



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. ALFONSO RAMOS DE MOLINS SÁINZ DE BARANDA , 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 42/04 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 25 de noviembre de 2004, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESPUESTA A LA CONSULTA PLANTEADA POR EL EXCMO. AYUNTAMIENTO DE LA VILLA DE ADEJE (TENERIFE) SOBRE DIFERENTES CUESTIONES RELACIONADAS CON LA INSTALACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE CABINAS TELEFÓNICAS EN LA VÍA PÚBLICA.

I. ANTECEDENTES.

Con fecha 28 de septiembre de 2004, ha tenido entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) escrito del Excmo. Ayuntamiento de la Villa de Adeje (Tenerife), en adelante Ayuntamiento de Adeje, en el que expone que el citado Ayuntamiento, a través de su Concejalía de Política Turística, ha procedido a elaborar un inventario de soportes de telefonía de uso público (cabinas telefónicas) instaladas en el término municipal, así como un estudio de planificación de los emplazamientos urbanos más adecuados para su ubicación, con el fin de reordenar y mejorar la accesibilidad y el tránsito de los paseos y vías urbanas locales.

Que de los datos obtenidos en ambos trabajos, se ha podido comprobar una saturación de cabinas telefónicas, concentradas en su mayor parte en la zona turística, de las cuales TELEFÓNICA ha instalado 160, además de dos locutorios.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Que siendo intención del Ayuntamiento celebrar un concurso por procedimiento abierto para la adjudicación de las ocupaciones de la vía pública en la forma prevista por el estudio de planificación realizado, se elevan a la consideración de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, las siguientes cuestiones:

- PRIMERA.- *Si sucede, como en este caso, que la oferta mínima de soportes telefónicos de uso público (22 cabinas) no sólo está cubierta sino que se supera con un exceso de 138, ¿El régimen de los soportes adicionales, continúa siendo de Servicio Universal, o puede el Ayuntamiento sacar a licitación pública las ocupaciones de esos emplazamientos?*
- SEGUNDA.- *En caso de tener la obligación de mantener los terminales ya instalados por TELEFÓNICA en su totalidad, ¿De qué forma debe proceder el Ayuntamiento para preservar la libre competencia consagrada en la LGT, dando cabida a numerosas empresas dedicadas a la instalación y explotación de teléfonos de uso público, sin que ello provoque un incremento del número de ubicaciones con la consiguiente saturación de las vías públicas urbanas?*
- TERCERO.- *¿Puede TELEFÓNICA negarse a reubicar las cabinas instaladas, a petición del Ayuntamiento, si ello implica un descenso en la rentabilidad por ingresos de las mismas, por que se considere que en el nuevo emplazamiento cumplirán mejor su función de servicio universal? (por ej , traslado de la zona turística a los barrios).*
- CUARTA.- *Las cabinas que no supongan Servicio Universal ¿ deben abonar el correspondiente canon de ocupación de la vía pública , tal como prevé el Registro de Bienes de las Corporaciones Locales, por hacer un uso especial del dominio público?.*
- QUINTA.- *¿Qué título se debe exigir al futuro concesionario de las ocupaciones de la vía pública que tiene previsto adjudicar el Ayuntamiento?, ¿Pueden participar empresas cuyo objeto de negocio es la instalación y explotación de teléfonos de uso público, o sólo aquellos que cuentan con las antiguas licencias tipo A y B1?*

II. OBJETO DEL INFORME.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El presente acuerdo tiene por objeto dar contestación a las cuestiones planteadas por el Excmo. Ayuntamiento de Adeje en el marco de la regulación que la vigente Ley 32/2003, de 3 noviembre, General de Telecomunicaciones, (en adelante Ley 32/2003), establece en materia de ocupación del dominio público en general e instalación de terminales de uso público en particular.

Se analiza igualmente la doctrina ya establecida por esta Comisión en materia de instalación y explotación de terminales sitas en dominio público, para finalmente considerar, el modelo de ordenación de cabinas descrito por el Ayuntamiento y que puedan tener relevancia con relación a la función de la CMT de adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de ofertas del servicio.

III. HABILITACIÓN COMPETENCIAL.

El presente Acuerdo se adopta al amparo de lo dispuesto en el artículo 48.3 h) de la Ley de 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, que establece que la CMT tiene competencia para asesorar a las Comunidades Autónomas y a las Corporaciones Locales, a petición de los órganos competentes de cada una de ellas, en relación con el ejercicio de competencias propias de dichas Administraciones Públicas que entren en relación con la competencia estatal en materia de telecomunicaciones.

IV. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA INSTALACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE EQUIPOS TERMINALES DE USO PÚBLICO SITOS EN EL DOMINIO PÚBLICO.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con ocasión de las diversas consultas formuladas tanto por organismos públicos como por operadores en relación a la instalación y/o explotación de cabinas en dominio público, ha ido analizando el régimen jurídico aplicable a esta materia interpretando al efecto la normativa que resulta de aplicación.

Así, durante la vigencia de la anterior Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, y de su normativa de desarrollo, fueron dictadas por el Consejo de la Comisión diversas Resoluciones¹ cuyos puntos esenciales pueden resumirse de la siguiente forma:

¹ Resoluciones de 25 de marzo de 1999; 15 de julio de 1999; 9 de septiembre de 1999; 23 de marzo de 2000; 15 de febrero de 2001 y 18 de septiembre de 2003, entre otras.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- La prestación del servicio telefónico disponible al público a través de equipos terminales de uso público no es una actividad independiente y distinta de la prestación del servicio telefónico, sino que se encuentra incluida dentro de las facultades que otorga la licencia para la prestación del citado servicio.

Cuestión distinta sería que dicha actividad fuera realizada por quien no es operador de telecomunicaciones, en cuyo caso la actividad de instalar o explotar terminales de uso público se ha venido configurando como una actividad distinta e independiente de la prestación del servicio telefónico para la que no se precisaba obtención de título habilitante alguno. Ello no obsta, sin embargo, a que dicha actividad requiera de la obtención de otro tipo de autorizaciones que vengan requeridas por otras ramas del ordenamiento jurídico que se proyecten sobre la misma. De este modo, si el terminal de uso público se instala sobre un bien de dominio público, será necesaria la obtención del título que permita la ocupación del mismo.

