



## **COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES**

D. José Giménez Cervantes, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

### **CERTIFICA:**

Que en la Sesión Nº 11/00 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 23 de marzo de 2000, se ha adoptado el siguiente

### **ACUERDO**

Por el que se aprueba la:

**RESOLUCIÓN A LA CONSULTA SOBRE OCUPACION DE PARTE DE LA VIA PUBLICA DEL MUNICIPIO DE FUENGIROLA, CON CARACTER EXCLUSIVO Y POR UNA UNICA ENTIDAD, PARA LA INSTALACION DE TELEFONOS PUBLICOS DE PAGO: REPERCUSIONES SOBRE TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. CONFORME A LA VIGENTE LEGISLACION DE TELECOMUNICACIONES Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA.**

Con fecha 2 de marzo de 2000, TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante Telefónica) presenta una consulta en la cual se solicita el pronunciamiento de la CMT respecto al “derecho que asiste a Telefónica para que la ocupación del suelo municipal por sus cabinas no resulte afectada por el resultado del concurso público convocado por esa Corporación municipal [Ayuntamiento de Fuengirola]”.

A fin de delimitar adecuadamente el contexto en el que se ubica la consulta de referencia, se indican someramente los antecedentes de hecho a considerar en el asunto que nos ocupa. (Telefónica adjunta a su escrito principal documentación pertinente al respecto).



## **COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES**

A. Con fecha 9 de marzo de 1999, el pleno de la corporación municipal de Fuengirola adoptó sendos acuerdos en virtud de los cuales :

(i). se aprobaba el pliego de cláusulas administrativas que regiría el concurso en virtud del cual se otorgaría concesión administrativa para el uso privativo, y por una única entidad, de una porción de la vía pública local, a fin de instalar en la misma teléfonos públicos de pago.

(ii). se preveía la publicación del correspondiente anuncio de licitación en el Boletín Oficial de la Provincia.

B. El día 22 de septiembre de 1999, la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento acordó, entre otros extremos, declarar válida la licitación y adjudicar la concesión administrativa antes señalada a la entidad Sistelcom Telemensaje, S.A., por un cierto canon anual y un plazo de 10 años (prorrogable hasta un máximo de 30), con las condiciones establecidas en el pliego de condiciones y las mejoras contenidas en la oferta presentada en su momento por la empresa en cuestión.

C. Con fecha 10 de febrero de los corrientes, el Ayuntamiento se dirigió a Telefónica, disponiendo que fuesen retiradas de la vía pública ciertas cabinas (en número de 19) que venían siendo explotadas por dicha empresa sobre la base de “una simple autorización singular de uso”, según reza la correspondiente orden municipal. Asimismo, se concedía un plazo de 15 días naturales para que se actuase en consecuencia, indicándose que, en caso contrario, se procedería a la ejecución directa de dicha orden por los servicios del Ayuntamiento y a costa del explotador de las cabinas.

### **I. CONFORME A LA NORMATIVA SECTORIAL DE APLICACIÓN.**

El acuerdo de 22 de septiembre de 1999, por el que se aprobaba la licitación convocada en su momento y se adjudicaba la correspondiente concesión a la empresa Sistelcom, S.A., contiene ciertas manifestaciones respecto a la posición de Telefónica que resulta significativo señalar. Así, se estima que “(...) las actuales instalaciones [cabinas] fueron concedidas por autorización y en precario a dicho operador con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley General de Telecomunicaciones y en un marco en el que no existía la libre competencia por lo que la actitud de la citada compañía en este tema sí que supondría una negativa a la liberalización del sector propiciado desde tantas esferas, y todo ello sin perjuicio de reconocer el derecho a esta Compañía para instalar en cualquier otro lugar que el Ayuntamiento estime, por poseer título para ello”.

A su vez, la orden municipal por la que se dispone la retirada de ciertas cabinas propiedad de Telefónica aduce como fundamento del correspondiente mandato



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

el hecho de que “la instalación y explotación de las cabinas telefónicas en la vía pública (...) ocupan el dominio público en base a una simple autorización singular de uso, cuyas condiciones pueden ser modificadas por esta Administración (...)”.

Así pues, podría entenderse que las actuaciones del Ayuntamiento de Fuengirola responderían, entre otras posibles, a la intención de garantizar la prestación del servicio telefónico disponible al público a través de teléfonos públicos de pago en un entorno de libre competencia. Cumple a ese respecto manifestar ciertas consideraciones a las que nos referiremos seguidamente y que mantienen la línea de pensamiento y valoración sostenida por la CMT en sus Resoluciones de fecha 15 de julio y 9 de septiembre de 1999<sup>1</sup>.

