión para el que continúan en vigor las disposiciones vigentes sobre la materia, dictadas al amparo del artículo 149.1.27 de la Constitución. Ello significa que la nueva Ley no aporta en este sentido nada a la solución del deslinde de los títulos competenciales implicados. Si acaso alguna dificultad adicional en la medida en que, en la disposición derogatoria, se deroga la Ley 42/95 de 22 de diciembre de telecomunicaciones por cable "a excepción de lo dispuesto para el régimen del servicio de difusión de televisión". No resulta fácil saber exactamente qué preceptos pueden quedar comprendidos en esa excepción, pues la derogatoria a que nos referimos indica a título de ejemplo - "en especial" dice la derogatoria - algunos artículos de la Ley de telecomunicaciones por cable que mantienen su vigencia.

La segunda cuestión que suscita la nueva LGTT en relación con el deslinde competencial entre Estado y Comunidades Autónomas puede parecer paradójica, y tal vez contradictoria, con la idea de reserva exclusiva al Estado de la competencia en materia de telecomunicaciones. En efecto, la operación liberalizadora consiste,

¹ Sobre dicha Ley pueden verse los comentarios de Fernández Farreres, German "El paisaje televisivo en España" Aranzadi 1997 pág 112 y ss ; Muñoz Machado, Santiago "Servicio público y Mercado." 4 tomos. "La televisión" Tomo III.Civitas 1998, también Ariño Ortiz, Gaspar, De la Cuetara, JM y Aguilera, Lucía "Las telecomunicaciones por cable" MP y UAM, 1996.También mi artículo "La Ley del Cable y la televisión local" en Anuario del Gobierno Local pag 59 y ss.

en definitiva, en permitir un mayor juego al mercado y a la competencia, quedando las competencias estatales reducidas a funciones de regulación - por otra parte de la máxima importancia - de la actividad de los particulares como corresponde a un sector en proceso de liberalización².

Pero simultáneamente a esa dinámica liberalizadora, se produce también una privatización de las empresas en las que el Estado tenía participaciones mayoritarias. Pues, a partir de ese momento, el Estado renuncia a promover empresas que compitan en el ámbito de la liberalización abierta, pero, por otra parte, no impide que los Entes públicos, y entre ellos, los dependientes de las Comunidades Autónomas, puedan estar presentes en el mercado de las telecomunicaciones; eso sí, en régimen de competencia. De esta forma la competencia exclusiva del Estado, que había llevado a un régimen de monopolio concedido a una empresa de titularidad estatal- TELEFÓNICA-, desemboca en un régimen de liberalización que no impide que el Estado, las Comunidades Autónomas e incluso las Corporaciones Locales puedan participar en empresas de telecomunicaciones, con tal de que no ostenten derechos especiales o exclusivos y estén dispuestas a competir en el mercado. A esa opción, sin embargo, ha renunciado explícitamente el Estado al vender su participación en Telefónica³. Aún más, a tenor de la nueva Ley es posible también que las Comunidades

² Ver Muñoz Machado, Santiago "Servicio público y Mercado." 4 tomos. Civitas. Tomo I sobre la transformación del papel de las Administraciones públicas en el proceso de liberalización; también sobre lo mismo mi libro "Liberalización de las Telecomunicaciones, servicio público y Constitución económica europea" CEC 1994

³ Por Real Decreto 8/97 de 10 de enero quedaron sometidas al régimen de autorización administrativa previa TELEFÓNICA y TELEFONICA SERVICIOS MOVILES S.A, al amparo de las previsiones de la Ley 5/95 de 23 de marzo sobre régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas. Sobre un panorama general de los problemas de la enajenación de participaciones sometidas a dicho régimen puede verse Serna Bilbao, Nieves "La enajenación de participaciones públicas en empresas que realizan actividades de interés público. Su regulación por la Ley 5/1995 de 23 de marzo" RAP 143, págs 435 y ss; también de la misma autora y sobre la cuestión general de la privatización "La privatización en España" Aranzadi 1995 págs 191 y ss

Autónomas puedan asumir funciones de servicio público, fundadas entre otras razones en las de cohesión territorial, si lo estiman oportuno

Así, pues, la dinámica liberalizadora y privatizadora, en la medida en que pone a disposición de todos la posibilidad de intervenir en el nuevo mercado, también abre la posibilidad de que las Comunidades Autónomas lo hagan.

Finalmente se abre también un campo de intervención a las Comunidades Autónomas en relación con la dinámica expropiatoria. En este aspecto el artículo 46 de la LGTT prevé el necesario informe de las Comunidades Autónomas respecto a la aprobación de proyectos técnicos, que impliquen la declaración de utilidad pública de la expropiación. Pero esa expropiación, en un escenario de liberalización, no pretende ya satisfacer la necesidad de comunicar a unas personas con otras, sino que persigue también el establecimiento de competencia en infraestructuras, como si tal competencia fuese, en si misma el interés público a satisfacer con la expropiación. Ello suscita la cuestión de si un interés público, que no se corresponde estrictamente con la necesidad de un servicio, sino con la necesidad de que se preste en competencia, puede justificar una expropiación. Y si bien nadie puede dudar de la conveniencia de tal competencia entre operadores, los propietarios despojados, o amenazados con serlo, pueden estimar la improcedencia de que la misma se haga a costa de su derecho de propiedad, mientras no se acredite que es estrictamente indispensable con el alcance previsto en el artículo 33 de la Constitución. Es probablemente en esta perspectiva en la que las Comunidades Autónomas, competentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo, tienen algo que decir respecto de los proyectos técnicos de cuya aprobación se sigue el acuerdo de necesidad de ocupación y la declaración de utilidad pública. Establecidas, pues, las perspectivas desde las que ha de basarse la reflexión de las líneas que siguen, empezaremos por las relativas a los efectos de la liberalización y privatización (II) para seguir por las cuestiones del deslinde competencial y sus efectos sobre las regulaciones anteriores (III) y concluir con lo

relativo a la incidencia de las telecomunicaciones sobre el territorio (IV).

II. LIBERALIZACIÓN, PRIVATIZACIÓN Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS.

El núcleo central de la operación liberalizadora consiste básicamente en lo que enfáticamente proclama el artículo 2 de la LGTT:

"Las telecomunicaciones son servicios de interés general que se prestan en régimen de competencia. Sólo tienen la consideración de servicio público o están sometidos a obligaciones de servicio público los servicios regulados en el artículo 5 y el título tercero de esta Ley".

No puede negarse la filiación comunitaria del concepto de servicios de interés general, a pesar de que se haya suprimido en la locución el término "económico". No obstante, falta por determinar cuál es la naturaleza y el régimen jurídico de unos servicios cuya denominación como de interés general no permite con facilidad deducir cuáles son las consecuencias que se anudan a esa calificación⁴. En todo caso, parece que el legislador ha querido enfatizar con esa expresión el giro que se produce desde la idea de servicio público prestado sobre la base de derechos exclusivos, y por tanto en régimen de monopolio, hacia la idea de un servicio que se desarrolla en competencia.

Para subrayar más la diferencia se ha sentido obligado a señalar, inmediatamente, que sólo tienen la consideración de servicio público determinados

⁴ Sobre la cuestión de los servicios de interés general ver Parejo Alfonso, Luciano "Manual de Derecho Administrativo" VVAA, ARIEL 1998. 5ª Ed, págs 502 y ss. También Chinchilla Marín, Carmen "Servicio público: ¿Crisis o renovación?" Cuadernos de Derecho Judicial. Ed. CGPJ. 1996 XXVIII; así como mi artículo Servicios públicos versus servicios de interés económico general tras el tratado de Amsterdam". Aranzadi junio 1998

servicios regulados en artículos o Títulos muy concretos y determinados de la Ley. Todo lo demás no son ya servicios públicos sino actividades liberalizadas; con ello sabemos bastante acerca del nuevo régimen de tales actividades, en la medida en que se contraponen al régimen de servicio público, pero sabemos demasiado poco, si pretendemos hacer una construcción en positivo - y no simplemente desmarcarnos del servicio público -, del nuevo régimen de tales actividades.

Probablemente el legislador, en su afán de desmarcarse del servicio público y de limitar el alcance de éste a preceptos concretos y determinados, ha pasado por alto que la consideración de servicio público puede ir más allá de la contenida en el artículo 5º y en el Título III de la Ley.

Para empezar, el artículo 7. 3 de la LGTT abre la posibilidad, sin necesidad de título habilitante, a las Administraciones públicas, y entre ellas a las Comunidades Autónomas, de explotar redes de telecomunicación en régimen de autoprestación; ciertamente esa posibilidad estaba ya abierta a las Comunidades Autónomas en la Ley de Ordenación de las telecomunicaciones de 1987. La peculiaridad radica ahora, en que en el párrafo segundo del artículo 6.3 de la LGTT se posibilita que las Comunidades Autónomas o las demás Administraciones Públicas, puedan abrir sus redes de telecomunicación al público - por tanto más allá de la autoprestación- para su explotación en el mercado, en cuyo caso precisarán del correspondiente título habilitante sin perjuicio de que esa actividad deba realizarse en régimen de competencia.

Esta es una posibilidad que antes no estaba permitida a las Comunidades Autónomas. La titularidad de la competencia exclusiva de Estado en materia de telecomunicaciones, comportaba la licitud de la reserva exclusiva al Estado de la actividad y, por tanto, su concesión en régimen de exclusiva a una empresa como TELEFÓNICA. Las Comunidades Autónomas no podían desarrollar esa actividad salvo en régimen de autoprestación. A partir de la LGTT se reconoce la licitud de la iniciativa pública de las Comunidades Autónomas en la actividad económica en

el sector de las telecomunicaciones; licitud que antes sólo correspondía al Estado al amparo del artículo 128 de la Constitución y del artículo 149.21 de la misma norma fundamental⁵.