- Dentro del conjunto de los operadores de telecomunicaciones que prestaban el servicio telefónico disponible al público, se distinguían entre aquellos a los que la ley de telecomunicaciones les reconocía el derecho de ocupación del dominio público, (titulares de licencia B1) y aquellos a los que no les reconocía el citado derecho (titulares de licencia de tipo A1).

El reconocimiento específico por la legislación de telecomunicaciones del derecho a ocupar el dominio público, determinaba una especialidad en cuanto a la aplicación de la legislación local relativa a la ocupación del citado dominio; así, para los titulares de licencias B1, el acceso al dominio público se acogía a un régimen administrativo singular: **la autorización de uso común**.

Por el contrario, a los operadores con licencias de tipo A, y en general a todas aquellas persona o entidades dedicadas sin más a la instalación o explotación de cabinas en la vía pública, se les aplicaba el régimen general- sin especialidades- de acceso al dominio público: **concesión administrativa**.

La diferencia entre los operadores de tipo B y los restantes explotadores de cabinas, aún pudiendo tratarse de la misma actividad



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

(explotación de la cabina), viene determinada por la legislación de telecomunicaciones: para los primeros, esta última ha previsto un reconocimiento genérico del derecho a ocupar el dominio público que le libera de acudir al régimen general previsto en la legislación de régimen local. Para los segundos, esta ausencia de previsión específica en la legislación de telecomunicaciones les compele a acogerse al régimen general previsto por la normativa local.

- Aunque la normativa de telecomunicaciones no contempla la actividad de la instalación y explotación de terminales de uso público a propósito de la obtención de títulos habilitantes, sí la regula con relación a otros aspectos, e incide también sobre la misma en lo que se refiere a los principios y objetivos de competencia que han de presidir el mercado.

Ello es así, en cuanto que, aún tratándose de una actividad distinta a la de prestación del servicio telefónico, existe una evidente vinculación entre ambas. No debe olvidarse que la instalación y explotación de cabinas sirve para dar acceso a la prestación de servicios de telecomunicaciones, concretamente al servicio telefónico disponible al público. Ello hace que ambos mercados presenten una relación de verticalidad configurándose como fases diferentes de una misma cadena de valor.

La actual Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, avanza en la liberalización de las comunicaciones electrónicas haciendo desaparecer las figuras de las autorizaciones y licencias previstas en la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, sustituyendo dichos títulos habilitantes por una habilitación concedida con carácter general e inmediato por la propia ley.

Igualmente, la actual ley 32/2003, presenta algunas novedades en relación con la anterior Ley 11/1998 en relación a los **derechos de ocupación**, materia ésta directamente vinculada con la instalación y/o explotación de cabinas en dominio público.

Así, la Ley 32/2003, admite que, **sobre el ejercicio de estos derechos de ocupación, se pueda proyectar la normativa específica que se dicte por la Administración competente en materia de medio ambiente, salud pública, seguridad pública, defensa nacional y ordenación urbana y territorial.** Ahora bien, al objeto de asegurar los objetivos de la normativa comunitaria y de la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

propia Ley, establece unos límites, tanto en lo que respecta a la regulación sustantiva como al procedimiento que puedan establecer esas Administraciones.

Desde el punto de vista sustantivo, el artículo 29 párrafo primero, prevé varios límites cuando viene a disponer: *“La entidad de la limitación que entrañen [las normas adoptadas por las administraciones competentes] para el ejercicio de ese derecho [derecho de ocupación] deberá resultar proporcionada en relación con el concreto interés público que se trata de salvaguardar”*. También establece que *“Estas condiciones o límites no podrán implicar restricciones absolutas al derecho de ocupación del dominio público que se trata de salvaguardar”*, y que *“cuando una condición pudiera implicar la imposibilidad, por falta de alternativas, de llevar a cabo la ocupación del dominio público o la propiedad privada, el establecimiento de dicha condición deberá ir acompañado de las medidas necesarias, entre ellas el uso compartido de infraestructuras, para garantizar el derecho de ocupación de los operadores y su ejercicio en igualdad de condiciones”*.

Desde el punto de vista del procedimiento, la nueva ley prevé también otros límites: la exigencia de que los procedimientos para el ejercicio del derecho sean públicos, rápidos, no discriminatorios, transparentes y que las normas que resulten de aplicación fomenten una competencia leal y efectiva entre los operadores. (Artículo 29.2).

Por lo demás, la Ley 32/2003, prevé ciertas medidas en orden a garantizar la transparencia y publicidad en materia de derechos de ocupación y compartición. El artículo 31 prevé que la CMT publicará en Internet un extracto de las normas concernientes a estas materias (incluidas las de naturaleza tributaria) que cada Administración le haya comunicado, y que, asimismo, emitirá a los operadores certificaciones acreditativas de las inscripciones en el Registro, y de su consiguiente derecho a la ocupación.

En lo relativo al título concreto de ocupación del dominio público, existiría una continuidad en relación al régimen previsto en la anterior legislación, y así el artículo 28 del citado cuerpo legal, sigue hablando de “autorización” de ocupación de dominio público, título que, con independencia de su “nomen iuris”, revela la singularidad del derecho reconocido a los operadores de ocupación del dominio público frente al resto de público en general.

En lo relativo a los operadores a los que se reconocen dichos derechos de ocupación, ya no se vinculan a una determinada categoría de licencia², sino

² En la ley 11/1998, se reconocía el derecho a ocupar el dominio público y la propiedad privada a los titulares de las Licencias de tipo B y C.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que se reconoce a todos los operadores en la medida en que ello sea necesario para el establecimiento de la red pública de comunicaciones electrónicas de que se trate. La acreditación de dicha circunstancia corresponderá efectuarla al operador ante la Administración titular del dominio público que se pretenda ocupar. No existe, pues, un reconocimiento genérico del derecho de ocupación otorgado por esta Comisión, sino que dicho derecho preexistente, se definirá en concreto para cada operador en función de su propia notificación, quedando en cualquier caso garantizado legalmente que el ejercicio de dicho derecho se hará en condiciones de transparencia e igualdad y demás garantías previstas legalmente.