### **(i). La instalación y explotación de teléfonos públicos de pago : una actividad con doble dimensión.**

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (en adelante LGT) y de la Orden Ministerial reguladora del régimen aplicable a las licencias individuales, la instalación y explotación de teléfonos de uso público en dominio público no afecto a un servicio público era una actividad carente de entidad propia, no siendo sino parte integrante del denominado “servicio telefónico básico”.

Así lo disponía el artículo 2 del Real Decreto 1647/1994, de 22 de julio, del Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, por el que se delimita el servicio telefónico básico :

“1. Queda incluida en la prestación del servicio telefónico básico la explotación de equipos terminales de telefonía vocal que permitan al público en general acceder a este servicio y estén conectados en puntos de terminación de la red pública conmutada situados en el dominio público.

Se exceptúan los bienes demaniales que hayan sido objeto de concesión o estén adscritos, directa o indirectamente, a la prestación de un servicio público”.

La consideración de la actividad que nos ocupa como parte integrante del servicio telefónico básico era característica de un entorno de monopolio en el que el servicio de referencia, catalogado como “servicio final” era prestado por un único proveedor : Telefónica. En consecuencia, sólo este operador disponía

---

<sup>1</sup> Contestaciones a las consultas formuladas por Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A.U. y el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, sobre diversas cuestiones relacionadas con la instalación de terminales telefónicos en la vía pública.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de la habilitación necesaria a los efectos de instalar y explotar terminales telefónicos ubicados en la vía pública, a través de los cuales se prestaba el correspondiente servicio final de telecomunicaciones. Así resultaba las previsiones contenidas en la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones (en adelante LOT), y de lo dispuesto en el Contrato regulador de la concesión para la prestación de los servicios finales y portadores entre la Administración del Estado y Telefónica de España, S.A., de 26 de diciembre de 1991.

Con la apertura del sector de telecomunicaciones, la entrada en vigor de la LGT y de la Orden de Licencias modifica la condición de la actividad consistente en instalar y explotar teléfonos públicos de pago. En este sentido, debe distinguirse un doble escenario :

a). La actividad de referencia se lleva a cabo al margen de un título habilitante otorgado por la CMT para la prestación de determinados servicios de telecomunicación.

En esta primera hipótesis, se estaría en presencia de una actividad a la que no puede calificarse de “servicio de telecomunicación” en el sentido previsto por la LGT y que, por consiguiente, no está sujeta al otorgamiento de habilitación alguna por parte del esta Comisión. Se trata de la simple puesta a disposición del usuario, a cambio de contraprestación económica, de un equipo terminal a través del cual un operador de servicios de telefonía disponible al público, con el que previamente se haya contratado, proveerá la correspondiente prestación telefónica.

b). La instalación/explotación de teléfonos públicos de pago se efectúa en el marco de la habilitación conferida por la CMT para la prestación de concretos servicios de telecomunicación.

Este segundo escenario abarca aquellos supuestos en los que la actividad de referencia forma parte integrante del patrimonio jurídico que el legislador vincula a la titularidad de licencias individuales de tipo A y B, para la prestación de servicios de telefonía disponible al público.

Efectivamente, sobre la base de lo dispuesto por la LGT, el artículo 23 de la Orden citada confiere al titular de la licencia tipo A la “posibilidad de instalar terminales de uso público, situados en el dominio público, mediante su uso común, previo acuerdo con la Administración titular de éste”. Por su parte, y en relación a los titulares de licencias de tipo B, el artículo 26 de la misma disposición otorga el derecho de “instalar terminales de uso público, situados en el dominio público, que permitan su uso común”. Por consiguiente, la



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

instalación y explotación de teléfonos públicos de pago se configura, en estos casos, como actividad amparada por la habilitación conferida para la prestación de servicios de telefonía disponible al público.

La CMT ya se ha pronunciado con anterioridad sobre la cuestión que nos ocupa, estimando en su Resolución de fecha 8 de febrero de 1999<sup>2</sup> que :

“Aun cuando la normativa reguladora del servicio telefónico disponible al público no lo establece expresamente, se puede deducir que el operador del servicio telefónico disponible al público que se encuentra habilitado para instalar cabinas telefónicas en el dominio público, puede prestar el servicio telefónico ofreciendo, además, el equipo terminal telefónico de uso público.

Así, esta actividad sería similar a la que los mismos operadores realizan cuando prestan el servicio a los usuarios residenciales ofreciendo también a éstos (en el mismo contrato) el alquiler del equipo terminal de uso privado. Del mismo modo, los operadores del servicio telefónico disponible al público, a quienes la normativa reguladora de dicho servicio les autoriza a instalar equipos terminales de uso público en el dominio público, pueden prestar el servicio telefónico ofreciendo, además, el equipo terminal telefónico de uso público.