1. El carácter de la eventual iniciativa económica de las Comunidades Autónomas y sus problemas.

La cuestión que puede suscitarse es la del concepto en que las demás Administraciones públicas, y singularmente las Comunidades Autónomas, pueden intervenir en una actividad liberalizada en régimen de competencia. Ese ejercicio de la libre iniciativa económica, que con anterioridad estaba sustraído a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas por tratarse de una actividad que el Estado, como titular de la competencia, había decidido, al amparo del artículo 128 - aunque el origen de la reserva es anterior a la Constitución de 1978-, reservarse, puede ahora desarrollarse por aquellas desde el momento en que se suprime la reserva exclusiva estatal. Debe notarse que la intervención eventual de las Comunidades Autónomas en una actividad liberalizada no precisa, en principio, de ninguna justificación dados los términos del artículo 128 de la Constitución. No obstante la razón de ser de cualquier decisión de las Administraciones públicas ha de fundarse en el servicio con objetividad a los intereses generales. Debe existir

⁵ vid sobre ello . Ariño Ortiz, Gaspar "La empresa pública" en "El modelo económico en la Constitución española" dirigido por Garrido Falla, Fernando, IEE, Tomo II págs 38 y ss; Alonso Ureba, Alberto "La empresa Pública. Aspectos juridico-constitucionales y de Derecho económico" Ed. Montecorvo 1985.; también Malaret, Elisenda i Garcia "Servicios Públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto" RAP 145 págs 49 y ss y Martin Rebollo, Luis "De nuevo sobre el servicio público: Planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica" RAP 100-102 págs 2471 y ss. Asimismo mi colaboración en el libro colectivo "Comentarios a la Constitución Española de 1978" Tomo X el trabajo sobre "Riqueza, iniciativa pública y reserva de recursos y servicios esenciales. Comentario al artículo 128 de la constitución española" Ob. Dirigida por el prof. Alzaga. Ed. EDERSA Y CORTES GENERALES

siempre una razón que justifique la decisión pública de intervenir en cualquier actividad por liberalizada que esté; la justificación, ahora, no será el principio de subsidiariedad proclamado en otros tiempos como el inspirador de la actividad del Estado en la vida económica⁶, pero habrá que localizar alguna razón que explique la utilidad, para el interés público, que encuentra el poder público, entre otras cosas, en la dedicación de fondos públicos para el ejercicio de una actividad que pueden desarrollar los particulares.

El hecho de que dicha actividad se desarrolle en competencia con los particulares parecería, en principio, sustraerla a la idea de servicio público. Sin embargo, en el ámbito de la Administración local, con una muy larga tradición en materia de servicios públicos, la municipalización de los mismos no es incompatible con la existencia de un régimen de competencia⁷. La municipalización de servicios puede hacerse con monopolio o sin monopolio y, en todo caso, corresponderá a la Corporación iniciar el expediente para acreditar la oportunidad y conveniencia de la actividad administrativa en un sector económico determinado.

Con ello quiere señalarse que las razones por las cuales una Comunidad Autónoma puede decidir explotar en el mercado sus propias redes de telecomunicación no debería tener que ver, normalmente, con las razones por las cuales un operador privado decide intervenir en esa actividad. El operador privado

⁶ En contra de ello puede verse Ariño Ortiz, Gaspar "La empresa pública" en "El modelo económico en la Constitución española" dirigido por Garrido Falla, Fernando, IEE, Tomo II págs 38 y ss que insiste en el principio de subsidiariedad pese a la dicción constitucional.

⁷ Sobre ello puede verse la antigua polémica entre Garrido Falla y Villar Palasí acerca de si la idea de servicio público comportaba la de reserva de la actividad. Del primero la obra "La crisis de la noción de servicio público" en su libro " Las Transformaciones del régimen administrativo" IEP, 2ª ·ed. 1962 pag 146 y ss. y del segundo "La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo" RAP nº 3.pág 53 y ss.Tambien Garcia de Enterría, Eduardo intervino en la polemica en su artículo "La actividad industrial y mercantil de los municipios " RAP 17 pag 29 y ss

lo hará guiado por el ánimo de lucro, perfectamente lícito de acuerdo con los principios de una economía de mercado. Pero sería ciertamente anómalo que la razón por la que una Comunidad Autónoma decide intervenir en la actividad de telecomunicaciones responda a la idea de obtener sin más un lucro con tal intervención.

Más bien debe pensarse que habrá otras razones de carácter estratégico o inspiradas en finalidades de interés general que justifican una eventual decisión de las Comunidades Autónomas de intervenir en el mercado de las telecomunicaciones. La cohesión territorial y social puede ser una buena justificación para ello. A este respecto hay que destacar que el hecho de que la LGTT establezca en su título tercero obligaciones de servicio público no agota, en absoluto, las posibilidades del objetivo de pretender la cohesión social y territorial, que podría procurarse con otras técnicas diferentes por parte de las Comunidades Autónomas.

Si tomamos, por ejemplo, el servicio universal regulado en los artículos 37 y siguientes de la LGTT, podemos fácilmente llegar a la conclusión de que, con su actual alcance, comprende la garantía de determinados servicios que, en la práctica están ya universalizados; al menos en el sentido de que son accesibles a todos a un precio cuya asequibilidad podía estar asegurado con las técnicas de servicio público y que debe continuar estándolo en el nuevo escenario de liberalización. No son en cambio accesibles a todos los nuevos servicios de telecomunicaciones avanzados, que no se garantizan en la Ley a todos, con independencia del lugar en que se encuentren y a precios asequibles.

El reto de las telecomunicaciones avanzadas no consiste en la transmisión datos a una velocidad mínima de dos mil cuatrocientos bits por segundo, que es lo que único que asegura el servicio universal, sino en garantizar el acceso a servicios avanzados de telecomunicación - especialmente datos- que garanticen que la situación territorial en que se encuentran los habitantes de una Comunidad

Autónoma no implica ninguna desventaja respecto de los habitantes que se encuentre en otros lugares. A medida que se va entrando en la sociedad de la información, las diferencias de tratamiento en materia de telecomunicaciones entre unas zonas y otras de un determinado territorio, afectan a la cohesión territorial de manera significativa.

La nueva LGTT garantiza un servicio universal mínimo que puede ciertamente ser ampliado por decisión del Gobierno, pero, mientras no lo sea, una Comunidad Autónoma puede considerar que la razón de ser de su presencia en el mercado de las telecomunicaciones podría justificarse en su deseo de atender necesidades un servicio universal más amplio que el que está previsto en la propia LGTT. Tal Comunidad Autónoma podría considerar que el beneficio que espera obtener del desarrollo de la actividad no irá a parar a los bolsillos de nadie como ocurriría con los accionistas de una sociedad privada, sino que irá dirigido a realizar funciones de reequilibrio social o territorial.

Esa actividad autonómica, desde el punto de vista de los competidores, sería el resultado del reconocimiento de la libre iniciativa pública en la actividad económica, pero desde el punto de vista interno de la decisión administrativa podría ser equiparada a un servicio público, si bien en régimen de competencia; es decir sin reserva en exclusiva al sector público. Pretender que la actividad pública, aún desarrollada en régimen de competencia, queda hasta tal punto impregnada - necesariamente - de los motivos y finalidades privadas de quienes actúan en un mercado, que no existe ninguna diferencia de motivación entre la razón de la presencia pública y la de las empresas privadas, supone desconocer que la libre iniciativa pública responde a múltiples motivaciones que, todas ellas, están impregnadas de interés público, incluso cuando actúan sometidas al derecho privado y a las normas de la competencia.

Se ha señalado la idea de cohesión territorial o social como un motivo justificador de la iniciativa pública en la actividad de las telecomunicaciones, pero

podría también señalarse el deseo de una Comunidad Autónoma de favorecer la libre competencia poniendo sus infraestructuras a disposición de cualquier operador para evitar que la dinámica del mercado pueda acabar conduciendo a una situación de monopolio u oligopolio de pocos competidores, con lo cual asumen la posición de "common carrier", sin perjuicio de que otros quieran tender redes propias. O para garantizar también, tal vez, que esa dinámica del mercado no deja a los entes públicos inermes ante una hipotética situación futura en que la evolución de las concentraciones en el sector agoste los beneficios que esperan obtenerse de la libre competencia.

La paradoja de todas esas motivaciones públicas radica en que podía pensarse que habiendo tomado el Estado, que es quien ostenta la competencia exclusiva en materia de telecomunicaciones, la decisión de excluirse voluntariamente del ejercicio de la libre iniciativa económica previsto en el artículo 128.2 de la Constitución, las Comunidades Autónomas no podían sino quedar condicionadas por esa voluntaria decisión del Estado en esa materia, pues, siendo el único competente, ha estimado oportuno y mas conveniente quedar fuera de la prestación de servicios de telecomunicación con algunas contadas excepciones. En esas condiciones puede resultar llamativo que la opción por el apartamiento de la actividad tomada por el poder público competente en materia de telecomunicaciones - el Estado - al privatizar las empresas que controlaba, pueda dar lugar a una distinta apreciación por parte de las Comunidades Autónomas si entienden, en cambio, que es buena la presencia pública en la actividad, aunque no sea ya en régimen de monopolio.