Por último, en cuanto al régimen de **Servicio Universal**, la Ley 32/2003 mantiene igualmente como servicio incluido dentro de este concepto, el de *“Que exista una oferta suficiente de teléfonos públicos de pago, en todo el territorio nacional, que satisfaga razonablemente las necesidades de los usuarios finales, en cobertura geográfica, en números de aparatos, accesibilidad de estos teléfonos por los usuarios con discapacidades y calidad de servicios...”*

Hasta la aprobación del nuevo Reglamento por el que se desarrolle la Ley General de Telecomunicaciones en materia de Servicio Universal y demás obligaciones de servicio público, y según lo previsto en el número cinco de la Disposición Transitoria Primera de la vigente ley, continúan en vigor las condiciones que, en cuanto precio, calidad y demás previsiones técnicas, se encuentran desarrolladas en el Reglamento aprobado mediante Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, así como en la Orden de 21 de diciembre de 2001, que regula determinados aspectos del Servicio Universal de Telecomunicaciones.

V. CONTESTACIÓN A LAS CUESTIONES PLANTEADAS EN LA CONSULTA.

De los antecedentes de hecho comunicados a esta Comisión en el escrito de consulta, cabe resaltar las siguientes cuestiones:

- El Ayuntamiento de Adeje, a través de su concejalía de Política Turística, ha elaborado un inventario de cabinas telefónicas, instaladas en su término municipal, así como un estudio de planificación de los emplazamientos urbanos más adecuados para la ubicación de dichas



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

cabinas, con objeto de reordenar y mejorar la accesibilidad y el tránsito de los paseos y vías urbanas locales.

- De ambos trabajos se ha procedido a comprobar una saturación de cabinas telefónicas en el municipio, concentradas en su mayor parte en la zona turística, y de las cuales TELEFÓNICA ha instalado 160.
- Que atendiendo a la población de derecho del municipio (alrededor de 32.000 habitantes), se estima como oferta suficiente (dentro del servicio universal) no más de 22 cabinas telefónicas.
- Que es intención de dicha corporación municipal celebrar un concurso por procedimiento abierto para la adjudicación de nuevas ocupaciones en la vía pública, según el estudio de planificación efectuado.

De conformidad con lo expuesto, se elevan a la consideración de esta Comisión, las siguientes cuestiones:

- ***PRIMERA.- Si sucede, como en este caso, que la oferta mínima de soportes telefónicos de uso público (22 cabinas) no sólo está cubierta sino que se supera con un exceso de 138, ¿El régimen de los soportes adicionales, continúa siendo de Servicio Universal, o puede el Ayuntamiento sacar a licitación pública las ocupaciones de esos emplazamientos?***

En primer lugar, de la información facilitada por el Ayuntamiento, parece que, atendido el número de habitantes del municipio de Adeje, la oferta mínima de teléfonos públicos de pago que se ha de garantizar a los ciudadanos conforme a la normativa de servicio universal, consistente en que exista al menos uno y uno más por cada 1.500 habitantes, se encuentra debidamente garantizada³.

No debe olvidarse a este respecto que la obligación de que aquí se trata, se define en el artículo 22 de la LGTel. como una obligación de garantía; se trata pues de que el legislador se asegura la prestación de dicho servicio - que considera esencial – mediante el establecimiento de un cupo mínimo de

³ De conformidad con el artículo 20.4 de la ley 32/2003, el control y el ejercicio de las facultades de la Administración relativas a las obligaciones de servicio público, corresponde al Ministerio de Ciencia y Tecnología.(Actual Ministerio de Industria, Turismo y Comercio).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

teléfonos públicos, así como asegura igualmente su prestación designando al operador que la garantice⁴.

En cuanto a las cabinas adicionales que exceden del cupo mínimo garantizado, es evidente que la prestación del servicio telefónico a través de dichas terminales, no constituye una obligación de servicio público sino una actividad de interés general que se presta en régimen de libre competencia.

Dicha diferenciación tiene, entre otras, una consecuencia inmediata: así, mientras los teléfonos públicos de pago pertenecientes al Servicio Universal deberán cumplir con las condiciones técnicas, económicas y demás previsiones contenidas en la Orden Ministerial de 21 de diciembre de 2001 reguladora de determinados aspectos del Servicio Universal de Telecomunicaciones⁵, el resto de terminales no se encuentran sujetas a dichas previsiones con carácter obligatorio.

⁴ TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., es el operador designado para la prestación del Servicio Universal hasta Diciembre de 2005.

⁵ El capítulo IV de la citada Orden ministerial, viene a establecer los criterios y las condiciones técnicas para la suficiencia de la oferta disponiendo al efecto:

1. Los teléfonos públicos de pago instalados deberán:

- a) Ofrecer a los usuarios la posibilidad de realizar llamadas con destino a cualquier abonado del servicio telefónico disponible al público, respetando el carácter gratuito, en su caso, de la misma.
- b) Permitir su uso durante las veinticuatro horas del día, contando con iluminación suficiente durante las horas nocturnas.
- c) Disponer del aislamiento acústico necesario para proteger al usuario del ruido exterior y asegurar un nivel adecuado de privacidad de las comunicaciones.
- d) Incorporar una pantalla electrónica que indique el número marcado, crédito mínimo exigido y crédito disponible, y sistemas ópticos y acústicos de aviso de finalización de crédito.
- e) Disponer, en lugar visible, de información adecuada y actualizada sobre las condiciones básicas de uso del servicio y sobre los precios del mismo, en la que se incluirá en todo caso indicación sobre el carácter gratuito de las llamadas de urgencias al servicio 112, así como, en su caso, los demás servicios de urgencias que estén definidos como gratuitos por la legislación vigente en cada momento.
- f) Disponer de medidas de seguridad adecuadas contra el vandalismo y contra su utilización indebida.

2. Los teléfonos públicos de pago efectuarán el cobro de la comunicación al final de la misma, devolviendo el saldo sobrante sobre la base de las monedas previamente depositadas. En caso de pago con tarjeta, el cobro se efectuará al finalizar la comunicación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De este modo, en la prestación por TELEFÓNICA del servicio telefónico fijo a través de terminales de uso público sitas en dominio público en el municipio de Adeje, convive una actividad de mercado (en la medida en que se ha superado la oferta mínima) con una obligación de servicio público (en relación a las terminales que satisfacen necesidades de Servicio Universal).

