



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. LUIS BERMÚDEZ 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 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA:

Que en la Sesión Nº 27/99 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 15 de julio de 1999, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

CONTESTACIÓN A LA CONSULTA FORMULADA POR LA ENTIDAD “TELEFÓNICA TELECOMUNICACIONES PÚBLICAS, SOCIEDAD ANÓNIMA UNIPERSONAL, REFERENTE A LA POSIBLE RESTRICCIÓN DE LA COMPETENCIA COMO CONSECUENCIA DE LA ADJUDICACIÓN POR CONCURSO DEL USO PRIVATIVO DEL SUELO MUNICIPAL A UN ÚNICO OPERADOR PARA LA INSTALACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE CABINAS TELEFÓNICAS EN LA VÍA PÚBLICA

I. OBJETO DE LA CONSULTA Y COMPETENCIA DE ESTA COMISIÓN PARA SU CONTESTACION

La presente contestación se refiere a la consulta planteada por la sociedad “TELEFÓNICA TELECOMUNICACIONES PÚBLICAS, SOCIEDAD ANÓNIMA UNIPERSONAL (en adelante TTP) referente a la posibilidad de que la adjudicación por parte de los Ayuntamientos mediante concursos públicos del uso privativo del suelo municipal a un único operador para la instalación y explotación de cabinas telefónicas en vía públicas por períodos de tiempo de hasta treinta años, pueda suponer supuestos de restricciones a la libre competencia en la actividad de la instalación y explotación de las citadas cabinas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante CMT), en virtud de lo expuesto en el artículo 29.2.a) del Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, por el que se aprueba su Reglamento, deberá resolver las consultas que puedan formularle tanto los operadores de redes y servicios de telecomunicación como las asociaciones de consumidores y usuarios de estos servicios.

II. ANÁLISIS DEL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA EXPLOTACIÓN DE EQUIPOS TERMINALES DE USO PÚBLICO SITUADOS EN EL DOMINIO PÚBLICO DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA NORMATIVA SECTORIAL DEL TELECOMUNICACIONES

Esta Comisión se ha pronunciado en su sesión de fecha 25 de marzo de 1999, conociendo de una consulta formulada al efecto, sobre el régimen jurídico de la instalación y explotación de equipos terminales de uso público en dominio público.

Resumiendo el contenido de la contestación realizada en torno a dicha consulta, se venía a concluir que la instalación y explotación de terminales de uso público en zonas de dominio público no debía ser, por si misma, objeto de licencia ni autorización, en la medida que esta actividad no podía calificarse como de telecomunicaciones, por cuanto simplemente consistía en poner a disposición del público un equipo terminal telefónico a cambio de una contraprestación económica, dándose la circunstancia de que el servicio de telecomunicación, en este caso el servicio telefónico, lo prestaba el licenciatario con el que el explotador de la cabina debía contratar el correspondiente servicio, para que hasta el equipo terminal pudiese llegar las llamadas telefónicas.

No obstante, esta consideración era de aplicación a todo aquel explotador de una cabina que no contara con una licencia de telecomunicaciones del tipo A o B1 por cuanto si se trataba de un operador de esta naturaleza, el ejercicio de la actividad amparada por su licencia incluía tanto la explotación del equipo terminal como la prestación del servicio telefónico, sin que ambas actividades se prestaran de modo separado.

No se olvide que entre los derechos que la Orden de 22 de septiembre de 1998 por la que se regula el régimen de las licencias individuales, otorga a los licenciatarios de tipo A y B, se prevé el de instalar terminales de uso público situados en el dominio público mediante su uso común¹.

¹ El artículo 23.3 de la Orden de 22 de septiembre, señala como derecho de los titulares de licencia de tipo A lo siguiente:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En definitiva, en la contestación a la consulta de referencia se concluía manifestando lo que sigue:

“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

3. “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 otro lado, los titulares de licencias de tipo B tendrán derecho, según el artículo 26. 4 a lo siguiente;

4. “Instalar terminales de uso público, situados en el dominio público, que permitan su uso común.”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

mera explotación de los equipos terminales mediante un sobreprecio en el coste que les facture el operador del servicio telefónico.”

III. VINCULACION ENTRE LAS DIFERENTES FORMAS DE INSTALAR Y EXPLOTAR TERMINALES EN DOMINIO PUBLICO Y EL DERECHO A OCUPAR EL DOMINIO PÚBLICO

El tratamiento del derecho a instalar terminales de uso público, situados en el dominio público que se hace en la Orden Ministerial de Licencias descansa sobre previsiones diferentes de la LGTel.

Para los titulares de Licencias tipo B1, la Orden Ministerial reconoce un derecho a esa instalación, derecho entroncado con el genérico de ocupación del dominio público que tienen reconocido en la LGTel (arts. 43 y 45) como titulares de licencias "de red", y definido en cuanto al modo de utilización del dominio público local que implica: un uso común sometido a autorización que habrá de otorgarse con arreglo a la legislación local pero siempre de acuerdo con los principios de igualdad de trato y no discriminación (art. 45 LGTel) y teniendo en cuenta la obligación que se les impone en el 44.3 Este régimen de utilización del dominio público se impone ex lege sobre la normativa de régimen local.