Debe advertirse, sin embargo, que en la perspectiva comunitaria la operación liberalizadora no conlleva, necesariamente, la privatización de las iniciativas tradicionales de los poderes públicos. Es más, una de las razones de ser de la puesta en pie de autoridades reguladoras "independientes" obedecía a la idea de que la liberalización, al no impedir la presencia de empresas públicas que iban a

seguir desarrollando su actividad - si bien en régimen de libre competencia - exigiría la existencia de autoridades independientes que fuesen garantes de que el desarrollo de la actividad por parte de las empresas públicas se haría bajo reglas que no beneficiasen a los antiguos monopolios estatales⁸.

España, en su Ley general telecomunicaciones, ha ido más allá, renunciando a la presencia pública estatal⁹ en la actividad del sector de las telecomunicaciones, sin perjuicio de la presencia consistente exclusivamente en su papel regulador. Ahora bien, esa decisión del Estado no arrastra ni comporta ninguna limitación para que las Comunidades Autónomas, como las demás Administraciones Públicas, puedan ejercer su libre iniciativa económica y tomar las decisiones correspondientes. Ello es lo que expresa paladinamente el artículo 7.3 párrafo 2º de la LGTT.

Las consideraciones que hasta aquí se han realizado se mueven en un plano teórico, relacionado con la apertura de las telecomunicaciones al ámbito de la decisión de las Comunidades Autónomas en cuanto a ejercer su derecho de iniciativa en esa actividad. Conviene, a los efectos de una mayor precisión del alcance de las innovaciones que la nueva regulación supone, descender al análisis de algunas de las posibilidades que, en concreto, se abren a las Comunidades Autónomas para ejercer esa libre iniciativa. Se trataría, también, de analizar las limitaciones a las que necesariamente habría de hacerse frente en un escenario de liberalización.

⁸ Vid Libro Verde sobre el mercado común de los servicios y equipos de telecomunicación de 30 de junio de 1987.

⁹ En realidad la renuncia se produce no tanto en la propia Ley como en un acto de decisión de venta de sus participaciones en TELEFONICA. No obstante lo cierto es que en la LGTT el mismo artículo 7.3 permitiría a la Administración del Estado sostener su presencia en el mercado pero en régimen de competencia, aparte de los motivos excepcionales que en el artículo 5.5 puede justificar una gestión directa de determinados servicios.

2. Libre iniciativa pública y sus concretos objetivos

El ejercicio de la iniciativa pública en la actividad de las telecomunicaciones se desplegará, normalmente, en aquellos campos de actuación que tienen que ver con las finalidades de servicio público que se recogen en la LGTT. En este sentido son especialmente significativas las finalidades de cohesión territorial y social que en la Ley se persiguen con los instrumentos del servicio universal, los servicios obligatorios y las otras obligaciones de servicio público.

La cuestión en este aspecto radica en que las opciones del legislador español, siguiendo en este punto las pautas de las Directivas comunitarias¹⁰, han sido más bien restrictivas en orden a la configuración del servicio universal. A este respecto dos ejemplos pueden poner de manifiesto lo que se dice. El primero tiene que ver con la posibilidad de extensión del servicio universal a las escuelas -a la educación en general- y a los hospitales. El segundo tiene que ver con la caracterización del servicio universal, no sólo como un conjunto de servicios accesibles al público en general con independencia de su situación territorial o de su condición social, sino también a unos precios que puedan considerarse no sólo asequibles -como recoge la LGTT- sino también similares¹¹.

¹⁰ Directiva 96/19/CE de 13 de marzo de 1996 (DO 22.3.96) de modificación de la 90/388/CEE en lo relativo a la instauración de plena competencia en los mercados de telecomunicación y sobre todo la Directiva 97/33/CE de 30 de junio de 1997 (DO de 26.7.97) relativa a la interconexión en las telecomunicaciones en lo que respecta a garantizar el servicio universal y la interoperabilidad mediante la aplicación de los principios de la oferta de red abierta.

¹¹ El carácter restrictivo viene determinado por las limitaciones en la forma de financiar el servicio universal, puesto que con cargo al fondo previsto en la Directiva y en la Ley española solo pueden financiarse determinados servicios como puede verse en el artículo 5º de la Directiva de interconexión: solo las redes y los servicios que figuran en la parte I del anexo I. En el ancho de banda es de 3 KHz y los datos se transmiten en banda vocal a una velocidad de por lo menos 2400 bits/s.

Pues bien, respecto de esos dos aspectos o ejemplos, la legislación española y las propias Directivas comunitarias se apartan del modelo de los Estados Unidos de América que, en estos puntos, en la Ley de Telecomunicaciones de febrero de 1996 ha considerado que el acceso de la educación y de la sanidad¹² a servicios avanzados de telecomunicación formaba parte de la idea del servicio universal¹³. Asimismo, y sean cuales sean los servicios comprendidos dentro del concepto de servicio universal, éste no solo debe procurar un acceso asequible o a precios asequibles, sino que los precios de los servicios deben ser similares, como también recoge la legislación estadounidense. Pues bien, nuestra LGTT no ha considerado oportuno introducir, dentro de los servicios cubiertos por el servicio universal, la extensión del uso de nuevos servicios avanzados de telecomunicación a la educación y a la sanidad.

Es verdad que esa posibilidad queda abierta en el artículo 42.2 a la decisión del Gobierno, que podrá imponer otras obligaciones de servicios públicos en esos ámbitos de la educación y la sanidad. Pero tal posibilidad queda cerrada mientras el Gobierno no adopte tal decisión. En ese contexto podemos plantearnos la hipótesis de una Comunidad Autónoma con competencias en materia de educación y de sanidad que considere, como han hecho los Estados Unidos de América, que una exigencia importante del Estado de bienestar concebido con parámetros europeos debía comportar que los niños tengan iguales posibilidades de educación y que las personas tengan iguales posibilidades de tratamiento de sus enfermedades con independencia de la localización de las escuelas o de los hospitales a los que

¹² Para la educación ver Sección 254 b) (6) Acces to advanced telecommunications services for schools , health care and libraries.

¹³ Secc. 254 Universal service. b) universal service principles ..(3) Acces in rural and high cost areas "Consumers in all regions of the Nation, including low-income consumers and those in rural , insular and high cost areas, should have acces to telecommunications and information services including interexchange services and advanced telecommunications and information services , that are reasonably comparable to those services provided in urban areas and that are available at rates that are reasonably comparable to rates charged for similar services in urban areas."

acude. Si las escuelas o los hospitales en determinadas zonas no brindan tecnologías avanzadas de telecomunicaciones pueden estar impidiendo la existencia real de igualdad de oportunidades en momentos fundamentales de la vida de las personas: la educación y la enfermedad.

Desde luego al Gobierno central corresponde tomar la decisión de imponer obligaciones de servicio público, a tenor del artículo 42 de la LGTT, que extienda las nuevas tecnologías a la sanidad, a la educación o la cultura. Pero esa capacidad de imposición de obligaciones de servicio público que corresponde al Gobierno del Estado no prejuzga ni impide que las Comunidades Autónomas, o alguna de ellas, puedan tomar la decisión de propiciar programas de ayuda que permitan a tales escuelas y hospitales acceder a servicios avanzados de telecomunicación. También podrían tomar la decisión, las Comunidades Autónomas, de ejercer su libre iniciativa económica para estar presente en el sector de las telecomunicaciones con ánimo de reinvertir sus beneficios en la extensión de las redes a las escuelas o a los hospitales.

La primera opción es más simple y no constituye a la Comunidad Autónoma en operador de telecomunicaciones, sino que esta se limita a subvencionar el sobrecosto de conexión o acceso que pueden tener determinadas escuelas u hospitales¹⁴. En la segunda opción la Comunidad Autónoma se constituye, ella misma, en operadora con el designio de tratar de cubrir con sus beneficios los sobrecostos que pueda suponer su política de servicio universal a escuelas y hospitales. Con esa segunda opción asume también el riesgo de que tales beneficios no sólo no existan, sino que se produzcan pérdidas que no podrán

¹⁴ De acuerdo con la Directiva de interconexión lo que no se puede es financiar con el fondo de servicio universal servicios más amplios que los definidos en la propia Directiva, pero nada se opone que otras fuentes, por ejemplo presupuestarias, se financien esos servicios. El problema aquí puede ser el de que una acción de ese tipo no altere la competencia entre operadores, pero este es un aspecto no desarrollado en la Directiva de interconexión.

financiar indefinidamente desde los presupuestos públicos, pues ello supondría una distorsión de las reglas de las competencias en la estricta interpretación que se viene haciendo por la Comunidad.

Vemos, por consiguiente, que las Comunidades Autónomas pueden intervenir en la actividad de las telecomunicaciones, ya sea desde títulos conexos y específicos - sin involucrarse en la actividad misma de telecomunicaciones - como la educación o la sanidad, lo que les permitiría hacer una política de subvenciones en la perspectiva de remover los obstáculos que impiden que la igualdad sea real y efectiva en la educación y en la salud (artículo 9 de la Constitución española), ya sea desde títulos genéricos como el de la libre iniciativa pública en la actividad económica - involucrándose directamente en la actividad de telecomunicaciones - que se acabaría ejercitando con la mira puesta en conseguir la cohesión social y territorial en determinados servicios competencia de la Comunidad Autónoma, aunque para ello tenga que desarrollar una actividad integral en el sector de las Telecomunicaciones; integral, en el sentido de que no se limita a proveer de instalaciones y accesos a hospitales y escuelas, sino que interviene en las telecomunicaciones en su conjunto - y sean quienes sean sus abonados - con la finalidad última de atender las necesidades de servicios avanzados de escuelas y hospitales con los beneficios que espera obtener de su intervención general como operador de Telecomunicaciones.