Diferenciado pues el régimen aplicable a las cabinas que cumplen la función de Servicio Universal, el Ayuntamiento de Adeje, parece plantear dicha diferenciación en cuanto a la posibilidad de que las cabinas de TELEFÓNICA no pertenecientes al cupo mínimo de Servicio Universal puedan ser retiradas de la vía pública y sacar a licitación dichos emplazamientos.

En otras palabras, **se plantea a esta Comisión la consulta sobre la posible legalidad de la retirada de algunas (no se dice cuantas) cabinas telefónicas pertenecientes al operador dominante con la consiguiente posibilidad de sacar a concurso público la adjudicación de dichos emplazamientos y su posterior adjudicación a otras empresas dedicadas a la instalación y explotación de teléfonos de uso público.**

Dicha cuestión, nos lleva directamente a tratar el tema de la utilización material del dominio público para la instalación de cabinas telefónicas. No obstante, con carácter previo, es preciso hacer una referencia al título jurídico ostentado por TELEFÓNICA para su acceso al dominio público para la instalación y/o explotación de teléfonos públicos de pago.

Hasta la entrada en vigor de la Ley 11/1998, la actividad de TELEFÓNICA en tanto que entidad que instalaba y explotaba terminales de uso público, encontró su sede jurídica en un 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.

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

3. Las nuevas instalaciones de teléfonos públicos de pago deberán ofrecer las opciones de pago por monedas y por tarjeta. Cuando se instalen de forma agrupada, dichas opciones deberán ser ofrecidas por el conjunto de los teléfonos públicos de pago de la agrupación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Concretamente, se reconocía (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 imponía, 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 reconocía a Telefónica un ineludible derecho de acceso al dominio público.

Las previsiones que en materia de acceso al dominio público contenía el Contrato de 1991 no eran sino la concreción de un genérico derecho de ocupación recogido en la antigua Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones- LOTT- (artículo 17), que se condicionaba al hecho de que ello fuera necesario para la instalación de la infraestructura correspondiente a determinados servicios, entre ellos los denominados actualmente servicios de telefonía fija disponible al público.

El ejercicio de ese derecho preexistente se canalizaba, 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.

El citado contrato concesional fue transformado en una Licencia B1 en virtud del Acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros de 1 de Agosto de 2003.

En el citado Acuerdo de transformación y dentro de los derechos reconocidos a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, como titular de una licencia B1 de ámbito nacional, se le reconocía expresamente- al igual que al resto de operadores titulares de licencias B1- el derecho de ocupación del dominio público y la propiedad privada para el establecimiento o explotación de redes públicas. (Apartado II, 1.4)

A este respecto la Orden de Licencias de 22 de septiembre de 1998, recogía como un derecho específico de los titulares de licencia B1, el derecho a instalar terminales de uso público sitas en dominio público para su uso común.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Ahora bien, reconociendo la peculiaridad de TELEFÓNICA en cuanto a su condición de antigua monopolista, se dispuso expresamente en el citado Acuerdo de Transformación lo siguiente:

“En particular, el titular de esta licencia puede seguir ejerciendo la totalidad de los derechos de ocupación del dominio público o de la propiedad privada que ostenta, en virtud del contrato concesional de 26 de diciembre de 1991. El titular de esta licencia ejercerá dichos derechos de conformidad con el régimen jurídico establecido en la Ley General de Telecomunicaciones y en el Reglamento del Servicio Universal”.

Se daba con esto una prolongación a los efectos jurídicos de los derechos de ocupación ya ejercidos por TELEFÓNICA en virtud del anterior régimen jurídico.

En cuanto al régimen actual, la extinción de los títulos habilitantes otorgados al amparo de la anterior Ley General de Telecomunicaciones, no afecta a los derechos de ocupación vinculados a dichos títulos de conformidad con lo establecido en la Disposición Transitoria Primera de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones.

Quiere con ello decirse que TELEFÓNICA tanto en su época de antiguo monopolista como en la etapa de la liberalización, ha disfrutado de cobertura jurídica suficiente legitimadora del ejercicio de los derechos de ocupación del dominio público y de la propiedad privada.

Ahora bien, cuestión distinta a dicho reconocimiento legal se encuentra el título concreto de ocupación concedido, en su caso, por el Ayuntamiento de Adeje a TELEFÓNICA para la concreta ocupación de los distintos emplazamientos sitios en la vía pública. Sobre dicha cuestión fundamental, nada dice el Ayuntamiento al respecto, por lo que esta Comisión desconoce la situación legal existente sobre dicha materia.

En el supuesto de que se contara con un título de ocupación, de conformidad con lo establecido en la legislación local, es evidente que se ha generado un derecho para el titular, derecho que deberá ser reconocido y respetado por la Administración durante el plazo concedido, salvo que el mismo entre en conflicto con un interés público de carácter prevalente y que haya devenido incompatible.

Ello nos lleva directamente a tratar el **régimen material de ocupación del dominio público**, dentro del cual subyace la idea de “utilidad”, o de “servicio



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

al interés general” a través de la compatibilidad de fines y usos cuando sea posible.

Esta prevalencia del interés general sobre los intereses particulares de los titulares de concesiones o autorizaciones de ocupación del dominio público, es lo que tradicionalmente ha venido justificando las denominadas “cláusulas de precario”, en virtud de las cuales se faculta al titular del dominio a dejar sin efecto la concesión de dominio o licencia de ocupación, si lo justificaran circunstancias sobrevenidas de interés público⁶, con o sin indemnización, según proceda⁷.

Ahora bien, dicha facultad ha sido convenientemente analizada en numerosas ocasiones tanto por la doctrina administrativa como por la jurisprudencia para llegar a la conclusión de que, en principio, carecen de validez las cláusulas que permiten a la Administración un poder de revocación sólo dependiente de su libre voluntad⁸. Habrá pues que estudiar las circunstancias de cada caso para comprobar la validez de la revocación, comprobar que el interés público sobrevenido es incompatible con el que motivó su otorgamiento y que sea preferente al primero...etc.

Todo ello pone de manifiesto la improcedencia de dar por válidas las cláusulas de precario sin atender a su razón de ser y a las circunstancias propias de cada caso.