Sin embargo, para los titulares de Licencias tipo A, la posibilidad de instalar terminales de uso público no descansa en una previsión semejante de la Ley General, que condicione el tratamiento de la utilización del dominio público por las entidades Locales, lo que obliga a aquellos titulares a acudir al régimen general previsto en la legislación local.

A) OPERADORES CON LICENCIA DE TIPO B

El artículo 43 de la LGTel que se denomina “*Titulares de los derechos*” establece que “*los operadores 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 explotación forzosa y del establecimiento de servidumbres y limitaciones, de acuerdo con lo dispuesto en este capítulo*”. Del enunciado del precepto transcrito puede deducirse, a los efectos que interesan en este informe (la prestación del servicio telefónico disponible al público a través de teléfonos de uso público), que los titulares de determinadas licencias pueden ser titulares de derechos de ocupación del dominio público.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 44 (titulado “*Derecho de ocupación del dominio público*”) delimita el alcance de tal derecho y, a dicho efecto, el apartado 1 del mismo prevé que “*Los titulares de licencias individuales para el establecimiento de redes públicas de telecomunicaciones a los que se refiere el artículo anterior, 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.*”.

Consecuentemente, el derecho a la ocupación del dominio público por los titulares de licencias individuales para la prestación del servicio telefónico disponible al público únicamente podría nacer en tanto en cuanto tal ocupación sea necesaria para el establecimiento de la red pública de telecomunicaciones que su título habilitante le dé derecho a implantar. A la misma conclusión se llega analizando el apartado 3 del mismo artículo que prevé que “*Los órganos encargados de la redacción de los instrumentos de planificación territorial o urbanística deberán recabar del órgano competente del Ministerio de Fomento el oportuno informe, a efectos de determinar las necesidades de redes públicas de telecomunicaciones. Los diferentes instrumentos de planificación territorial o urbanística deberán recoger las necesidades de establecimiento de redes públicas de telecomunicaciones, señaladas en los informes del Ministerio de Fomento.*”

Este derecho de ocupación, reconocido genéricamente, se concreta en la Orden de Licencias Individuales, distinguiendo según se trate de operadores con Licencia de tipo A o B1.

Para el caso de operadores con licencia de tipo A, el artículo 24 de la Orden de Licencias establece los titulares de este tipo de licencias no tendrán derecho a la ocupación del dominio público ni de la propiedad privada, ni a compartir infraestructuras con otros operadores.

Para los operadores con licencias de tipo B, el artículo 26 de la Orden de Licencias dispone como derecho el de 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.

Este diferente régimen de los titulares de licencias de tipo A y B presenta como corolario el que mientras los operadores con licencia tipo B tienen el derecho a instalar terminales de uso público, situados en el dominio público, los operadores con licencia de tipo A, tan sólo cuentan con “la posibilidad de instalar terminales de uso público, situados en el dominio público”, “previo acuerdo con la Administración titular de éste”.

Esta diferente consideración es refrendo de la manera como la Ley General de Telecomunicaciones y el Reglamento del Servicio Universal



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

materializan el derecho genérico de ocupación del dominio público atribuido a los operadores de tipo B.

En este sentido, el artículo 44 de la Ley General de Telecomunicaciones dispone que “los titulares de licencias individuales para el establecimiento de redes públicas de telecomunicaciones (esto es operadores con licencia de tipo B o C) a los que se refiere el artículo anterior, 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”.

Este derecho se ejercita, según lo dispuesto en el artículo 46 del Reglamento desarrollo del Título III de la Ley General de Telecomunicaciones, mediante una solicitud de ocupación concreta de bienes que el operador dirija a la administración titular del dominio.

Es decir, las disposiciones referidas prevén un procedimiento singular de ocupación de bienes concretos, en el que se aplicará posteriormente la legislación sectorial (de régimen local si se trata de ocupación de bienes de dominio público local) sin perjuicio de la necesidad de contar siempre con un informe previo del órgano competente del Ministerio de Fomento que acredite que el operador cumple las condiciones exigidas en el artículo 44 de la Ley General y que el proyecto específico de ocupación de bienes de dominio público que el operador ha presentado ante la Administración titular es coherente con las previsiones de extensión y delimitación geográfica previstas en el proyecto técnico de la licencia individual.

En el caso de la legislación de régimen local, el artículo 45 de la Ley General nos precisa que “las autorizaciones de uso (de dominio público local) deberán otorgarse conforme a lo dispuesto en la legislación de régimen local”.

De esta disposición se desprende que la categoría jurídica considerada para la ocupación concreta de bienes de dominio público local es la “autorización de uso”, que dentro del marco jurídico que constituye el ordenamiento de las entidades locales no puede equipararse a la figura de la concesión propia del régimen de uso privativo del dominio público.