El segundo ejemplo que se proponía - la similitud de precios por los servicios de telecomunicaciones - tiene más difícil solución, pues la exigencia de que las tarifas de los servicios de telecomunicación sean no sólo asequibles¹⁵, sino

¹⁵ El que una tarifa sea asequible para la población tomando en cuenta el salario mínimo por ejemplo no significa que diferencia muy acusadas entre unas zonas y otras resulten políticamente insoportables porque los ciudadanos no las admiten o porque crean un sentimiento de marginalidad o desigualdad que no aceptan, aunque el coste de la tarifa sea asequible. La perecuación tarifaria que en la técnica de servicio público se debía buscar a la hora de fijar las tarifas, resulta muy difícil de mantener en un contexto de liberalización orientado a costes y en el que lo operadores pueden elegir el segmento territorial en el que

además similares, es difícil de conseguir por una Comunidad Autónoma sin competencias regulatorias y con su simple presencia en la actividad. En todo caso se trata, probablemente, de una insuficiencia legal al no introducir en la Ley la idea de similitud junto a la idea de asequibilidad. El hecho de que la Ley de telecomunicaciones de los Estados Unidos de febrero de 1996 sí haya hecho expresa mención de dicha exigencia, dentro de la idea de servicio universal, de que las tarifas sean similares y no sólo asequibles, ponen de relieve la trascendencia del problema.

Como se ha señalado, el campo de actuación que, aquí, se abre a las Comunidades Autónomas es más escaso. Pero si se destaca, es porque la dinámica liberalizadora pudiera llevar a un desequilibrio tarifario que puede obligar a los poderes públicos a plantearse su actuación frente al mismo. Se trata, pues, de presentar otro eventual motivo de ejercicio de la libre iniciativa económica por parte de las Comunidades Autónomas. En todo caso, afortunadamente, el Real decreto 1736/98 ha introducido dentro de la idea de servicio universal no sólo el principio de asequibilidad de los precios, sino también la de su comparabilidad. Así en el artículo 18.2 del citado Real Decreto se dispone:

"2. A los efectos de lo dispuesto en esta sección, se deberá garantizar:

a) que los precios de los servicios incluidos en el servicio universal en zonas de alto costo y zonas rurales sean razonablemente comparables¹⁶ a los precios de dichos servicios en áreas urbanas".

No se trata de entrar, aquí, en la cuestión de la suficiencia o insuficiencia de

se sitúan - eludiendo con ello eventualmente las zonas menos rentables - lo que determina que la competencia entre los operadores hace difícil que los que cubren universalmente el territorial puedan hacer sin más una política de subvenciones cruzadas por la que con tarifas medias iguales subvencionan desde las zonas más rentables los mayores costos de las zonas menos rentables.

¹⁶ La inspiración norteamericana del texto del reglamento no puede negarse y en este caso para bien respecto a, paradójicamente, las previsiones del derecho comunitario, que parecía debía inspirarse más en las tradiciones del Estado de bienestar a la Europea.

rango de la norma reglamentaria para introducir esta exigencia de que los precios sean "razonablemente comparables" que debió haber figurado en la Ley. Sí de señalar que, como se ve, la regulación del servicio universal, de los servicios obligatorios, o de las otras obligaciones de servicio público, deja muchos intersticios que podrían justificar decisiones autonómicas de actuación en el sector, directas o indirectas, motivadas no en el ánimo de lucro, ajeno a las decisiones de esta índole, sino en el cumplimiento de las obligaciones que el artículo 9.2 de la Constitución impone a todos los poderes públicos.

3. La iniciativa pública en la actividad de las telecomunicaciones y sus limitaciones.

El hecho de que la nueva regulación de las telecomunicaciones permita a las Comunidades Autónomas desplegar su libertad de iniciativa por motivos relacionados con razones de interés público y, en todo caso, con la obligación de los poderes públicos de promover condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas, no puede, sin embargo, hacer olvidar que esa libre iniciativa pública en la actividad económica, por más que se inspire en motivos de interés general, debe prestarse en régimen de competencia. No significa esto que se preste con ánimo de lucro y con la exclusiva finalidad de obtenerlo, pues eso sería contrario a la razón de ser de los poderes públicos y de los principios que deben inspirar su actuación, que sólo excepcionalmente podrá tomar en cuenta razones fiscales o recaudatorias como justificación de sus iniciativas. Pero sí significa que, puesto que la misma actividad puede ser desarrollada por los particulares, el hecho de que no se haya sustraído del ámbito de la libertad de empresa que como derecho fundamental se reconoce a toda persona, obliga a actuar con las reglas propias del mercado.

Eso significa que la empresa pública autonómica que actúe en la actividad

económica habrá de hacerlo respetando las reglas generales de la competencia. En este sentido resulta particularmente importante evitar la existencia de ayudas de Estado que impliquen una alteración de las reglas de la competencia. Tales ayudas son incompatibles con el derecho comunitario a tenor del artículo 87.1 del Tratado CEE en la versión consolidada, a menos que puedan considerarse incursas en alguno de los supuestos que en el propio Tratado se prevén. En esa perspectiva podrían considerarse ayudas de Estado no permitidas por el Tratado, no los fondos dotacionales de capital de las empresas públicas que vayan a actuar en el concreto sector de que se trate, pero sí las eventuales y futuras transferencias desde los presupuestos públicos destinadas a compensar o enjugar deudas derivadas de la actividad de las citadas empresas, salvo lo que luego se dirá.

La Directiva comunitaria de transparencia de las relaciones de los Estados con las empresas públicas trata de evitar que, a través de los presupuestos de los poderes públicos, se coloque a las empresas de este carácter que compiten en el mercado en una situación desigual por relación a las demás empresas privadas que en el mismo se encuentran¹⁷. La gran dificultad, como es conocido, radica en que también las personas físicas y jurídicas particulares se ven obligadas en ocasiones a hacer inyecciones de capital mediante la fórmula de ampliaciones de capital con la finalidad de atender las dificultades más o menos coyunturales en que pueden encontrarse tales empresas.

La filosofía a este respecto por parte de los órganos comunitarios se basa en la idea de que los poderes públicos debían comportarse respecto de sus empresas de la misma forma en que lo harían un inversor privado¹⁸. Es decir, se piensa que

¹⁷ Directiva 80/723 de 25 de junio de 1980 relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas.

¹⁸ Vid sobre ello Muñoz Machado, Santiago "La empresa pública, la libre competencia y los límites del principio de neutralidad de los Tratados comunitarios en cuanto a la existencia y extensión del sector público de la Economía" en su libro "Público y privado en el mercado europeo de la Televisión" Civitas. Cuadernos de Estudios Europeos, págs 101 y ss; también Rodríguez Curiel, Jose W. en "Compatibilidad con el Mercado Común

éste sólo estaría dispuesto a aportar cantidades adicionales de capital para atender dificultades que considere coyunturales y superables en la marcha de la empresa; pero que nunca lo haría con la idea de perpetuar el funcionamiento de una empresa que carece de todo futuro. Se trataría entonces de verificar si el Estado, cuando realiza transferencias de capital a sus empresas públicas, lo hace con la finalidad de atender dificultades coyunturales, o temporalmente limitadas, surgidas en la marcha de la empresa con la esperanza y con la intención de superar tales dificultades para llegar a la autosuficiencia de la empresa o si, por el contrario, las aportaciones de capital se hacen a fondo perdido sin un plan preconcebido de saneamiento de la empresa y, con la simple intención de mantenerla en el mercado, a pesar de que produce en condiciones no competitivas. Si esa fuese la situación, entonces la empresa pública continuaría en el mercado en condiciones de competencia inaceptables respecto de las empresas privadas que no perciben subvenciones por su actividad.

La doctrina tiene, desde luego, su perfecta lógica. Pero una aplicación demasiado estricta de la misma pudiera desvirtuar el principio de neutralidad en relación con las formas de propiedad recogido en el artículo 295 de la versión consolidada del Tratado CEE¹⁹. La cuestión puede tener especial importancia en aquellos supuestos en que, íntimamente vinculados con la actividad que se prestan en competencia, se atienden obligaciones de servicio público, cuyo carácter deficitario trata de enjugarse con los eventuales beneficios de la actividad en competencia. Habría, probablemente, que distinguir en qué medida la actuación en los segmentos de mercado en que hay competencia se prestan en condiciones de rentabilidad, ocurriendo, en cambio, que la actividad de servicio público, en otros segmentos de mercado, no sólo no puede ser enjugada con los beneficios de la

de las Ayudas de Estado a empresas públicas (artº 92.3 del Tratado de la C.E.E.)RAP nº 122 pgs 409 y ss.

¹⁹ Sobre ello pueden verse las consideraciones de Muñoz Machado en la obra citada en anteriormente pag 112 y ss donde se plantea la ruptura del principio de neutralidad.

primera, sino que compromete los elementos de mercado que se prestan en competencia.

Recientemente, con ocasión del Tratado de Amsterdam, en su protocolo 12 se ha reconocido la posibilidad de la doble financiación de las televisiones públicas - vía publicidad y vía presupuestaria - siempre que los ingresos procedentes de los presupuestos del Estado o de los demás poderes públicos pueda justificarse que se dedican a misiones u obligaciones de servicio público que cumplan las televisiones públicas. Sin entrar en este momento en la dificultad conceptual, ligada a la definición de lo que puede entenderse por misión de servicio público, sí puede señalarse que, en dicho protocolo, parece abrirse camino la idea de que en una actividad única, con segmentos diferenciados de la misma, que atienden a requerimientos de distinta naturaleza y con exigencias propias cada uno de ellos, pudiera ocurrir que los que, de entre ellos, se desarrollan en régimen de libre competencia se deban financiar de acuerdo con reglas estrictas de mercado, pero que es posible distinguir algunas otras actividades de servicio público que podrían justificar aportaciones presupuestarias que corresponden a obligaciones que normalmente no asumen los competidores privados.