En el supuesto que nos ocupa, la facultad del Ayuntamiento de Adeje de revocar las autorizaciones o concesiones otorgadas, en su caso, a TELEFÓNICA para la instalación de cabinas en la vía pública⁹, dependerá, en consecuencia, de la existencia o no de un interés público preferente que justifique tal proceder.

⁶ A este respecto, el artículo 80.10 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, incluye dentro de las cláusulas a fijar en las concesiones sobre bienes de dominio público, “*la facultad de la Corporación de dejar sin efecto la concesión antes del vencimiento, si lo justificaren circunstancias sobrevenidas de interés público, mediante resarcimiento de los daños que se causaren, o sin él cuando no procediera*”.

⁷ Señala la jurisprudencia que la pretensión indemnizatoria sólo podría excluirse cuando la autorización demanial está ligada a una situación de reconocida interinidad, siendo sustancial a la misma el elemento temporal al haberse concedido en atención a una situación extraordinaria. Se trata de la figura llamada “precariedad administrativa extraordinaria”.

⁸ Por todas puede verse la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 1997, que recoge la doctrina sobre los límites de las cláusulas de precario y su sometimiento a control judicial.

⁹ Según se ha dicho, nada dice el Ayuntamiento de Adeje en su escrito de consulta sobre los títulos concretos que ostenta TELEFÓNICA para la instalación de cabinas en dicho término municipal.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En este sentido, las motivaciones alegadas por dicha corporación municipal, parecen basarse, tanto en razones de estricto interés local, como en la aplicación de una política de promoción de competencia entre operadores o empresas dedicadas a la actividad de instalación y/o explotación de terminales de uso público.

Así, se pretende, dada la saturación de cabinas existente, sacar a licitación pública las ocupaciones de esos emplazamientos *“...para preservar la libre competencia consagrada en la LGT, dando cabida a numerosas empresas dedicadas a la instalación y explotación de teléfonos de uso público”*

Ciertamente, no corresponde a los Entes Locales constituirse en defensores de la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones, pues para eso ya tiene establecido la legislación de telecomunicaciones los oportunos órganos cualificados.

Ahora bien, no es menos cierto que 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.

A este respecto ya señaló el Tribunal Constitucional 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 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.”*

Por ello, de conformidad con los principios establecidos en los artículos 3 y 4 de la Ley de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992), los Ayuntamientos, en el ejercicio de sus propias competencias, deberán ponderar la totalidad de los intereses públicos implicados, entre los que se encuentra, lógicamente, la defensa de la libre competencia.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De este modo, ha sido doctrina reiterada de esta Comisión¹⁰, que dada la estrecha vinculación entre el mercado de la prestación del servicio telefónico disponible al público a través de teléfonos públicos de pago y el de instalación y/o explotación de cabinas, la liberalización del mercado de las telecomunicaciones hace necesaria la eliminación de posibles barreras de entrada que impidan o dificulten el acceso a los mercados, no procediendo la concesión o mantenimiento de derechos exclusivos que impidan la existencia de la necesaria pluralidad de agentes económicos.

Ahora bien, dicha doctrina es perfectamente compatible con lo igualmente establecido por esta Comisión en cuanto a que **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.**

Asimismo, se ha concluido que el derecho de TELEFÓNICA de acceder a la vía pública para la instalación/explotación de cabinas, no debe verse afectada por el eventual otorgamiento, en el marco del concurso público, de concesiones administrativas que permitan el uso privativo del dominio público para la instalación de los terminales referidos.

Las anteriores consideraciones deben ponerse, a su vez, en relación con el **principio de proporcionalidad** que necesariamente debe presidir toda actuación de los poderes públicos en aquellas decisiones o actuaciones que pudieran afectar a derechos de sus administrados.

Con arreglo a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, 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.*

¹⁰ Resoluciones de 15 de julio de 1999 y 23 de marzo de 2000.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A este respecto, en su sentencia 66/1991 el citado Tribunal 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 esfera de libertad protegida un sacrificio menor”*.

Íntimamente ligado a dicho criterio de proporcionalidad, se encontraría, pues, **la necesidad de adoptar la medida propuesta**, es decir, la inexistencia de una alternativa menos restrictiva para la protección de los intereses públicos a él encomendados:

Así, el artículo 6 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, viene a disponer:

- “1. El contenido de los actos de intervención será congruente con los motivos y fines que los justifiquen.*
- 2. Si fueren varios los admisibles, se elegirá el menos restrictivo de la libertad individual.”*

Resultado directo de la doctrina antes expuesta es que la legalidad de la medida municipal propuesta dependerá, en consecuencia, no sólo de la existencia de un bien jurídico superior que justifique el sacrificio del derecho concedido, sino también de la inexistencia de otras alternativas que, con menor sacrificio, consigan idéntico propósito; cuestión esta que nos lleva a analizar el segundo punto formulado por el Ayuntamiento de Adeje en los siguientes términos:

- **SEGUNDA: ¿De qué forma debe proceder el Ayuntamiento para preservar la libre competencia consagrada en la LGT, dando cabida a numerosas empresas dedicadas a la instalación y explotación de teléfonos de uso público, sin que ello provoque un incremento del número de ubicaciones con la consiguiente saturación de las vías públicas urbanas?**

La citada cuestión no es baladí en cuanto, según se ha expuesto, la existencia de alternativas que consiguieran el mismo fin pretendido por el Ayuntamiento - dar entrada a nuevos agentes y no incrementar ubicaciones- y que tuvieran un carácter menos restrictivo que el de la privación del uso de los



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

emplazamientos al citado operador, es uno de los elementos que podría determinar la legitimidad o no de la medida propuesta.

Igual que en otros casos en que se plantea una situación de posible escasez de los recursos necesarios para poder acceder a la prestación de un servicio, la compartición del recurso en cuestión, optimizando la ocupación de suelo público, se puede presentar como uno de los medios de solución del problema.

En este caso el objeto de la compartición lo constituiría o bien, el propio dominio público viario (instalando cada operador su propio soporte), o bien, el propio emplazamiento de la vía pública en que estuvieran instalados los soportes para los terminales de uso público (albergando cada soporte terminales de diferentes operadores).

En cualquier caso, la citada compartición se organizaría de modo distinto según tuviera o no TELEFÓNICA título de ocupación del dominio objeto de compartición.