Lo anterior significa que la prestación del servicio telefónico disponible al público a través de equipos terminales de uso público no es una actividad independiente y distinta a la prestación del citado servicio telefónico, sino que se encuentra incluida dentro de los derechos que otorga la licencia para prestar el servicio telefónico disponible al público.

Cuestión distinta sería la actividad de otros operadores no habilitados para prestar el servicio telefónico disponible al público, como los consultantes, que, por cualquier otro título, obtuvieran la autorización para instalar equipos terminales conectados a puntos de terminación de red situados en el dominio público. En este caso, la explotación de los equipos terminales se configura como una actividad distinta e independiente de la prestación del servicio telefónico disponible al público. Los explotadores de equipos terminales de uso público tendrían que contratar con un operador del servicio telefónico disponible al público, los correspondientes puntos de terminación de red y la prestación del citado servicio telefónico, reduciéndose su actividad a la mera explotación de los equipos terminales mediante un sobreprecio en el coste que les facture el operador del servicio telefónico.”

**(ii). El derecho de acceso al dominio público y su reconocimiento por el legislador.**

---

<sup>2</sup> Contestación a la consulta formulada por Coysistes, S.L. y Sistelcom Telemensaje, S.A..



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La LGT prevé en su artículo 43 que “los titulares de licencias individuales para la instalación de redes públicas de telecomunicaciones a los que, de conformidad con lo dispuesto en el capítulo I de este Título, les sean exigibles obligaciones de servicio público, se beneficiarán de los derechos de ocupación del dominio público, de la aplicación del régimen de expropiación forzosa y del de establecimiento de servidumbres y limitaciones, de acuerdo con lo dispuesto en este capítulo”.

El artículo 44 de esa misma Ley delimita y detalla el ámbito de lo dispuesto por el precepto anterior, disponiendo que los titulares de referencia:

“1. (...) tendrán derecho a la ocupación del dominio público, en la medida en que ello sea necesario para el establecimiento de la red pública de telecomunicaciones de que se trate.

2. Para el otorgamiento de dicha autorización será requisito previo el informe del órgano competente del Ministerio de Fomento que acredite que el operador posee la correspondiente licencia para la instalación de la red que pretende utilizar y que el proyecto técnico reúne todos los requisitos exigidos en el título otorgado.

Las condiciones y requisitos que se establezcan por las Administraciones titulares del dominio público, para la ocupación del mismo por los operadores de redes públicas, deberán ser, en todo caso, transparentes y no discriminatorios”.

Las previsiones señaladas se hacen extensivas a la ocupación de la vía pública local, a tenor de lo dispuesto por el artículo 45 de la LGT : “(...) a) las autorizaciones de uso deberán otorgarse conforme a lo dispuesto en la legislación de régimen local.

(...) en todo caso las condiciones que se establezcan para la ocupación del dominio público local (...) deberán someterse a los principios de igualdad de trato y de no discriminación entre los distintos operadores de redes”.

Una interpretación conjunta de las previsiones contenidas en la LGT (desarrolladas por los artículos 43 y siguientes del Reglamento del Servicio Universal de Telecomunicaciones) permite concluir :

a). Que el legislador confiere a determinada categoría de operadores un genérico derecho de acceso al dominio público.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

b). Que ese derecho de acceso se condiciona al hecho de que la ocupación de referencia sea necesaria para el establecimiento de la red pública de telecomunicaciones que constituye el objeto de su habilitación.

c). Que el ejercicio de ese derecho preexistente se canaliza no a través del régimen general de ocupación de la vía pública, sino que se acoge a un procedimiento específico : efectivamente, no está sujeto a la obtención de concesión administrativa, en el marco de concurso público, para el uso privativo del dominio público. La ocupación de constante referencia queda catalogada como uso común cuyo disfrute requiere mera autorización de la autoridad administrativa correspondiente.

d). Que, con independencia de cuáles sean las condiciones que fije al respecto el titular del dominio público de que se trate, deberán respetarse los principios de transparencia y no discriminación en los requisitos establecidos en la correspondiente autorización.

Por su parte, la Orden de licencias no hace sino concretar las previsiones de carácter general contenidas en la LGT : el artículo 26 reconoce a los titulares de licencias de tipo B el derecho a “3. Ocupar, para el establecimiento o explotación de redes públicas, la propiedad pública o privada, en los términos establecidos en el capítulo II del Título III de la Ley General de Telecomunicaciones y en el Reglamento de Obligaciones de Servicio Público”.

Asimismo, como ya ha sido señalado, les confiere el derecho a “4. Instalar terminales de uso público, situados en el dominio público, que permitan su uso común”.

Nótese que en el caso de los titulares de licencias de tipo A, como ya ha sido señalado, no se les confiere el derecho, sino la posibilidad de proceder a la instalación de teléfonos públicos de pago en el dominio público. La diferencia de tratamiento obedecería a otra singularidad aplicable a este tipo de operadores y recogida en el artículo 24 de la Orden de referencia : el legislador no les reconoce, entre otros, el derecho a la ocupación del dominio público.