Aunque es evidente la dificultad de hacer una neta separación entre ambos tipos de actividades - y más en el campo de la televisión -, las previsiones del protocolo no dejan de aportar una perspectiva más matizada en la aplicación pura y simple de la doctrina del inversor privado. En el protocolo se habrían tomado en cuenta las peculiares circunstancias que pueden existir cuando hay que atender obligaciones de servicio público que no son rentables o son menos rentables.

En el fondo no de otra forma funciona la LGTT cuando en su artículo 42.2 o disposición transitoria primera 6ª, prevé la posibilidad de financiación puntual de obligaciones de servicio público que se imponen o son asumidas por operadores que realizan y ejecutan tales obligaciones, pero que también desarrollan otras actividades en libre competencia.

4. Otras modalidades de presencia de las Comunidades Autónomas en la actividad de Telecomunicaciones.

La LGTT no sólo regula, y abre, la posibilidad en su artículo 7 a las Administraciones públicas de ejercer su libre iniciativa en la actividad de las telecomunicaciones, sino que también, a lo largo de su articulado, prevé otras posibilidades de intervención de las Comunidades Autónomas en dicha actividad.

Ya antes se ha señalado cómo el artículo 7. 3, en su párrafo 1º, hace una mención expresa a las actividades de las Administraciones públicas en régimen de autoprestación, que no precisan de título habilitante alguno. Con esta formulación se supera la formulación de la Ley de ordenación de las telecomunicaciones de 1997 que en su artículo 10º, a través de sus sucesivas modificaciones, había tratado de encauzar las posibilidades de instalación de redes por parte de las Comunidades Autónomas, si bien ligadas a la prestación de concretos servicios de su competencia. Bien es verdad que esas posibilidades de extensión de redes propias, que habría facilitado el artículo 10 de la LOT, más las posibilidades reconocidas en el artículo 9º de aquella Ley - en relación con los servicios de telecomunicación establecidos entre propiedades "de un mismo titular" - así como las posibilidades que abría el servicio de valor añadido de telecomunicaciones en grupo cerrado de usuarios, prácticamente permitían todas las posibilidades que, ahora, con fórmula más sintética se contienen en el artículo 7º de la nueva LGTT.

Especial mención merece, en esa línea, la previsión contenida en la disposición transitoria séptima de la LGTT que en su número primero legaliza la situación del servicio portador soporte de los servicios de difusión de programas de carácter autonómico en funcionamiento antes del uno de enero de 1997. Como es sabido, en la Ley reguladora del tercer canal de televisión de 26 de diciembre de 1983 se obligaba el Estado a proporcionar las infraestructuras técnicas necesarias

para la difusión del tercer canal de televisión. En relación con esa obligación, la Ley 37/88 de 29 de diciembre de presupuestos generales estado para 1989 creó RETEVISION, como una entidad de derecho público a la que se atribuían las funciones de servicio portador de los llamados servicios de difusión. Pues bien, lo cierto es que algunas Comunidades Autónomas pretendían fundar su título para crear su propia red de difusión, distinta de la del Estado, en la cobertura que podía dar a alguna de ellas la existencia o previsión en su estatuto de un canal de televisión propio, distinto del tercer canal de televisión; dicha justificación es más que discutible²⁰, pero sea como fuere, lo cierto es que se fueron creando y estableciendo instalaciones propias para la difusión de las señales de televisión de los canales propios que la transitoria séptima en su número 1º viene a legalizar estableciendo que tras el procedimiento de rigor:

"Se procederá al otorgamiento a dichas Comunidades Autónomas de la correspondiente licencia individual para la prestación del servicio portador soporte de los servicios de difusión"

La previsión legal de la transitoria va algo más allá de la pura normalización de la situación existente al 1 de enero 1997, en la medida en que se limita a hablar de licencia individual para la prestación del servicio portador de los servicios de difusión, sin contraer dicha licencia a los servicios de difusión de la propia Comunidad Autónoma y, por tanto, permitiendo que puedan prestarse a terceros, mas allá del régimen de autoprestación, los servicios de difusión. En todo caso, cuando menos, no resulta excluida del texto de la transitoria la posibilidad de que los servicios portadores que se puedan reconocer vayan más allá de la pura autoprestación. En realidad el hecho de que se exija o, más bien, de que se instrumente la normalización de esa situación a través del otorgamiento de una licencia individual, pondría de manifiesto que no estamos propiamente en un

²⁰ Vid las consideraciones de Fernández Farreres, Germán " El paisaje televisivo en España" Aranzadi 1997. También Chinchilla Marín, Carmen "La radio-televisión como servicio público esencial" Tecnos1988 ; finalmente mi trabajo pendiente de publicación "Informe Preliminar sobre el Régimen Jurídico del Audiovisual".

régimen de autoprestación, pues en esta condición el artículo 7° no exige título habilitante. En cambio tal título se exige en su párrafo 2°, cuando de lo que se trata es de prestar o explotar en el mercado redes o servicios de telecomunicación.

Esa ampliación de la normalización al reconocimiento de la plena competencia para el ejercicio de la prestación de servicios soporte de los servicios de difusión es, por otra parte, lógica si se piensa que la reserva a RETEVISION de derechos exclusivos en ese aspecto se termina en cuanto se cumplan los diez años de la concesión prevista en la Ley de Televisión privada²¹. Hasta que esa situación se produzca, las Comunidades que tenían red propia de difusión no sólo pueden continuar con ella al amparo y legalizados por la nueva situación, sino que además pueden realizar actividades en el mercado de los servicios portadores de los servicios de difusión.

En otro sentido aparecen también mencionadas las Comunidades Autónomas en la nueva Ley: cuando en el título tercero, al referirse a los servicios obligatorios de telecomunicaciones, se dispone en el artículo 40. 3 que el reglamento que debe aprobar el Gobierno del Estado, mediante el cual se pueden incluir determinados servicios en esa categoría de servicios obligatorios, indicará

"Las Administraciones Públicas o los operadores obligados a prestarlos en virtud de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 35 y los procedimientos para su determinación."

Aunque el precepto citado parece dejar al arbitrio del Gobierno la decisión de si la prestación de tales servicios corresponde a las Administraciones públicas o a los operadores obligados, habría que matizar esa primera impresión que se deduce de la lectura del artículo, dado que, para empezar, el posterior artículo 41, distribuye los servicios de la letra a) y b) del artículo 40.2 entre Administraciones y operadores privados respectivamente. En rigor parece que sólo los primeros - los de la letra a)- pueden ser atribuidos en su gestión a la competencia que

²¹ Disposición transitoria 7ª número 1º de la LGTT.

determinadas Administraciones públicas, ya que los otros - los de la letra b)- a tenor de la previsión contenida en el artículo 41. 2 A) parece que sólo pueden ser impuestos a los operadores privados de telecomunicaciones.

Así pues son los servicios previstos en el artículo 40. 2 a) los que pueden ser objeto de imposición a las Administraciones públicas. Ahora bien, la redacción legal del precepto no debería ser entendida como permitiendo al Gobierno del Estado la imposición unilateral, en virtud de su propio arbitrio, de determinadas obligaciones de servicio público a las Comunidades Autónomas. En realidad, la clave de la interpretación de lo que quiere decirse en el citado artículo 40 se desprende del contenido de los servicios obligatorios que se mencionan en la letra a) del artículo 40. 2.

"Los servicios de télex, los telegráficos y aquellos otros de características similares que comporten acreditación de la fehaciencia del contenido del mensaje remitido o de su remisión o recepción, así como los servicios de seguridad de la vida humana en el mar y los que afecten, en general, a la seguridad de las personas, a la seguridad pública y a la protección civil".

El tipo de servicios que pueden ser incluidos en la categoría de servicios obligatorios, y especialmente los relativos a seguridad y protección civil, pone de relieve que, en realidad, lo que la Ley pretende no es imponer, desde una decisión discrecional del Gobierno de la Nación, la obligación de prestar un servicio a una Administración pública determinada, generalmente una Comunidad Autónoma, sino no entrometerse en la cuestión del reparto competencial en las materias indicadas, que, como es conocido, pertenecen en buena parte a las Comunidades Autónomas y, eventualmente, a las Corporaciones Locales. Así pues, el legislador, en materia de seguridad, en general, y protección civil, ha preferido deferir al reglamento estatal la determinación de quién sea la Administración Pública obligada a prestarlo, pero no en obsequio de la pura decisión del Gobierno de la Nación, sino en función de lo que proceda de acuerdo con los Títulos

competenciales entre Estado y Comunidades Autónomas o incluso Corporaciones Locales.

Probablemente ése deferimiento al reglamento pretende encontrar un cierto espacio para la negociación con las Comunidades Autónomas con competencia en la materia. En realidad, la decisión reglamentaria estatal podría limitarse a establecer si considera que entran dentro del concepto de los servicios obligatorios los relacionados en la letra a). La determinación de que Administración debe asumir la prestación no es cuestión de discrecionalidad sino de conexión con los títulos que ostente.