Si dicha operadora ostentara título vigente de ocupación, no sería admisible que se le obligara a retirar sus instalaciones en beneficio de uno o varios operadores entrantes, es decir, no se debería obligar a un operador a perder, sus infraestructuras existentes para dar entrada a otro, salvo que se den las circunstancias de interés público prevalente al que nos hemos referido en la anterior pregunta. De haber espacio libre del operador ya establecido, se podría poner a disposición del operador entrante, e incluso se podría conminar a TELEFÓNICA a reordenar el espacio para, sin perder infraestructuras ubicadas, resultare más espacio útil.

La citada compartición se articularía mediante acuerdos entre operadores y en su defecto las condiciones de uso compartido se establecerían por esta Comisión según dispone el artículo 30 de la Ley 32/2003.

Para el supuesto de que TELEFÓNICA no ostentara título de ocupación o bien éste se hubiera extinguido por transcurso del plazo concedido, o por decisión municipal -por darse las circunstancias previstas en la pregunta anterior-, no podría hablarse de ningún derecho de TESAU a conservar las infraestructuras existentes, y en consecuencia ocuparía idéntica posición que los operadores entrantes, entre los que habría de repartirse el espacio.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En este caso, el Ayuntamiento de Adeje puede optar entre sacar nuevos emplazamientos para la instalación de cabinas, o bien, aprovechar los existentes.

De sacar nuevos emplazamientos más adecuados para la ubicación de este mobiliario, según el estudio de planificación realizado, la compartición entre operadores podría realizarse del propio dominio público, es decir, instalando cada operador, en su porción de dominio ocupado, su propio soporte.

En el caso de que se mantuvieran las instalaciones existentes, la entrada de nuevos agentes, requeriría la compartición de los propios soportes, implicando dicha compartición que dichos soportes albergaran terminales de diferentes operadores o agentes.

Finalmente, junto a la compartición de instalaciones propuesta, el objetivo pretendido por el Ayuntamiento de dar cabida a diferentes de empresas dedicadas a dicha actividad sin incrementar correlativamente el número de instalaciones, podría conseguirse igualmente mediante **la oferta de teléfonos de uso público que, sin estar ubicados en el dominio público vial, sean, en cambio, accesibles a los usuarios de la vía pública, en condiciones de comodidad y accesibilidad semejantes.**

Es decir, se trataría de cabinas situadas en la propiedad privada pero únicamente accesibles desde el dominio público aunque no se ocupe dicho dominio.

Resta por señalar que por la vía del convenio entre el Ayuntamiento y los diferentes agentes interesados en la instalación y explotación de teléfonos públicos de pago podrá, asimismo, llegarse a una solución en materia de establecimiento de estas instalaciones, todo ello sin perjuicio de la procedencia de convocar los oportunos concursos públicos para el supuesto de que varios operadores o agentes pretendieran acceder a los mismos emplazamientos¹¹.

En conclusión, deberá ser pues el propio Ayuntamiento de Adeje el que, en función de las circunstancias concretas existentes – situación de legalidad de las instalaciones-, de las alternativas detalladas por esta Comisión en el presente informe- posibilidad de compartición y ofertas de teléfonos de uso público en propiedad privada- y de los distintos

¹¹ Las distintas posibilidades en cuanto al acceso al dominio público por los operadores o empresas dedicadas a la instalación y explotación de terminales de uso público, será desarrollada en el último apartado del presente informe.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

intereses implicados, opte por la solución que estime más favorable para la protección de los intereses públicos afectados y menos restrictivos de los derechos o facultades individuales.

TERCERA:- ¿Puede TELEFÓNICA negarse a reubicar las cabinas instaladas, a petición del Ayuntamiento, si ello implica un descenso en la rentabilidad por ingresos de las mismas, porque se considere que en el nuevo emplazamiento cumplirán mejor su función de Servicio Universal? (por ejemplo, traslado de la zona turística a los barrios).

Por lo que respecta a la cuestión de los cambios de ubicación de las cabinas, se hace preciso diferenciar desde un principio, las cabinas que cumplen una función de servicio universal, de aquellas que no lo cumplen.

A) Con relación a las cabinas que cumplen función de Servicio Universal, dicha cuestión se encuentra expresamente regulada en la Orden de 21 de diciembre de 2001, que regula determinados aspectos del Servicio Universal de Telecomunicaciones.

Así, en el Capítulo IV regulador de los criterios de oferta suficiente de teléfonos públicos de pago situados en el dominio público de uso común, se dispone en su artículo décimo, punto cuarto, párrafo segundo:

“No obstante, se podrán realizar los cambios de ubicación que sean necesarios para mantener la adecuación de la oferta a las necesidades de los usuarios. Dichos cambios se realizarán a iniciativa de los Ayuntamientos, previa solicitud razonada al operador designado o a iniciativa de éste último, previa aprobación del Ayuntamiento”.

A continuación dispone el punto quinto:

“Para la elección de las nuevas ubicaciones se tendrán en cuenta las zonas o lugares más transitados y de mayor demanda potencial, así como aquellas otras con escasa penetración del servicio telefónico fijo disponible al público”.

Efectivamente, una vía para determinar si un determinado terminal está satisfaciendo o no necesidades de Servicio Universal, es precisamente por su ubicación, en cuanto que, según se ha tenido ocasión de comentar en apartados anteriores de este informe, las cabinas incluidas en el cupo de Servicio Universal están precisamente para cumplir una función de servicio público y no para satisfacer expectativas económicas del operador obligado.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En consecuencia, TELEFÓNICA no puede, dentro del cupo establecido, negarse a reubicar una cabina por el hecho de que dicho traslado implique un descenso en la rentabilidad por ingresos.

No obstante debe indicarse a esa Corporación Municipal, que el control de las obligaciones de Servicio Público y el ejercicio de las facultades de la Administración relativas a dichas obligaciones, corresponden al actual Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.

B) En cuanto a las cabinas que no cumplen una función del Servicio Universal (es decir, las excedentes del cupo mínimo establecido), convendría indicar con carácter general que, teniendo en cuenta que el dominio público es un recurso limitado, y por tanto que requiere ser ordenado, entra dentro de la lógica de las competencias municipales la posibilidad de establecer la distribución territorial de las cabinas, en cuanto mobiliario urbano.

