



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. LUIS BERMUDEZ ODRIOZOLA, 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 1997/1996, de 6 de septiembre,

### CERTIFICA

Que en la Sesión del Consejo de la Comisión del Mercado de las telecomunicaciones celebrada el día 5 de febrero de 1998, se ha adoptado el siguiente

### ACUERDO

Por el que se aprueba la

## RESOLUCION DE LA CONSULTA FORMULADA POR CABLE I TELEVISIO DE CATALUNYA, S.A.

### I. HECHOS.

**Primero.** Mediante escrito de fecha 13 de enero de 1998, cuya entrada en la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante CMT) ha sido registrada el día 16 del mes en curso, el representante de CABLE Y TELEVISIO DE CATALUNYA, S.A. (en adelante CTC) se dirige a esta Comisión solicitando sea resuelta la **consulta** que formula respecto a :

(i). **Criterio de la CMT en relación a la fecha inicial a partir de la que debe computarse la moratoria que TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A. (en adelante TELEFONICA) debe observar**, conforme a la disposición adicional segunda de la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de las Telecomunicaciones por cable, modificada por la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, **para iniciar la prestación del servicio de telecomunicaciones por cable en las demarcaciones que hayan sido objeto de adjudicación en un concurso público y**

(ii). Fecha de inicio de la moratoria que TELEFONICA debe observar **en las demarcaciones de Barcelona, Cataluña Nordeste y Cataluña Oeste.**

**Segundo.** El representante de CTC estima la legitimación activa de esta Comisión para pronunciarse a los efectos requeridos (artículo 29.Dos, letra a) del Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones) hace referencia en su escrito a la condición de su representada como entidad adjudicataria de los concursos públicos convocados por Ordenes del Ministerio de Fomento, de 18 de febrero de 1997, para el otorgamiento de una concesión



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

para la prestación, en régimen de gestión indirecta, del servicio de telecomunicaciones por cable y para la instalación de redes que le sirvan de soporte en las demarcaciones territoriales de Barcelona, Cataluña Nordeste y Cataluña Oeste, habiendo sido resueltos los concursos de referencia mediante Ordenes Ministeriales de 23 de julio de 1997, y formalizándose los correspondientes contratos administrativos el 27 de octubre del mismo año.

**Tercero.** Asimismo, tras citar la normativa sectorial de aplicación, y más en concreto los preceptos relativos al inicio de la prestación del servicio de telecomunicaciones por cable (a saber: la disposición adicional segunda de la Ley 42/1995 y el artículo 23 del Reglamento Técnico y de Prestación del Servicio de Telecomunicaciones por cable, aprobado por el Real Decreto 2066/1996, de 26 septiembre), el representante de CTC se refiere a la finalidad pretendida por el legislador al establecer la moratoria que TELEFONICA debe observar antes de comenzar a prestar el servicio que nos ocupa, posicionándose a su vez en relación a la consulta con cuya formulación concluye el escrito presentado.

## **II. CONSIDERACIONES DE ESTA COMISION EN CUANTO A LA NORMATIVA SECTORIAL EN VIGOR, A LAS DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS DE APLICACION Y A LOS DESEABLES NIVELES DE COMPETENCIA EFECTIVA EN LOS MERCADOS AFECTADOS.**

**II. A.** CTC sostiene que, “de acuerdo con la finalidad de la norma, la fecha de inicio de cómputo de la moratoria debe ser aquélla en que el operador ha podido iniciar el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones que se derivan de la concesión administrativa y que, por consiguiente, en ningún caso dicha fecha puede ser anterior a la de los contratos concesionales”.

El apartado 3 de la disposición adicional segunda de la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de Telecomunicaciones por Cable, tal y como ha sido modificada por la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones reza en los siguientes términos: *“Obtenido el título habilitante, “Telefónica de España, Sociedad Anónima”, podrá iniciar la prestación del servicio transcurridos dieciséis meses a contar desde la resolución del concurso de concesión del servicio de telecomunicaciones por cable, en la correspondiente demarcación o inmediatamente después de la resolución del concurso en caso de declararse éste desierto.*

*El Gobierno, a propuesta de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, podrá retrasar hasta un máximo de veinticuatro meses o*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*adelantar la fecha de inicio de las actividades de “Telefónica de España, Sociedad Anónima”, en los supuestos en que tal medida resulte necesaria para la existencia de una competencia efectiva en la prestación del servicio de telecomunicaciones por cable y no resulte contraria a los intereses de los usuarios”.*

Así pues, el legislador impone al operador dominante una moratoria que retrasa la prestación, por parte de éste, del servicio de telecomunicaciones por cable en aquellas demarcaciones en las que haya obtenido el título habilitante preceptivo.