Aunque la LGTT habla de determinar a qué Administración se le "encomienda la obligación de prestarlos", no estamos en realidad ante la figura de la encomienda de gestión del artículo 15 de la Ley 30/92, pues aquí como dice el artículo 41.1 a) esa determinación se hace "en función de la competencia sectorial que tenga atribuida". En la "encomienda de gestión" no se trata, justamente, de competencia sectorial alguna preexistente en el órgano que recibe la encomienda, sino de que la Administración titular de la competencia encomienda su gestión a otra sin perder la titularidad. Aquí, en cambio, de lo que se trata es de que se le encomiende la obligación de prestar un servicio en función, precisamente, de la competencia que ostenta la Administración designada. Administración que por otra parte ha de correr con el gasto de la prestación del servicio con cargo a sus propios presupuestos.

Si una Administración pública titular de competencias en materia de seguridad o protección civil decide poner, al servicio de esa competencia, una serie de instalaciones de telecomunicación, es evidente que ello no afecta al modelo de la liberalización de las telecomunicaciones. Lo que no parece lógico es que una Administración titular de competencias en materia de seguridad y protección civil decida instalar una completa red de telecomunicaciones al servicio exclusivo de esa competencia. Lo normal es que aproveche las redes existentes de los

operadores en competencia y las coordine, dentro de los planes de seguridad y protección civil, sin perjuicio de que, en algunos puntos determinados de la red, pueda establecer medios propios y alternativos que aseguren la capacidad operativa en determinadas situaciones.

En todo caso, y puesto que, con buen criterio, el artículo 40. 4 establece ya, de antemano, la obligación de encaminar las llamadas a los servicios de emergencia - respecto del número telefónico 112 -, entre los servicios que deben asumirse como obligación de los operadores, es evidente que la única cuestión radica en saber si, además del encaminamiento de las llamadas, son los propios operadores de telecomunicaciones los que deben dar respuesta a tales llamadas relacionadas con la seguridad y protección civil o si esa tarea corresponde a las Administraciones Públicas con competencias en las respectivas materias. Esta última parece la solución más lógica y, en ese sentido, a las mismas, de acuerdo con el reparto constitucional y estatutario de competencias, correspondería determinar el modo en que se presta ese servicio de atención al público en relación con asuntos de seguridad y protección civil.

No debía tratarse tanto de que, mediante reglamento del Gobierno del Estado, se impongan obligaciones de la letra a) del artículo 40.2 a las Administraciones públicas en relación con cuestiones de seguridad y protección civil, sino de respetar el orden competencias preestablecido en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía. Habría, en todo caso, que proscribir una interpretación que permitiese que el Gobierno del Estado, en un simple reglamento, impusiera a las Administraciones públicas autonómicas obligaciones que nada tuviesen que ver con los títulos competenciales que estatutariamente les correspondiesen. Interpretación que en todo caso chocaría con la previsión legal contenida en el artículo 41.1 b) relativa a la competencia sectorial que "tenga atribuida" cada Administración.

III. EL DESLINDE DE TÍTULOS COMPETENCIALES ENTRE ESTADO Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS DESPUÉS DE LA LGTT.

Como ya se indicó más arriba la operación liberalizadora no ha afectado, en realidad, sustancialmente a las cuestiones del reparto competencial ni podía hacerlo, pues el reparto depende de las previsiones constitucionales y estatutarias. No obstante, en la medida en que se afecta al marco regulatorio, se podía esperar alguna modificación derivada de éste. El caso más significativo es el de la Ley de telecomunicaciones por cable, piedra de toque del deslinde competencial entre los títulos del artículo 149.1.21 y 27, que ha quedado derogada en la disposición derogatoria, salvo en lo relativo a radio y televisión, lo que motiva una expresa mención en la derogatoria de determinados preceptos de aquella Ley que no deben considerarse derogados.

Pero hay algunos preceptos de la Ley de telecomunicaciones por cable, no mencionados explícitamente como salvados en la disposición derogatoria que, sin embargo, están íntimamente involucrados en el título de televisión, cuyo desarrollo corresponde a las Comunidades Autónomas. Es el caso de las normas del artículo 2º de la LTC, sobre determinación de las demarcaciones o del artículo 6º sobre la concesión para la prestación del servicio. En esos supuestos, que podrían vincularse más directamente con el título de telecomunicaciones, la razón de la presencia de las Comunidades Autónomas no se debe a otra cosa, sino a la íntima implicación de las telecomunicaciones con la televisión o con la radiodifusión.

La cuestión aquí radica, sin embargo, en la circunstancia de que determinar el alcance de la liberalización en cuanto puede implicar la libertad de establecimiento en el ámbito territorial en que cada uno desee, hace saltar por los aires la idea de demarcación montada sobre una concepción de las telecomunicaciones por cable ligadas al concepto de servicio público²². En

²² La situación creada resulta ciertamente compleja sobre ello puede verse mi artículo "El sistema de transición de los derechos especiales o exclusivos a un escenario de

definitiva, la demarcación no suponía otra cosa, sino la obligación para el concesionario de atender necesariamente no sólo las zonas interesantes del mercado de las telecomunicaciones por cable, sino todo el ámbito de la demarcación determinado por las autoridades correspondientes. La liberalización deja, en buena medida, a disposición de los operadores, si bien con algunas restricciones, la selección del ámbito territorial en que se quiere operar y, con ello, se rompe con la previa determinación de las demarcaciones.

No puede ser embargo dejar de señalarse que, en la medida en que las telecomunicaciones por cable comportan una prestación integral de diversos servicios, y entre ellos el de televisión y radiodifusión, ha parecido entenderse por algunos que la exclusión de las normas de radio y televisión del ámbito de la LGTT, impide a los nuevos operadores el que a partir de esta última Ley pretendan prestar servicios integrales entre los que se encuentre el de televisión, desde el momento en que esa actividad relativa a la difusión de radio y televisión sigue sujeta a las normas anteriores a la nueva Ley. Y esas normas en relación con el cable exigirían la existencia de demarcaciones para poder prestar el servicio de difusión de televisión por cable.

De ello se desprendería que queda abierto un debate acerca de la incidencia de la nueva LGTT sobre la subsistencia de legislación de telecomunicaciones por cable y, más concretamente, sobre aquellos aspectos de esta Ley que no están inmediata y directamente relacionados con la radio y la televisión. Ahora bien los concesionarios de las demarcaciones han asumido obligaciones de servicio público, al amparo de la LTC bajo la que se adjudicaron sus concesiones, que pueden quedar comprometidas si se permitiese, sin más, la entrada de competidores que prestasen también el servicio de radio y televisión, pero que no

competencia y la filosofía de la liberalización." REDETI nº 2 , 1998(revista de derecho de las telecomunicaciones y de las tecnologías en red) Ed. Montecorvo. También Fernando de Pablo, Marcos "Derecho general de las Telecomunicaciones" Ed. Colex 1998 pag 105.

estuviesen sujetos, en cambio, a las mismas obligaciones de servicio público ínsitas en la propia idea de demarcación.

La cuestión reviste una enorme complejidad pues aunque es cierto que la disposición derogatoria de la LGTT ha derogado, en efecto, la LTC en lo que se refiere a lo que no sea el servicio de difusión de televisión, es lo cierto que la Ley entera - la LTC - podría considerarse trufada por ese servicio, lo que hace muy difícil una operación de disección de lo derogado y lo subsistente. En ese sentido para quienes sostienen que el establecimiento de nuevos operadores al amparo de la nueva Ley, no les puede permitir la difusión por sus redes de los servicios de radio y televisión, resultaría que las telecomunicaciones por cable forman un régimen unitario o define un servicio cuya característica diferencial es la de prestar de forma integrada todo tipo servicios incluidos los de radio y televisión. Si eso fuera así, en realidad, no habría que haber derogado en la derogatoria de la LGTT la Ley de telecomunicaciones por cables, pues para prestar esos servicios integrales, que comprenden la radio y la televisión, no habría más que una forma de proceder: la regulada precisamente en dicha Ley. Al derogarla salvo en limitados artículos deja sin regulación un servicio que se caracterizaría por su prestación integral.

Sin embargo el legislador se ha sentido obligado a derogar la LTC "a excepción de lo dispuesto para el régimen del servicio de difusión de televisión". Expresamente y " en especial" ha dejado subsistentes los artículos números 9. 2, el artículo 10, el artículo 11. 1 e) f) y g), el artículo 12 y los apartados 1 y 2 de la disposición adicional tercera de la LTC.

Esa "especial" subsistencia parece indicar que pueden existir otros preceptos que se mantienen en vigor, pero a la vez, pone de relieve que lo que se hace es reproducir textualmente el contenido de la disposición adicional tercera de la Ley de telecomunicaciones por cable en la que se decía cuáles eran las normas que tenían el carácter de normativa básica al amparo del artículo 149.1.27 de la

Constitución. Precisamente, como el artículo 1º de la LGTT excluye de su ámbito el régimen básico de la radio la televisión, la disposición derogatoria ha excluido las normas que la propia Ley de telecomunicaciones por cable consideraba básicas.

El problema es que las normas básicas en materia de radio televisión, las directamente básicas, pueden ser las que señalaba la disposición adicional tercera, y sin embargo el resto del articulado de la Ley estaba transido de la tensión y confusión entre los títulos competenciales de telecomunicaciones y radio y televisión.