No obstante dicha facultad, conviene tener en cuenta que la movilidad de la cabina introduciría una modificación sustantiva de las condiciones en que fue otorgada la correspondiente autorización, con el consiguiente perjuicio para TELEFÓNICA y por ello, dicha actuación sólo podría justificarse en la medida en que se evidenciase por el Ayuntamiento la existencia de otro interés público prevalente e incompatible con el ostentado por la operadora.

CUARTA.- ¿Las cabinas que no supongan Servicio Universal y de entender que deben de respetarse las de TELEFÓNICA por estar ya instaladas, deberán abonar el correspondiente canon de ocupación de la vía pública, tal como prevé el Registro de Bienes de las Corporaciones Locales, por hacer un uso especial del dominio público?

El Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de Marzo, que aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, se refiere en su artículo 24 a las tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial constituido en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales.

Dicha normativa será pues, a juicio de esta Comisión, la que resulte de aplicación sin perjuicio de lo establecido en la Ley 15/1987, de 30 de julio sobre la tributación de la COMPAÑÍA TELEFÓNICA NACIONAL DE ESPAÑA, actualmente aplicable a TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U, en virtud de la Ley



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

50/1998, de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y de orden social.

La citada Ley sustituye las deudas tributarias de carácter local que por su exacción pudieran corresponder a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., por una compensación en metálico de periodicidad anual en la forma y plazos reglamentariamente determinados.¹²

Por tanto, la mencionada legislación especial será, pues, de aplicación para aquellas cabinas titularidad de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. estén o no asignadas a la prestación del servicio universal. Las cabinas pertenecientes a otros operadores o agentes quedarán sometidas al régimen general de los tributos locales.

Por último, significar que, a diferencia de la normativa anterior, la vigente Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, contiene una prescripción sobre esta materia en el artículo 49 en cuanto a los principios aplicables a las tasas en materia de telecomunicaciones.

Así, se dispone que las tasas establecidas por el uso del dominio público necesario para la instalación de redes de comunicaciones electrónicas, tendrá como finalidad la necesidad de garantizar el uso óptimo de estos recursos, teniendo en cuenta el valor del bien cuyo uso se otorga y su escasez.

Dichas tasas deberán ser no discriminatorias, transparentes, justificadas objetivamente y ser proporcionadas a su fin.

Asimismo, se prevé que las mismas deberán fomentar los objetivos y principios de promoción de la competencia y desarrollo del sector e industria de las telecomunicaciones.

Finalmente se dispone que las Administraciones territoriales que gestionen y liquiden las tasas a las que se refiere el citado artículo, deberán publicar un resumen anual de los gastos administrativos que justifican su imposición y del importe total de la recaudación.

¹² Sólo se excluyen de dicho régimen especial y por tanto quedan sujetos al régimen general previsto en la legislación tributaria del Estado y a las normas específicas reguladoras de dichos impuestos, los relativos a Contribución Territorial Rústica y Pecuaria y Contribución Territorial Urbana.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

QUINTA.- ¿Qué título se debe exigir al futuro concesionario de las ocupaciones de la vía pública que tiene previsto adjudicar el Ayuntamiento. Pueden participar empresas cuyo objeto de negocio es la instalación y explotación de teléfonos de uso público, o sólo aquellos que cuentan con las antiguas licencias tipo A y B1?

Según se ha expuesto en apartados anteriores del presente informe, el reconocimiento específico por la legislación de telecomunicaciones del derecho a ocupar el dominio público, determina una especialidad en cuanto a la aplicación de la legislación local relativa a la ocupación del citado dominio.

En consecuencia a lo anterior, a la hora de que ese Ayuntamiento organice el uso del dominio público, a efectos de la instalación o reubicación de terminales de uso público, deberá tener necesariamente en cuenta el **distinto régimen que resulta de aplicación según el operador solicitante tenga o no derecho de ocupación.**

A) Para el supuesto de operadores con derecho de ocupación (aquellos operadores para los que la instalación de terminales de uso público se constituye como actividad vinculada al despliegue de redes públicas de comunicaciones electrónicas y acredite la necesidad de dicha ocupación), el título de ocupación consistirá en una **autorización de ocupación demanial concedida directamente a los operadores sin necesidad de previa licitación, salvo, lógicamente, que no exista suficiente espacio disponible para todos los solicitantes, en cuyo caso debería convocarse el correspondiente concurso entre dichos operadores.**

Ello no quiere decir, sin embargo, que el titular del dominio público no pueda establecer las limitaciones que resulten necesarias al objeto de compatibilizar los múltiples usos a los que sirve el dominio público local¹³, pero en cualquier caso, salvo razón que lo justifique, estos operadores tienen derecho a ocupar, en la medida en que lo acrediten, el citado dominio público y el Ayuntamiento la obligación de posibilitar dicha ocupación.

B) En cuanto al resto de operadores (es decir, los que no van a desplegar una red de comunicaciones electrónicas) y otros agentes que, sin ser operadores, tienen como actividad la instalación o explotación de cabinas, su acceso al

¹³ Estas limitaciones suelen venir establecidas en las Ordenanzas municipales: así se suelen definir distancias entre los soportes telefónicos y otros elementos del mobiliario urbano; anchura mínima de aceras para poder instalar las cabinas telefónicas; separación entre cabinas y elementos sensibles al interés de la circulación: semáforos, pasos de peatones, zonas de carga y descarga...etc.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

dominio público no viene condicionado por un previo reconocimiento legal de un derecho de ocupación y en consecuencia les son de aplicación, sin especialidades, la normativa que regula el acceso a dicho dominio.

Para estos agentes, al igual que para el resto de público en general, la ocupación del dominio público para la instalación de cabinas, en cuanto uso privativo de dicho dominio, requerirá, en cualquier caso, de un título concesional.¹⁴

VI.- PRESCRIPCIONES RELATIVAS AL FOMENTO DE LAS CONDICIONES DE COMPETENCIA EFECTIVA.

Queda por último por referirnos, aunque no es objeto propiamente de la consulta formulada, sobre el modo en que podría organizarse la entrada de nuevos operadores y agentes en el mercado de los teléfonos de uso público sitos en dominio público, al objeto de garantizar unas auténticas condiciones de competencia efectiva.