Las consideraciones expuestas a lo largo de este apartado, relativas a las previsiones contenidas en la legislación de telecomunicaciones, permiten distinguir, a los efectos que interesa en este Informe, dos diferentes escenarios de actuación :

### I. Operadores con licencias individuales de tipo B.





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Son titulares de un derecho preexistente de acceso al dominio público que está ineludiblemente vinculado al necesario establecimiento de la red pública de telecomunicaciones, objeto de la correspondiente habilitación. El ejercicio del derecho se acoge a un régimen administrativo singular : requerirá una simple autorización de uso común para la ocupación de la vía pública. Dicha autorización será otorgada por el titular del dominio público conforme a la normativa que sea de aplicación y respetando, en todo caso, los principios de transparencia y no discriminación.

En consecuencia, su derecho de acceso a la vía pública local para la instalación de teléfonos públicos de pago no deberá verse afectado por el eventual otorgamiento, en el marco de concurso público, de concesiones administrativas que permitan el uso privativo del dominio público local para la instalación de los terminales referidos. Se impone pues la compartición de este recurso, a fin de no vaciar de contenido el derecho conferido con carácter genérico por el legislador y concretado en la regulación del correspondiente título habilitante.

### II. Los restantes instaladores/explotadores de teléfonos públicos de pago.

En el caso de los operadores titulares de una licencia de tipo A, así como de quienes sin ser operadores de telecomunicaciones deseen instalar y explotar los terminales de constante referencia, la legislación sectorial aplicable no hace extensivo el reconocimiento de un derecho genérico de acceso al dominio público, que tampoco se ve concretado como en el supuesto anterior.

Así pues, en ausencia de previsiones específicas en la citada normativa, la ocupación de la vía pública local para la instalación y explotación de teléfonos públicos de pago deberá acogerse al régimen general que regula, sin las especialidades señaladas, el otorgamiento de concesión administrativa para el uso privativo del dominio público local, en el marco del correspondiente concurso público, y de conformidad con la normativa reguladora de las administraciones locales<sup>3</sup>.

### **(iii). Posición de Telefónica de España, S.A.U. : su derecho de acceso al dominio público para la instalación y explotación de teléfonos públicos de pago.**

La actividad de Telefónica en tanto que entidad que instala y explota terminales de uso público situados en el dominio público, encuentra su sede jurídica en un

---

<sup>3</sup> - Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (artículo 74.1).

- Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio: artículos 3.1, 75 y 78.





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

concreto título habilitante: el Contrato regulador de la concesión para la prestación de los servicios finales y portadores entre la Administración del Estado y Telefónica de España, S.A., de 26 de diciembre de 1991.

A fecha de hoy, y a tenor de lo dispuesto por la LGT en su disposición transitoria primera, el Contrato referido sigue manteniendo su vigencia. Efectivamente, el punto 6 del precepto señalado prevé la transformación de, entre otros, aquellos títulos que de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones, habilitaban para la prestación de servicios finales. Por consiguiente, una vez solicitada la correspondiente transformación, los títulos en cuestión seguirán conservando su vigencia hasta que aquélla tenga lugar.

Nótese que, como ya ha sido indicado en el presente Informe, con anterioridad a la entrada en vigor del marco normativo actual la instalación y explotación de terminales de uso público, sitios en dominio público, no era sino parte integrante de una determinada modalidad de “servicio final” de telecomunicaciones : la telefonía básica prestada a través de los terminales de referencia. Por tanto, la previsión contenida en la citada disposición transitoria primera resulta de aplicación al supuesto que nos ocupa.

Obsérvese asimismo que, habiendo siendo solicitada en su momento, la transformación del Contrato de 1991 en licencia individual de tipo B1 aún no ha tenido lugar. Por tanto sigue estando vigente a los efectos, entre otros, que se indican seguidamente.

El contrato referido habilita a Telefónica (cláusula tercera) para la prestación de lo que hoy se denomina “servicio de telefonía fija disponible al público”. Dicha habilitación implica la titularidad de un determinado patrimonio jurídico de derechos y sus correlativas obligaciones.

Concretamente, se reconoce (cláusulas tercera y novena) al operador el derecho a establecer la red e infraestructura necesarias para la prestación de dicho servicio, así como (cláusula novena) el derecho a la ocupación del dominio público que sea preciso a esos mismos efectos. Como contrapartida se le impone, entre otras, la obligación (cláusula sexta) de prestar el servicio de telefonía a través de cabinas, en los términos previstos en los correspondientes Reglamentos de Servicios.