A efectos de delimitar con exactitud cuándo puede el operador dominante comenzar a competir en los mercados afectados (a saber, la prestación de servicios de telecomunicaciones por cable en las demarcaciones territoriales que hayan sido objeto de adjudicación en un concurso público, en general, y en las de Barcelona, Cataluña Nordeste y Cataluña Oeste, en particular) y cuáles son las actividades que puede llevar a cabo, resulta ineludible fijar la fecha de inicio del cómputo correspondiente.

La literalidad del precepto de aplicación antes citado ubica la fecha a partir de la cual debe comenzar a computarse antes referida moratoria en *“la resolución del concurso...”*, una vez *“obtenido el título habilitante”*. Habida cuenta de este extremo y de la consideración expuesta por CTC, resulta necesario delimitar la noción de *“resolución del concurso”* y establecer si cabe o no diferenciarlo de la *“formalización del contrato”* (a saber, el contrato administrativo de concesión para la prestación del servicio).

Los servicios de telecomunicaciones por cable pertenecen conceptualmente a la categoría de servicios públicos de titularidad estatal que se prestan en régimen de gestión indirecta mediante concesión administrativa otorgada en procedimiento abierto, en su modalidad de concurso público (preámbulo y artículo 3 de la Ley 42/1995, así como el artículo 1 del Reglamento Técnico y de Prestación del Servicio). Consiguientemente, la normativa que regula el régimen jurídico por el que se regirán las concesiones del servicio que nos ocupa es la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, según prevén el artículo 6 de la Ley 42/1995 y el artículo 3 del Reglamento Técnico y de Prestación del Servicio.

Este último texto legal asigna artículos diferentes a la resolución del concurso y a la formalización del contrato administrativo de concesión : la literalidad de su artículo 14 (*“La resolución del concurso, declarándolo desierto o adjudicando el contrato, ...”*) evidencia que aquella es, en términos de conceptos, la adjudicación del contrato que lleva a cabo el órgano de contratación, a propuesta de la mesa correspondiente. Dicha adjudicación habrá de ser debidamente publicada, notificada a los interesados y, una vez formalizada,



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

remitida al Registro Público de Contratos y al Registro Especial de Operadores de Cable (artículo 16 del mismo texto legal).

Así pues, resolución del concurso, entendida como adjudicación del contrato, y formalización de éste son actos distintos, siendo esta diferenciación de suma importancia a la hora de aclarar el objeto de la presente consulta, es decir, a partir de qué momento debe computarse la moratoria impuesta a TELEFONICA y, consiguientemente, cuándo puede comenzar ésta a operar. Las mismas conclusiones son puestas de manifiesto por el iter procedimental que en relación a la adjudicación de los contratos administrativos prevén los artículos 74 y siguientes de la Ley 13/1995.

Volviendo a la literalidad de la Ley 42/1995, conforme a las modificaciones introducidas por la Ley 12/1997, TELEFONICA podrá comenzar a prestar servicio transcurridos 16 meses (susceptibles de ser ampliados o reducidos por el Gobierno, como ya se ha indicado) a contar desde la resolución del concurso. Consiguientemente y en razón de lo hasta ahora expuesto, ese período de tiempo comienza a computarse no desde la fecha de conclusión del contrato administrativo de concesión, sino a partir del momento en que el título habilitante sea adjudicado mediante concurso, y más exactamente, atendiendo a consideraciones de necesario conocimiento de las resoluciones administrativas por parte del interesado, a partir de la fecha de notificación a TELEFONICA de la resolución, mediante Orden Ministerial, del concurso de que se trate. La conclusión del contrato administrativo de concesión supone la formalización de la previa resolución del concurso, en virtud de la cual se confieren derechos y, paralelamente, se imponen obligaciones. Pero no delimita la cronología que ha de tomarse como referente a efectos de iniciar el cómputo de la moratoria a la que el operador dominante queda sujeto. En consecuencia, no procede admitir como válido el criterio sostenido por CTC, al que anteriormente nos hemos referido, y que dicha entidad fundamenta en la finalidad de la norma aplicable.

Pues bien, en lo que a esa finalidad respecta, el legislador prevé la moratoria que nos ocupa partiendo de la consideración de TELEFONICA como operador que detenta una posición de dominio allí donde esté legítimamente habilitada para prestar servicio. Así, la disposición transitoria tercera del Reglamento Técnico y de Prestación del Servicio reza como sigue : “ *“Telefónica de España, Sociedad Anónima”, tendrá la consideración de operador dominante en las demarcaciones en las que obtenga título habilitante hasta que se establezcan los dominantes en cada demarcación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 de este Reglamento*”.