En casos similares a los planteados por ese Ayuntamiento, en los que se pretende una reordenación de terminales de uso público sitas en la vía pública, esta Comisión ha recomendado que la Corporación Municipal consultante formule consulta pública para conocer e identificar a los operadores y agentes interesados en la instalación y/o explotación de cabinas, recabando a su vez sus intereses o previsiones para la instalación de dichos terminales.

Sobre esta base, el Ayuntamiento podría conocer cual es la demanda real de ubicaciones y distinguir entre zonas con exceso y zonas con defecto de demanda.

Para las zonas con exceso de demanda, habría de organizarse una distribución de los recursos – los emplazamientos- nuevos o existentes.

Para ello, convendría tener en cuenta dos parámetros de decisión: por una parte la distinta condición de los operadores con derecho de ocupación del resto de operadores y agentes, y por otra, que el establecimiento de condiciones de competencia efectiva, exigiría que el usuario percibiera una

¹⁴ La posición jurisprudencial más generalizada considera que la utilización del dominio público para la instalación de cabinas constituye un “uso privativo”. Por todas Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1994, RJA 1994/9181.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

alternativa real en la oferta de estos servicios en cada área o zona determinada¹⁵.

Cabe así exponer las siguientes situaciones:

- Si para una misma zona o instalación concurrieran varios operadores con derecho de ocupación en cuanto pretendieran desplegar una red pública en la vía pública cuya ocupación solicitan al efecto de instalar una cabina, se aplicaría, entre ellos, la solución de la compartición de dicha zona de dominio público. El modo en que habría de articularse dicha compartición, ya se ha dicho, se regiría por los propios acuerdos de los interesados y en su defecto por decisión de esta Comisión.
- En cuanto al resto de operadores y agentes interesados, la petición simultánea de acceder al mismo emplazamiento o instalación se resolvería mediante la convocatoria de un concurso público celebrado con respeto a los principios de transparencia y no discriminación y a los objetivos de promoción de las condiciones de competencia efectiva.
- Finalmente queda referirse al supuesto de que pretendieran acceder al dominio público municipal para la instalación de cabinas, tanto operadores con derecho de ocupación como otro tipo de operadores y agentes. En este caso resultaría de aplicación lo dispuesto por esta Comisión en cuanto a la naturaleza que tiene el derecho de ocupación del dominio público.

Este derecho, se ha señalado, no es absoluto ni incondicionado. En concreto, uno de los límites que afectan a este derecho deriva de la normativa de telecomunicaciones, y más específicamente, del fomento de las condiciones de competencia. En este sentido, no cabe que los operadores con derecho de ocupación puedan hacer un uso del mismo que venga a privar de toda opción a los restantes operadores y empresas interesados en la instalación de cabinas.

Esta idea ya se reflejó en la Consulta planteada por el Ayuntamiento de Carreño (Asturias), aprobada por Acuerdo de 5 de julio de 2001, en

¹⁵ A este respecto, en la consulta formulada por el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife de 18 de septiembre de 2003, se concluye que la medida propuesta por dicho Ayuntamiento consistente en adjudicar cada zona a una empresa determinada supone una restricción de las condiciones de competencia efectiva y por tanto sólo una justificación de motivos de interés público, apreciados de forma proporcionada, podría justificar la citada medida.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

relación con las cuestiones planteadas por dicho Ayuntamiento en materia de instalación de cabinas:

“En estos casos, también es posible limitar la autorización de uso al operador con derecho de ocupación del dominio público a una porción concreta del emplazamiento), permitiendo el uso de ese mismo emplazamiento, en la medida en que sea posible, a otros interesados que no tengan derecho de ocupación del dominio público y que podrían obtenerlo a través de la correspondiente concesión administrativa, obtenida en un procedimiento de licitación en el que se garantizaran los principios de publicidad y concurrencia.”

Sería posible, de este modo, limitar el derecho de ocupación de estos operadores con relación a los emplazamientos que va a ofertar el Ayuntamiento, reservando determinadas ubicaciones o una determinada zona para ser, en todo caso, objeto de licitación. A estas zonas o ubicaciones tendrían oportunidad de acceder, en virtud de concurso, los diferentes operadores y empresas interesados.

En cuanto a las zonas con defecto de demanda, es precisamente en ellas donde el Ayuntamiento puede plantear el traslado de alguna de las cabinas pertenecientes al cupo de Servicio Universal.

Ahora bien, con el fin de evitar precisamente la aparición de zonas estancas garantizando, en la medida de lo posible, la presencia de una pluralidad de empresas actuando por todo el municipio, podrían organizarse los emplazamientos en diversas áreas con un interés económico equivalente.

Para lograr dicho objetivo, podrían adoptarse idénticas soluciones que las propuestas por esta Comisión al Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, mediante Resolución de 18 de septiembre de 2003, en los términos que se exponen a continuación:

“Una posibilidad de lograr este objetivo podría ser organizar zonas con un mismo número de emplazamientos cada una (como ha previsto el Ayuntamiento de Tenerife), y combinar, en cada zona, emplazamientos de un alto interés económico con emplazamientos de menor interés económico, realizando una equidistribución de los mismos (y asegurando así, también, que haya interés de los operadores y empresas explotadoras por todas las zonas).

Tampoco hay que descartar que la equivalencia se pueda lograr por otros medios, que pudieran implicar organizar zonas con diferente número de emplazamientos (unas, con un número bajo de emplazamientos pero que tengan un alto interés económico, y otras, con



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

un número mayor de emplazamientos, que tengan, en cambio, un menor interés económico)”.

Finalmente, destacar que el Ayuntamiento de Adeje, en cuanto titular del dominio público sobre el que se pretende la ocupación por los distintos operadores y agentes, es el garante de que la normativa específica que regule la ocupación del citado dominio asegure la transparencia, la no discriminación, el ejercicio de este derecho en condiciones de igualdad y resto de condiciones y requisitos exigidos por los artículos 28 y 29 de la Ley 32/2003.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común 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.

EL SECRETARIO

Vº. Bº. EL PRESIDENTE

Alfonso Ramos de Molins Saínz de Baranda

Carlos Bustelo García del Real