Así pues, partiendo de determinados derechos y obligaciones en materia de prestación del servicio telefónico a través de cabinas, así como de establecimiento de infraestructura, se reconoce a Telefónica un ineludible derecho de acceso al dominio público.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Las previsiones que en materia de acceso al dominio público contiene el Contrato de 1991 no son sino la concreción de un genérico derecho de ocupación que recoge la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones (artículo 17), condicionándolo al hecho de que ello sea necesario para la instalación de la infraestructura correspondiente a determinados servicios. Así, los que actualmente se denominan servicios de telefonía fija disponible al público. El ejercicio de ese derecho preexistente se canaliza no a través del régimen general previsto por la legislación administrativa de aplicación, sino a través de un procedimiento singular : la solicitud, a la administración correspondiente, de una autorización de uso común de la vía pública para instalar y explotar en ella terminales de uso público. Se observa que el régimen establecido por la citada Ley ha sido recogido, en lo esencial, por la LGT.

En consecuencia, el derecho de Telefónica de acceder a la vía pública para la instalación/explotación de teléfonos públicos de pago no debe verse afectado por el eventual otorgamiento, en el marco de concurso público, de concesiones administrativas que permitan el uso privativo del dominio público para la instalación de los terminales referidos.

Las conclusiones anteriores se mantienen en tanto no se produzca la transformación de los títulos habilitantes otorgados a Telefónica. Una vez producida la transformación y determinadas las obligaciones de servicio público –incluyendo aquí las relativas al servicio de cabinas que hoy presta Telefónica al amparo de su concesión del servicio telefónico básico- podrá determinarse si todas, parte o ninguna de las cabinas de esa operadora quedan comprendidas en el marco del servicio universal. Asimismo, y respecto de las que no quedaran comprendidas en dicho servicio, podrá dilucidarse su régimen, que en cualquier caso, y desde el punto de vista de la legislación de telecomunicaciones, tal como se ha explicado, es el propio de los operadores con licencias B1.

En este sentido, no puede olvidarse que Telefónica, en su calidad de operador inicialmente dominante a los efectos de la prestación del servicio universal de telecomunicaciones (disposición transitoria tercera de la LGT y del Reglamento de Servicio Universal, en relación con el artículo 38.uno de esa misma Ley), está obligada a prestar en determinadas condiciones todos aquellos servicios que forman parte integrante del citado servicio universal. Entre ellos, la provisión suficiente de teléfonos públicos de pago en el dominio público, en todo el territorio nacional (artículo 37 y 12 de la LGT y del Reglamento de Servicio Universal, respectivamente), debiéndose fijar por el Ministerio de Fomento, mediante Orden y previo informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, los criterios para determinar qué se considera oferta suficiente de teléfonos públicos de pago en cada ámbito geográfico.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A estos efectos, no puede ignorarse que en cada municipio debe existir al menos un teléfono público de pago y uno más por cada 1500 habitantes (artículo 15 del Reglamento del Servicio Universal).

Cumple finalmente significar, respecto al caso concreto que ha motivado la presentación de la correspondiente consulta ante la CMT, que las consideraciones expuestas son aplicables a la situación originada por las actuaciones del Ayuntamiento de Fuengirola.

Nótese igualmente que, en términos generales, la apertura del sector de telecomunicaciones no puede implicar la exclusión del antiguo monopolista como operador en el nuevo entorno competitivo, sino la presencia de cuantos actores dispongan de la necesaria habilitación.

### II. CONFORME AL DERECHO DE LA COMPETENCIA

#### **(i). Implicaciones para la competencia efectiva en un mercado conexo: los servicios de telefonía prestados a través de teléfonos públicos de pago.**

La prestación, a nivel nacional, de servicios de telefonía a través de teléfonos públicos de pago (situados en el dominio público no afecto a un servicio público, conforme a la definición contenida en el artículo 15 del Reglamento de Servicio Universal) constituiría *per se* un mercado propio y diferenciado respecto del segmento de actividad económica consistente en la instalación y explotación de dichos terminales en el ámbito nacional. Efectivamente, el primero de estos mercados presentaría señas de identidad propias tanto en términos de especificidad de producto como desde la perspectiva de las particulares condiciones de acceso y prestación que, en el señalado ámbito geográfico, son requeridas.