Sobre la base de dicha consideración, y con independencia de la moratoria, se establecen mecanismos adicionales de garantía con el objeto de subsanar, hasta donde resulte posible, el desequilibrio de posiciones entre TELEFONICA



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

y los concesionarios alternativos. Se trata proporcionar a estos el tiempo suficiente para ir posicionándose en los mercados afectados y hacer frente a la posterior presencia en ellos de TELEFONICA. Se pretende en definitiva evitar y controlar situaciones de abuso por parte del operador dominante, asegurando igualmente la entrada y permanencia en el mercado de nuevos entrantes, logrando así el necesario nivel de competencia efectiva.

Los mecanismos a los que nos hemos referido configuran un régimen específico al que el legislador sujeta la prestación del servicio por parte del operador dominante, imponiéndole (disposiciones adicionales segunda y primera de la Ley 42/1995 y del Reglamento Técnico, respectivamente) determinadas obligaciones :

- a). Uso de sus propias infraestructuras, que habrán de soportar de forma integrada el servicio por cable con el servicio telefónico básico.
- b). Manifestación expresa y vinculante de su disposición a prestar o no prestar el servicio en la demarcación de que se trate, con carácter previo a la convocatoria del concurso pertinente.
- c). Prohibición de presentarse a los concursos para obtener una concesión, y de participar directa o indirectamente en el capital de los concesionarios, con la salvedad prevista en el punto siguiente.
- d). Prestación del servicio con las mismas características y en las mismas condiciones que el otro concesionario habilitado, y a través de una sociedad en cuyo capital participe en más del cincuenta por ciento, limitándose el número de abonados y la toma de control directo o indirecto de dicha sociedad.
- e). Prohibición de subvenciones cruzadas entre telefonía básica y servicio por cable, así como obligación de contabilidad separada.
- f). Suministro, a los distintos operadores de cable, de sus infraestructuras conforme a los principios de neutralidad, transparencia y no discriminación, y de acuerdo con determinadas características técnicas y económicas.
- g). Puesta a disposición de terceros interesados de información sobre las infraestructuras inicialmente disponibles y las condiciones de su suministro.

En razón de todo ello, se estima que el conjunto de cautelas establecido por la normativa sectorial de aplicación garantiza suficientemente la finalidad a la que responden, finalidad ésta que no justifica fijar la fecha de inicio del cómputo de la moratoria impuesta a TELEFONICA a partir de la formalización del contrato administrativo de concesión. No procede pues considerar como válido el criterio sostenido por CTC respecto a la motivación de su primer posicionamiento.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

**II.B.** La entidad CTC manifiesta igualmente en su escrito que “hasta que el operador no ha obtenido título habilitante, no puede iniciar actuación alguna que le permita competir en el mercado. Pero es que además, aunque tenga el título habilitante, no puede desarrollar la construcción de la red ni la prestación de los servicios hasta que le sea aprobado por el Ministerio de Fomento el o los correspondientes proyectos técnicos; dichas actividades (construcción y prestación de servicios) son también presupuestos de necesario cumplimiento para competir en el mercado de las telecomunicaciones por cable”.

**La cuestión de la moratoria impuesta por el legislador a TELEFONICA y la fecha de inicio del cómputo correspondiente lleva aparejada la de delimitar el tipo de actuaciones que puede llevar a cabo el operador dominante en función de la cronología que se tome como referente.**

Huelga, por evidente, comentar la imposibilidad de proceder a cualquier tipo de actuación al margen del preceptivo título habilitante, que confiere derechos e impone obligaciones. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones comparte el mismo criterio que CTC respecto a este extremo. Sin embargo, difiere en cuanto a la tipología de las actuaciones que se pueden emprender.

Efectivamente, cuando la Ley 42/1995 y del Reglamento Técnico y de Prestación del Servicio, en sus artículos 7 y 23, respectivamente, prevén que el concesionario deberá proceder a la instalación de la infraestructura necesaria para la prestación del servicio *“una vez adjudicada la concesión ...”*, el legislador está posibilitando el llevar a cabo desde la resolución del concurso, en los términos vistos anteriormente, actuaciones que, aunque vinculadas a la prestación de ese servicio, no constituyen dicha prestación en sí misma, sino operaciones que le permitirán a TELEFONICA competir en los mercados afectados, preparando su futura entrada en los mismos, pero sin permitirle satisfacer, antes del fin de la moratoria impuesta, las necesidades de los usuarios mediante la provisión efectiva el servicio de que se trate.