La situación en que queda todo, después de la LGTT, no deja de resultar, sin duda, algo ambigua puesto que, para los operadores de telecomunicaciones por cable con concesiones otorgadas al amparo de la antigua LTC, ninguna duda cabe acerca de que todo lo relacionado con los contenidos de radio y televisión siguen sujetos a los preceptos correspondientes de la antigua Ley, mientras no se opere la transformación del título habilitante, y no sólo de los señalados, expresamente, en la disposición derogatoria de la LGTT. La cuestión es que en materia de radio y televisión, la transformación del título deberá respetar además no sólo los preceptos expresamente salvados en la transitoria sino todos los que pudiera entenderse que guarden íntima conexión con la materia de radio y televisión²³. Ese

²³ La derogatoria de la LGTT resulta confusa en su intención pues si lo que el artículo 1º de la LGTT ha excluido de la nueva regulación es el régimen básico de la radio y de la televisión, entonces es lógico que lo que se salve en la derogatoria sea toda la normativa básica sobre radio y televisión. La cuestión radica en que en la LTC la definición de que fuera básico, de acuerdo con las previsiones del Tribunal Constitucional sobre el carácter parcialmente formal del concepto, se dijo expresamente en la propia LTC en su disposición adicional 3ª. Por tanto parece que en principio nada más queda salvado de la derogación. Sin embargo la LGTT no salva lo definido como básico en la LTC sino "lo dispuesto para el régimen del servicio de difusión de televisión", para especificar acto seguido los preceptos que "en especial" mantendrán su vigencia. Parecería entonces que más allá de lo básico definido como tal en la LTC se han querido salvar otros preceptos, no necesariamente básicos, que se refieran al servicio de difusión de televisión. En rigor no debería haber ninguno más en la LOT, pero sin embargo es cierto que la mezcla de títulos competenciales, de televisión y telecomunicaciones puede hacer pensar, que en

podría ser el caso de las previsiones del artículo 4.3 de la Ley de telecomunicaciones por cable, en cuanto a titularidad del capital de una o más sociedades adjudicatarias cuando se alcance a más de un millón y medio de abonados, pues esa es una materia relacionada con el título televisión, e incluso, con el carácter de básico aunque, ciertamente, la LTC, no lo definió así.

Pero la cuestión reside en saber si otros aspectos cuya regulación se ha hecho con la vista puesta en el título televisión, pero también conectados o conectados más fuertemente con el título telecomunicaciones, han quedado derogados por las previsiones legales. Se trataría de saber, por ejemplo, si en las zonas que no hubiere sido objeto de demarcación, en su momento, es posible solicitar, ahora, la determinación de una nueva demarcación y la subsiguiente concesión de licencia, con sujeción a la regulación contenida en la Ley de telecomunicaciones por cable. Lo mismo podría decirse en el supuesto en que en una demarcación ya constituida se hubiese resuelto el contrato al concesionario primitivo para decidir si se procede a una nueva concesión de título habilitante: ¿Pero bajo qué régimen jurídico, dado que la Ley de telecomunicaciones por cable ha sido derogada?.

Finalmente la misma reflexión puede hacerse en relación con las previsiones que se contenían en el artículo 2 de la Ley de telecomunicaciones por cable en cuanto a la posibilidad de alterar el ámbito de las demarcaciones:²⁴ ¿Significa la derogatoria de la LGTT que ya no es posible acudir al procedimiento de alteración de las demarcaciones?.

Como se ve las cuestiones planteadas ponen de manifiesto la estrecha conexión que existía entre el título estatal de telecomunicaciones y el título de

otros preceptos de la LTC subsisten normas que se refieren al régimen de la difusión de televisión entreverados con telecomunicaciones que se quieren mantener, pero todo ello dista de ser claro.

²⁴ Parece que el Ministerio de Fomento esta tratando de ampliar determinadas demarcaciones al amparo de la regulación de la LTC.

radio y televisión. La LGTT ha excluido de sus normas básicas las normas básicas de la radio y la televisión, pero con ello y con la derogación de la Ley de Telecomunicaciones por Cable, abre una situación de indefinición en que podría entenderse que ya nadie puede pedir o pretender difundir radio y televisión por cable, a salvo los concesionarios de cable que mantengan vivas sus concesiones, o, alternativamente, que todos pueden pedir una licencia individual para difundir servicios integrales que incluya la radio y la televisión, pero, eso sí, sujetándose a los especiales preceptos que se han declarado subsistentes.

La primera alternativa resultaría verdaderamente contradictoria con la doctrina que en materia de televisión por cable se estableció en la sentencia del tribunal constitucional 31/94. La segunda plantea el gravísimo problema, distinto estrictamente a la materia de televisión pero que la afecta sustancialmente, de que los nuevos licenciarios podrían elegir libremente la zona en que quieren situarse, en tanto que los antiguos concesionarios habían asumido unas obligaciones de cobertura de las demarcaciones que entrañaban una cierta concepción de servicio universal, imposible de sostener económicamente, si, al amparo de la disposición transitoria primera de la LGTT, en su número 6º, no se les ofrecen determinadas compensaciones o si al amparo del artículo 40 de la LGTT o de los artículos 11 y 16 no se establecen determinadas obligaciones de cobertura para los nuevos entrantes²⁵. En todo caso, queda subsistente también la cuestión de los derechos especiales o exclusivos de que podían gozar los antiguos concesionarios y que se verían alterados con la admisión sin limitaciones de la libre iniciativa de cualquier operador que lo desee.

La cuestión tiene ciertamente enorme complejidad y de alguna forma se relaciona con lo que, en el ámbito de la energía eléctrica, se han denominado costes de transición a la competencia. En el ámbito de las telecomunicaciones tales costos no se han previsto, pero el operador dominante podrían recuperar esos costos a

²⁵ Vid sobre ello mi artículo "El sistema de transición....." cit. REDETI. Ed. Montecorvo.

través de la fijación de las tarifas de interconexión. En el caso de los operadores de cable las previsiones que a ese respecto se contienen en la Ley son las medidas compensatorias del número 6º de la transitoria primera o bien la utilización de otras técnicas previstas en la LGTT dirigidas a la finalidad de no poner en peligro las obligaciones de servicio público o que se les han impuesto, si es que quiere que continúen ejerciéndolas. Lo que no cabe es continuar exigiéndoles el cumplimiento de sus obligaciones de servicio público y alterar el marco regulatorio, modificando los derechos especiales de que gozaban, pues ello violaría el principio de buena fe que en la reciente Ley 4/99 ha encontrado expresa traducción en el principio de confianza legítima.

No es preciso ahondar más en este momento en la cuestión, pero sirve perfectamente para señalar cómo el deslinde de títulos competenciales resulta fácil de hacer en el papel, en el artículo 1º de la LGTT, pero mucho más difícil de realizar en la práctica. La Ley de telecomunicaciones por cable estaba transida de materias televisivas y el título competencial correspondiente penetrado por ellas, incluso en aquellos aspectos organizativos y procedimentales que pudieran parecer ajenos a la televisión. La derogación de dicha Ley dejando vigente sólo los preceptos básicos en materia de radiotelevisión es una muestra de las dificultades de acometer tal deslinde y en todo caso deja sumido al intérprete, a los operadores y al aplicador de la Ley en una cierta perplejidad de la que sería conveniente que el legislador, en el ámbito de la radio y de la televisión les sacase con una nueva regulación de estas cuestiones, por otra parte muy necesitadas de la misma que no puede ya seguir descansando en textos normativos pensados sobre la matriz conceptual del servicio público en monopolio que era el modelo del que se partía en 1980 cuando se aprobó el Estatuto de Radio y Televisión.

La derogación parece precipitada, pero lo cierto es que se ha producido y, aunque lo vigente no se limite solo a los preceptos mencionados explícitamente, se hace difícil sostener, que puedan seguir subsistentes previsiones no directamente

relacionadas con el título televisión; otra cosa es que en la transformación de los títulos habilitantes hay que definir lo que es incompatible con la nueva regulación y establecer las medidas compensatorias necesarias, y en esa tarea algo deberían decir las Comunidades Autónomas a las que la anterior regulación reconoció un papel importante en aspectos que no tenían que ver estrictamente con la televisión, sino con la determinación de las demarcaciones y la selección del operador en función de los compromisos que asumía y que ahora forman parte de sus obligaciones contractuales.

IV. TERRITORIO, TELECOMUNICACIONES, Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS.

El establecimiento de las redes de telecomunicación necesita, de manera inevitable, su implantación en el territorio del Estado. Por otra parte de acuerdo con las Directivas comunitarias la protección del medio ambiente y la ordenación del medio urbano y rural se configuran como exigencias esenciales que pueden permitir el establecimiento de determinados condicionantes en una actividad que se pretende liberalizada.

La cuestión radica en que, de acuerdo con el reparto constitucional de competencias, corresponden precisamente a las Comunidades Autónomas las relativas a ordenación del territorio, urbanismo y el desarrollo de las normas básicas sobre medio ambiente. En esa perspectiva la LGTT trata de conciliar la actividad de implantación de las redes de telecomunicación, con las competencias que a las Comunidades Autónomas puedan corresponderles a esos efectos. Los artículos 44 y 46 de la LGTT tratan de establecer mecanismos de articulación entre las competencias que corresponden a las Comunidades Autónomas y el derecho de los operadores titulares de licencias individuales para ocupar el dominio público o proceder a la expropiación forzosa de bienes o derechos que puedan necesitar,

privando totalmente de la propiedad a sus titulares o estableciendo servidumbres de paso sobre las mismas²⁶.