Así, estaría ordenado a satisfacer las concretas demandas de comunicación de un particular segmento de usuarios de telecomunicaciones, a saber : todas aquellas personas que, con carácter permanente o transitorio, se encuentran desplazadas por motivos personales o profesionales, así como quienes carecen de terminal en su propio domicilio, fundamentalmente por razones de tipo económico o por residir en zonas geográficas en las que la prestación de servicios telefónicos a través de terminales privados no resulte comercialmente rentable, optándose por garantizar el necesario servicio universal mediante la prestación de servicios de telefonía a través de terminales de uso público. Presentaría por tanto una dimensión de servicio de interés general, en términos de directa protección del interés del usuario final, que resulta de particular importancia en un entorno liberalizado, como el actual.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, a la luz de las previsiones contenidas en la vigente regulación sectorial de aplicación, la prestación de los citados servicios constituye un servicio de telecomunicaciones que, a tenor de lo establecido por la Orden de Licencias, requiere el otorgamiento de una licencia tipo A o B1. Así lo estimó en su momento esta Comisión, al adoptar la Resolución antes citada en el marco de la consulta formulada por Coysistes, S.L. y Sistelcom Telemensaje, S.A. Por tanto, con independencia de las exigencias previstas por la autoridad municipal en materia de uso del dominio público local, el acceso al mercado que nos ocupa y la consiguiente prestación de servicios en el mismo están sujetos a la obtención de título habilitante en las condiciones previstas por el legislador de telecomunicaciones. Asimismo, la catalogación jurídica de estos servicios como actividades de telecomunicación implica para el titular de la licencia la existencia de un concreto patrimonio jurídico de derechos y obligaciones que, en el marco previsto por la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (en adelante LGT), concreta la citada Orden de Licencias Individuales.

La especificidad a la que acabamos de referirnos no es óbice a la hora de apreciar la meridiana y estrecha vinculación que el mercado de constante referencia presentaría con el mercado de instalación y explotación de terminales telefónicos sitios en la vía pública. Efectivamente, ambos resultarían ser mercados conexos, derivando tal conexión del carácter instrumental que éste último presentaría respecto del primero, puesto que constituiría el soporte necesario a fin de hacer efectiva la prestación de la referida modalidad de telefonía disponible al público, que a su vez aporta una rentabilidad añadida en relación a aquél. Puede en este sentido estimarse que dichos mercados presentarían una relación de verticalidad y se configurarían como fases diferentes de una misma cadena de valor.

Asimismo, la consideración de estos mercados como conexos permitiría calificar la prestación de servicios de telefonía a través de terminales públicos de pago como mercado potencialmente afectado por eventuales comportamientos que distorsionen la competencia efectiva en el mercado de instalación y explotación de cabinas telefónicas. Efectivamente, eventuales lesiones a la estructura competitiva de este segundo mercado podrán constituir, dada su dimensión instrumental, barreras de entrada anticompetitivas en el primero de los mercados señalados.

En razón de todas estas consideraciones procede concluir que es oportuno y necesario un pronunciamiento de esta Comisión a los efectos de determinar si puede o no vulnerar la competencia efectiva en el sector nacional de telecomunicaciones, y más concretamente en el segmento de la prestación de servicios de telefonía a través de teléfonos públicos de pago, el otorgamiento, en el marco de concurso público y a un único operador, de concesiones que



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

tienen por objeto el uso privativo del suelo municipal para la instalación de los referidos terminales por un período de hasta 30 años.

### **(ii) Barreras de entrada compatibilidad con el derecho de la competencia.**

A los efectos de emitir un pronunciamiento en el marco de la consulta planteada, procede hacer referencia a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE) respecto al derecho de los Estados miembros a conceder derechos exclusivos o especiales a las empresas. Dicha doctrina encaja en el marco configurado por los principios generales contenidos en las disposiciones de la legislación positiva comunitaria que imponen a las autoridades públicas la obligación de no poner en peligro los fines previstos por el legislador comunitario, entre ellos el mantenimiento de la libre competencia.

De la sentencia de 30 de abril de 1974, Asunto 155/73, *Sacchi*, Rec. 409, en materia de servicios de radiodifusión y televisión, resulta que el derecho comunitario no se opone a que las autoridades públicas de los Estados miembros confieran a las empresas derechos exclusivos o especiales, siempre que se respeten los principios y objetivos perseguidos por aquél (entre otros, la garantía de la libre competencia), no debiendo estos ser vulnerados por las condiciones previstas para el ejercicio de esos derechos. Este mismo planteamiento fue posteriormente sostenido en la sentencia de 10 de marzo de 1983, Asunto 172/82, *Fabricants Raffineurs d'Huile de Graissage*, Rec. 555, relativa a la eliminación de residuos de aceites. Por su parte, la respuesta suplementaria de la Comisión Europea a la pregunta escrita nº 1133/81, DOCE 1983 C136/1, pone de manifiesto que el criterio sostenido por el Alto Tribunal es asimismo compartido por el ejecutivo comunitario.

Asimismo, tanto en el citado asunto *Sacchi* como, en la sentencia de 18 de junio de 1991, en relación a la prestación de servicios de radiodifusión y televisión, Asunto C-260/89, *ERT-AE c- DEP*, el TJCE (que comparte el criterio sostenido por el abogado general Carl Otto Lenz) condiciona la compatibilidad del otorgamiento de derechos exclusivos o especiales con el ordenamiento comunitario a la concurrencia de consideraciones de interés público y naturaleza no económica.