Para mayor abundamiento, el ya citado apartado 3 de la disposición adicional segunda de la Ley de Telecomunicaciones por Cable, se refiere a su vez y literalmente a la *“prestación”* del servicio, no a operaciones o actuaciones como establecimiento de infraestructura y solicitud de los correspondientes permisos, publicidad y oferta de servicios ...que, aunque conexas a ella, no son dicha prestación, sino prolegómenos que anticipan una ulterior prestación. Los posibles inconvenientes que tales actuaciones pudieran acarrear a los concesionarios alternativos, si así fuere, no han de ser considerados como consecuencias de un comportamiento abusivo por parte de TELEFONICA, sino como exigencias propias e inevitables de todo mercado abierto y en competencia.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El artículo 23 del Reglamento Técnico y de Prestación del Servicio establece que *“el concesionario vendrá obligado, con carácter previo a la puesta en funcionamiento del servicio, a presentar el correspondiente proyecto técnico, debidamente visado, a la Dirección General de Telecomunicaciones para su aprobación.*

*Una vez aprobado el proyecto y ejecutadas las obras, el concesionario podrá iniciar la explotación del servicio con carácter provisional en tanto se realice la inspección de las redes e infraestructuras y demás instalaciones por el Ministerio de Fomento”.*

Pues bien, el precepto citado hace referencia literalmente a la “puesta en funcionamiento” del servicio, y lo hace precisamente tras habilitar normativamente al concesionario para establecer la infraestructura necesaria una vez adjudicada la concesión. Llegados a este punto conviene significar que el concepto de puesta en funcionamiento coincide con el de prestación del servicio, puesto que el común denominador de ambos es la efectiva accesibilidad y disponibilidad de dicho servicio por parte del usuario. Por consiguiente, el hecho de que el concesionario esté obligado a presentar el referido proyecto técnico antes de prestar de forma transitoria el servicio, no obsta para que pueda llevar a cabo las actuaciones preparatorias antes indicadas, como la instalación de infraestructura que CTC menciona en su escrito, a partir de la resolución del concurso.

El precepto objeto de comentario no hace sino tratar de garantizar, en la medida de lo posible, que la dimensión técnica de la futura prestación sea acorde a las previsiones, conocidas a priori por el concesionario, del Reglamento Técnico y de Prestación del Servicio, del pliego de bases administrativas y condiciones técnicas, y a las fijadas por el propio concesionario en su oferta, como prevé la cláusula primera de los contratos formalizados por CTC.

FINALMENTE, HA DE SEÑALARSE QUE LAS CONSIDERACIONES DE ESTE APARTADO II.B., FUNDAMENTADAS EN LA LITERALIDAD DE LA NORMATIVA SECTORIAL DE APLICACIÓN, CONCUERDAN IGUALMENTE CON LA FINALIDAD PREVISTA POR EL LEGISLADOR (EL LOGRO DE UNA COMPETENCIA EFECTIVA), CABIENDO ARGUMENTAR ESTA AFIRMACIÓN EN EL MISMO SENTIDO EN QUE SE HIZO EN EL APARTADO ANTERIOR II.A.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### III. POSICION DE LA COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES.

En virtud de todo lo expuesto de este escrito de certificación, esta Comisión considera:

**Primero.** Por lo que respecta a la primera cuestión formulada por la entidad CTC en su escrito: la fecha inicial a partir de la cual debe computarse la moratoria impuesta a TELEFONICA DE ESPAÑA S.A. por la disposición adicional segunda de la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de las Telecomunicaciones por cable, modificada por la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, para iniciar la prestación del servicio de telecomunicaciones por cable en las demarcaciones que hayan sido objeto de adjudicación en concurso público, será no la de conclusión del contrato administrativo de concesión, sino aquella en la que el título habilitante sea adjudicado mediante el preceptivo concurso, y más exactamente, atendiendo a consideraciones de necesario conocimiento de las resoluciones administrativas por parte del interesado, será la **fecha de notificación a TELEFONICA DE ESPAÑA S.A. de la resolución, mediante Orden del Ministerio de Fomento, del concurso público de que se trate.**

La conclusión del contrato administrativo de concesión supone la formalización de una previa resolución del concurso público, en virtud de la cual se confieren derechos y, paralelamente, se imponen obligaciones. Pero no delimita la cronología que ha de tomarse como referente a efectos de iniciar el cómputo de la referida moratoria.

**Segundo.** Las consideraciones del apartado anterior se hacen extensivas a la cuestión formulada por CTC en segundo lugar, concretándose respecto a las demarcaciones territoriales de Barcelona, Cataluña Nordeste y Cataluña Oeste en la fecha de notificación a TELEFONICA DE ESPAÑA S.A. de las resoluciones, mediante Orden del Ministerio de Fomento, de los correspondientes concursos públicos en dichas demarcaciones.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

José Mª Vázquez Quintana

Luis Bermúdez Odriozola