El artículo 44.3 de la LGTT establece ya la obligación de requerir, en el momento de la redacción de los instrumentos de planificación territorial o urbanística, del órgano competente del Ministerio de Fomento los informes oportunos dirigidos a conseguir que en tales instrumentos de planificación urbanística se recojan las necesidades de establecimiento de redes públicas que se señalen por aquel. El artículo 44. 3 establece, también, la obligación de recoger en dichos instrumentos de planificación las necesidades de redes. La cuestión, sin embargo, carece de los suficientes matices, pues pudiera parecer que a los órganos competentes en la redacción de los instrumentos de planificación no les queda más alternativa que la de asumir tales necesidades. En realidad una cosa son las necesidades y otra cosa son las soluciones técnicas que puedan darse a las mismas. Y es aquí donde han de ser los órganos competentes en la materia - locales o autonómicos - a los que les corresponda un mayor margen de apreciación en la solución que técnicamente estimen conveniente para atender las necesidades puestas de manifiesto por el órgano competente del Ministerio de Fomento.

Por otra parte, y en cuanto a la utilización del dominio público, también corresponde a las Administraciones titulares del bien establecer condiciones para la ocupación del dominio público. Ocupación que no puede, en principio, negarse y que debe ser permitida con condiciones que sean transparentes y no discriminatorias.

Todo ello plantea dos tipos de cuestiones sobre las que merece la pena detenerse aquí. Por una parte está la cuestión relativa al margen de decisión que corresponde a las Comunidades Autónomas y, en su caso, a las Corporaciones

²⁶ Vid sobre ello García Bragado, Ramón "El establecimiento de infraestructuras. Expropiación, dominio público, urbanismo y medio ambiente" en "Derecho de las Telecomunicaciones" La Ley 1997, pags 949 y ss

Locales en relación con las condiciones que hayan de ponerse para la utilización del dominio público correspondiente; por otra la relativa al papel que las administraciones titulares de competencias en materia de ordenación del territorio tienen reconocidas en la LGTT.

En relación con la primera cuestión debe señalarse que el artículo 44. 1 de la LGTT dispone que las Administraciones titulares del dominio público fijarán las "condiciones y requisitos" para la utilización del referido dominio con arreglo a criterios que sean transparentes y no discriminatorios. Con independencia de la determinación en cada caso de qué haya de entenderse por criterios transparentes y no discriminatorios - lo que evidentemente se refiere a que no se discrimine a unos operadores con respecto a otros, a cuyo efecto la fundamentación de las exigencias y condiciones deben ser motivadas y razonables- lo cierto es que se plantea la cuestión de hasta qué punto las exigencias de las Administraciones titulares del dominio público pudieran tener que ver con aspectos de la utilización de dicho dominio que supongan una cierta interferencia en las condiciones técnicas del tendido o configuración de las redes.

Puede, en efecto, ocurrir que la administración titular del dominio público considere que, para su uso, deben satisfacerse una serie de requisitos o condiciones (carácter subterráneo de las instalaciones, apertura de galerías, separación con otros servicios como gas electricidad etcétera) que puedan considerarse por la Administración titular de la competencia en materia de telecomunicaciones, como una intromisión en su esfera de competencia. La cuestión puede ser, en efecto, fuente de numerosos conflictos entre las distintas administraciones actuantes, pues cada una de ellas puede pensar que las condiciones que pone a los operadores de telecomunicaciones son condiciones que están establecidas desde la perspectiva de los peculiares intereses de cada uno. Así la separación con otros servicios, o el establecimiento de galerías por las que pueda discurrir servicios de la misma o de distinta naturaleza, pueden ser considerados como aspectos que vistos desde las

administraciones titulares del dominio público no pretenden otra cosa que una mejor utilización del mismo y una garantía de seguridad y de compatibilidad de todos los servicios que por el dominio público discurren.

En esta perspectiva no resulta fácil determinar de antemano cuáles pueden ser los criterios de resolución que eventuales conflictos entre la Administración del Estado, a quien en principio corresponde la competencia en materia de telecomunicaciones, y las demás Administraciones titulares de los bienes de dominio público. A este respecto debe mencionarse la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de septiembre de 1994 que, en relación con la impugnación planteada por la Administración del Estado contra la normativa municipal sobre antenas que establecía condicionantes en relación con la colocación de antenas de recepción de señales de televisión, el Tribunal defendió la competencia municipal por la evidente conexión que la normativa municipal guardaba en relación con la defensa de intereses y bienes carácter municipal. No puede, sin embargo, escaparse a nadie que la delimitación precisa de los espacios que competen a las respectivas Administraciones, no pueden ser objeto de un deslinde "apriorístico", sino que deberán ser objeto de resolución caso por caso y, a la vista, de las circunstancias concurrentes.

En lo que hace al ejercicio de las competencias en materias urbanísticas, de ordenación del territorio, y de protección del medio ambiente la cuestión radica en que la forma de articulación de las competencias concurrentes prevista en la LGTT no resulta del todo satisfactoria. En efecto la Ley prevé, en su artículo 46.2 que, a los efectos de la expropiación forzosa, antes de la aprobación del proyecto técnico - aprobación que comporta la declaración de utilidad pública y la de necesidad de ocupación - se debe recabar el "informe de la Comunidad Autónoma competente en materia de ordenación del territorio, que ha para de ser emitido en el plazo máximo de quince días desde su solicitud".

Es esta la única intervención que la LGTT prevé en esta materia. Sin

embargo, no está claro que, en este punto, se haya hecho una trasposición fiel de la directiva de interconexión. En efecto en esta, en su artículo 11, se establece una preferencia comunitaria por la ubicación y compartición de instalaciones; preferencia en la que se insiste especialmente, en la medida en que pueda afectar al medio ambiente o a la ordenación del territorio. Significa ello, en definitiva, que la preferencia por la ubicación o por la compartición de instalaciones existe en todo caso, aunque reforzada, aún más, en la medida en que las exigencias del medio ambiente o de la ordenación del territorio lo puedan hacer aún más necesario.

Esa preferencia comunitaria ha desaparecido en los artículos 44 a 47 de la LGTT. Con esa desaparición se produce un cierto trastocamiento de la economía del sistema de ocupación de bienes de dominio público, de expropiación de los privados y de compartición de infraestructuras. En realidad, se trata de un sistema de vasos comunicantes en el que la preferencia por la ubicación y la compartición de infraestructuras determinará, inevitablemente, una disminución de las necesidades de ocupación del dominio público o del ejercicio de la facultad expropiatoria.

Ahora bien, si el medio ambiente, la ordenación del territorio, o el urbanismo constituyen en la terminología del derecho comunitario y de la Directiva de interconexión, uno de los supuestos de "requisitos o exigencias esenciales "que pueden justificar el establecimiento de limitaciones o condiciones al establecimiento de redes, es evidente que en la apreciación de la presencia o no de dichos requisitos o exigencias esenciales habrá de ser la Administración titular de las competencias en materia de urbanismo, ordenación del territorio y protección del medio ambiente la que tenga la palabra decisiva en orden a las medidas a adoptar cuando de la ocupación de bienes de dominio público o privado se trata. Las competencias autonómicas deberían, así, haber tenido más relieve en lo que se refiere a las decisiones a tomar en relación con el ejercicio de la potestad

expropiatoria o con la ocupación del dominio público, en la medida en que tal decisión está íntimamente conectada con la protección de determinados bienes y fines que están bajo la cobertura de las competencias en materia, ordenación del territorio y medio ambiente que corresponden a las Comunidades Autónomas. No se trata en este caso de excluir la competencia del Estado del ejercicio de la potestad expropiatoria, pero se echa en falta un mayor énfasis en la participación de las Comunidades Autónomas, en la perspectiva de la alternativa de la compartición de infraestructuras, que puede determinar la ausencia de necesidad de ocupación de unos bienes. Es cierto que en el artículo 46. 2 de la LGTT se hace mención al informe de la Comunidad Autónoma. Pero no es menos cierto que no aparece mencionada para nada la Comunidad Autónoma cuando en el siguiente artículo 47 se hace referencia a la compartición de bienes de titularidad pública o privada. Esa falta de referencia a la Comunidad Autónoma pudiera dar a entender que no se cuenta con ella en ese trámite o que el informe del artículo 46. 2 implica que no ha de tomarse en consideración ninguna propuesta en relación con la compartición de infraestructuras, dado que dicho informe puede entenderse como que se contrae, exclusivamente, al ejercicio de la potestad expropiatoria sin conexión alguna con alternativas como la ubicación o compartición de instalaciones, pues en rigor la Ley, al tratar de éstas, para nada menciona a las Comunidades Autónomas, de lo que podría deducirse que, sobre este particular de la alternativa de ubicación, nada corresponde decir a éstas.

De la lectura del artículo 11 de la Directiva de interconexión se deduce que no es ese el sentido que la institución tiene en el derecho comunitario y que, aun cuando no ha sido traspuesta con fidelidad en el derecho interno, el contenido de la Directiva y su razón de ser en este punto han de seguir siendo un criterio de directa inspiración para la valoración de la necesidad de ocupación. Por tanto, cuando una Comunidad Autónoma, titular de competencias en materia de ordenación del territorio, urbanismo y medio ambiente, entienda comprometidos dichos bienes por el tendido de diversas redes, difícilmente al Estado le queda

margen de apreciación para apartarse del criterio de la Administración autonómica si no existen fuertes razones de otro tipo que aconsejen utilizar la alternativa de la expropiación, a la imposición de la obligación de compartir bienes de titularidad pública o privada.

La filosofía que inspira la Directiva comunitaria sirve así de criterio interpretativo a favor de la competencia de la Administración titular de funciones en las materias que constituyen "requisitos o exigencias esenciales". En ese sentido la falta de transposición fiel de la Directiva no empece al pleno despliegue de su espíritu en el momento de la aplicación de la nueva LGTT.