Atendiendo pues al conjunto de las consideraciones expuestas, únicamente podría considerarse compatible con las exigencias de una competencia efectiva la concesión, por parte de las autoridades públicas, de derechos exclusivos o especiales que, aun erigiendo barreras de entrada en el mercado de que se trate, respondan a consideraciones de interés público y naturaleza no económica.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En el supuesto concreto que constituye el objeto de la consulta planteada a esta Comisión, la aplicación de la doctrina expuesta pasa necesariamente por la consideración de los extremos siguientes, a saber :

A. Una eventual incompatibilidad puede resultar del modo en que la autoridad municipal ejercite la discrecionalidad, considerable, que le ha sido conferida a la hora de gestionar el acceso al bien demanial del que es titular mediante el otorgamiento de licencia o de concesión, en función del tipo de uso. En este sentido se observa que las actuaciones y competencias de las autoridades municipales están ordenadas a la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal (artículo 25 de la Ley de Régimen de Bases). Asimismo, se señala que los municipios han de servir los intereses públicos que les están encomendados con objetividad y con sometimiento pleno a la ley y al Derecho (artículo 6 del mismo texto legal).

B. La prestación de servicios telefónicos a través de terminales públicos de pago implicaría ineludiblemente el acceso al dominio público local, que presenta un evidente carácter instrumental.

C. La apertura del sector de las telecomunicaciones, en general, y del segmento de servicios al que acabamos de referirnos, en particular, inspira indudablemente la legislación sectorial de aplicación, concretamente la LGT y la Orden de Licencias Individuales.

Dicha liberalización hace de todo punto necesaria la ausencia de barreras de entrada que impidan o dificulten el acceso a los mercados, garantizándose el mismo a todo operador que disponga del correspondiente título habilitante, y no procediendo la concesión o el mantenimiento de derechos exclusivos que impida la existencia de la necesaria pluralidad de agentes económicos. A lo sumo, podrá limitarse el número de títulos habilitantes cuando así lo aconseje la concurrencia de los denominados “requisitos esenciales”, a saber : seguridad en el funcionamiento de la red, mantenimiento de su integridad, interoperabilidad de servicios, protección de datos y medioambiental, cumplimiento de objetivos urbanísticos, uso eficaz del espectro radioeléctrico y necesidad de evitar interferencias perjudiciales entre sistemas de telecomunicaciones.

D. La defensa de la libre competencia constituye un elemento de interés general que tiene por objeto la salvaguarda del orden público económico configurado por los artículos 33.dos, 38, 128 y 131 de la Constitución española.

El Tribunal Constitucional señaló en su sentencia 88/1986 que *“el reconocimiento de la economía de mercado por la Constitución, y el compromiso de proteger el ejercicio de ésta -art. 38, inciso segundo- por parte*





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*de los poderes públicos suponen la necesidad de una actuación específicamente encaminada a defender tales objetivos constitucionales. Y una de las actuaciones que pueden resultar necesarias es la consistente en evitar aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre Empresas, apareciendo así la defensa de la competencia como una necesaria defensa, y no como una restricción, de la libertad de Empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste.”*

En el caso que nos ocupa, la exclusividad en el uso de la vía pública municipal para la instalación de terminales telefónicos de uso público impediría de forma evidente la existencia de una pluralidad de operadores que presten servicios de telefonía disponible al público a través de los referidos terminales. Constituiría en consecuencia una barrera de entrada, una restricción de la competencia efectiva en el correspondiente mercado que se vería reforzada por el período de tiempo durante el cual se mantiene dicha exclusividad. En esta tesitura el interrogante que debe plantearse es : ¿resulta o no compatible esta restricción con la legalidad general de aplicación?.

A la luz de la doctrina que ha sido expuesta con anterioridad dicha compatibilidad requeriría la concurrencia de una justificación objetiva, a saber, la protección de los requisitos esenciales que integran el interés público municipal de naturaleza no económica. De no concurrir la misma, la exclusividad en el uso de la vía pública municipal resultaría ser contraria a las exigencias de la legalidad general de aplicación.

A la hora de concluir que el otorgamiento de exclusividad en el uso de la vía pública municipal responde a la consideración citada, sería necesario tener en cuenta que, dada la dimensión, ya señalada, de la libre competencia como elemento de interés público, no se estaría en presencia de un conflicto entre un interés privado y un interés público, en el que, con las debidas garantías de proporcionalidad, prevalecería éste último\*. La colisión tendría lugar entre intereses de orden público ordenados a la garantía del bien común. En esa tesitura, procede señalar que conforme al artículo 4.uno de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, tal y como ha sido modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero de 1999, deberá ponderarse la totalidad de los intereses públicos implicados.

---

\* Reiterada jurisprudencia del TC y del TJCE consagra el principio de preeminencia del interés general sobre los intereses particulares. Así lo hacen, implícitamente, las sentencias que serán citadas en los párrafos siguientes, los cuales se pronuncian igualmente sobre la necesaria ponderación de intereses públicos y privados.





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La ponderación de dichos intereses debería efectuarse con arreglo al principio de proporcionalidad. Efectivamente, en tanto en cuanto la exclusividad de constante referencia impediría la existencia de una pluralidad de operadores en la prestación de determinado tipo de servicios, y que (sentencia del TC 88/1986) la garantía de la libre competencia no es sino la defensa del orden económico constitucionalmente sancionado, el otorgamiento de dicha exclusividad constituiría una medida restrictiva de un principio (economía de mercado) reconocido por nuestra Constitución (artículo 38). Conforme a la jurisprudencia del TC la legitimidad constitucional de tal suerte de restricciones se condiciona al carácter proporcional de las mismas (sentencia 66/1995). Por su parte, el TJCE ha declarado en repetidas ocasiones que sólo el carácter manifiestamente inapropiado, por desproporcionado, de una medida restrictiva puede afectar a la legalidad de ésta (sentencias de 14 de mayo de 1974, Asunto 4/73, *Nold*, Rec. 1974; de 13 de diciembre de 1979, Asunto 44/79, *Hauer*, Rec. 1979; de 9 de julio de 1985, Asunto 179/84, *Bozzetti*, Rec. 1985).

Con arreglo a los pronunciamientos del TC, la proporcionalidad es un principio derivado, entre otros, del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (sentencias 6/1988, 50/1995) y su valoración pasa necesariamente por la constatación de ciertas condiciones (sentencias 66/1996, 55/1996, 207/1996), a saber:

- juicio de idoneidad: la susceptibilidad o capacidad de la medida para el logro del objetivo propuesto.
- juicio de necesidad: la inexistencia de una alternativa más moderada, menos restrictiva, para la consecución de tal propósito con igual eficacia.
- juicio de proporcionalidad en sentido estricto: el equilibrio o la ponderación de la medida, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés público que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto. [En la hipótesis que estamos planteando, dado que el conflicto se plantea entre intereses de orden público, se trataría de dilucidar cuál es la mejor forma de proteger el bien común que ambos persiguen, si la garantía de la libre competencia u otros objetivos de interés público que eventualmente fundamenten la decisión de las autoridades municipales].

A este respecto, en su sentencia 66/1991 el TC manifestó que *“no siendo los derechos que la Constitución reconoce garantías absolutas, las restricciones a que puedan quedar sometidos son tolerables siempre que sean proporcionadas, de modo que, por adecuadas, contribuyan a la consecución del fin constitucionalmente legítimo al que propendan, y, por indispensables, hayan de ser inevitablemente preferidas a otras que pudieran suponer para la*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*esfera de libertad protegida un sacrificio menor”.*

Por su parte, el TJCE reitera en su sentencia de 11 de julio de 1989, Asunto 265/87, *Schröder*, Rec. 2263, su constante jurisprudencia anterior (en los ya citados asuntos *Nold*, *Hauer* y *Bozzetti*) en relación a la condición del principio de proporcionalidad como principio general del Derecho comunitario, coincidiendo asimismo con las exigencias de idoneidad, necesidad y ponderación establecidas por el TC.

En el caso que nos ocupa, el juicio de proporcionalidad habría de tener en cuenta las consideraciones a las que se ha hecho referencia en el inicio del punto II de este subapartado, a saber : dominio en la titularidad de la vía pública local, carácter ineludiblemente instrumental de ésta, apertura de mercados prevista por la vigente legislación de telecomunicaciones y la condición de la defensa de la libre competencia como elemento de interés público.

En consecuencia, son dos los criterios que cumulativamente habrían de concurrir a los efectos de determinar la compatibilidad de constante referencia : presencia de intereses públicos municipales de naturaleza no económica y proporcionalidad en la actuación. Así pues, las actuaciones llevadas a cabo por el Ayuntamiento de Fuengirola estarían objetivamente justificadas y, por tanto, no serían incompatibles con las exigencias del derecho de la competencia, si las medidas adoptadas fuesen fundada y suficientemente idóneas y necesarias a los efectos de garantizar intereses públicos municipales de naturaleza no económica (urbanísticos, medioambientales, de uso público local, etc.), cuyo ámbito y tipología vendrán delimitados por el objeto y las competencias previstas por la legislación sectorial aplicable a las entidades municipales.

De no basarse clara y suficientemente en los citados principios, las actuaciones de la corporación municipal resultarían incompatibles con el derecho de la competencia.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el Artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

José M<sup>a</sup> Vázquez Quintana

José Giménez Cervantes