En este sentido, la indicación de que el régimen aplicable debe ser el de una autorización de uso tiene su razón, en la medida en que tiene como corolario el que ese uso pueda ser compartido con otros operadores de telecomunicaciones o de sectores estratégicos, con derechos genéricos de ocupación del dominio público, a diferencia del régimen concesional, que no habilita para esta compartición.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En conclusión, para operadores de tipo B (y entre ellos obviamente los obligados a prestar el servicio universal), el régimen de ocupación de dominio público se articula mediante un reconocimiento genérico en su licencia individual y en una autorización singular otorgada de conformidad con la normativa de régimen local.

Téngase en cuenta, además, que tanto la Ley General de Telecomunicaciones como el Reglamento desarrollo del Título III de esta última Ley disponen que la Administración titular del dominio público podrá poner condiciones y requisitos para la ocupación de dicho dominio, las cuales serán en todo caso transparentes y no discriminatorias.

En consecuencia, los operadores de tipo B a los que les sea de aplicación el régimen descrito no necesitan participar en un procedimiento de concurso público para ocupar el dominio público concreto, dado que el procedimiento aplicable es el descrito que supone una solicitud particular y la tramitación de un expediente de autorización singular.

B) OTROS OPERADORES Y EXPLOTADORES DE TERMINALES SITUADOS EN EL DOMINIO PÚBLICO

La situación es diferente para los operadores con licencia de tipo A o simplemente para quienes desean explotar un terminal de uso público situado en el dominio público sin contar con una licencia expedida de conformidad con la legislación de telecomunicaciones.

Este tipo de agentes, en la medida que carecen del reconocimiento genérico de ocupación del dominio público, les son de aplicación las normas que regulan, sin especialidades, la ocupación de dicho dominio.

El artículo 74.1 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril determina que son bienes de uso público local los caminos y carreteras, plazas, calles, paseos parques, aguas, fuentes, canales puentes y demás obras públicas de aprovechamiento o utilización generales cuya conservación y policía sean de la competencia de la Entidad local. En el mismo sentido se expresa el artículo 3.1 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio. Consecuentemente, la instalación de equipos terminales telefónicos de uso público en cualquiera de los lugares a los que se refieren los anteriormente citados artículos constituye el uso de un bien de dominio público local.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Sentado lo anterior, es necesario examinar qué clase de ocupación del dominio público municipal constituye la instalación de equipos terminales telefónicos de uso público en la vía pública, cuando no va acompañada, como se ha visto, de la instalación de una red pública de telecomunicaciones.

Pues bien, de todas las modalidades de ocupación del dominio público reconocidas en el artículo 75 del Reglamento de Bienes de las entidades Locales (uso común, general y especial, uso privativo, uso normal y uso anormal), la instalación y explotación de cabinas en la vía pública, que, se reitera, no vendría acompañada por quien va a dedicarse a esta actividad, por la instalación de una red pública de telecomunicaciones, supondría un uso privativo del dominio público municipal.

En efecto, es comúnmente aceptado por la doctrina jurisprudencial que la instalación de quioscos y demás mobiliario público similar (entre los que se encuentran las cabinas telefónicas), cuando dicha instalación tenga carácter permanente, constituyen supuestos de ocupación privativa del dominio público municipal.²

Pues bien, admitido lo anterior, el artículo 78 del tan mencionado Reglamento de Bienes de las Entidades Locales nos dice que el uso privativo de bienes de dominio público estará sujeto a concesión administrativa y que las concesiones se otorgarán previa licitación, con arreglo a los artículos que le siguen y a la normativa reguladora de la contratación de las Corporaciones locales.

De todo lo anterior se concluye que la instalación de equipos terminales de uso público en el dominio público local por aquellos operadores que no cuenten con una licencia de tipo B constituye un uso privativo de dicho dominio público cuya titularidad corresponde a las entidades locales de carácter territorial a las que pertenezca el dominio público ocupado. Por lo tanto la competencia para conceder el título habilitante (concesión) de tal ocupación privativa corresponde, por ministerio de la Ley, a las correspondientes Administraciones Locales que deberán autorizar dicha ocupación por medio del preceptivo concurso público.

Adviértase que la diferencia entre los operadores de tipo B y los restantes explotadores de cabinas, aún pudiendo tratarse en ambos casos de la misma actividad de prestación al usuario (la explotación de la cabina), viene determinada por la legislación de telecomunicaciones: para los primeros, esta última legislación ha previsto un reconocimiento genérico del derecho a ocupar

² Por todas, Sentencia de 15-11-1994. Recurso núm. 2133/1990 Tribunal Supremo, Sala 3ª de lo Contencioso Administrativo, Sección 4ª RJA 1994\9181



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

el dominio público que le libera de acudir al régimen general de ocupación del dominio público previsto en la legislación de régimen local; para los segundos, esta ausencia de previsión específica en la legislación de telecomunicaciones le compele a acogerse al régimen específico previsto por la normativa local.

IV. RESPUESTA A LA CONSULTA PLANTEADA.

La consulta formulada por la entidad interesada se refiere a la posible restricción de la competencia en la actividad consistente en la instalación y explotación de cabinas telefónicas en la vía pública, como consecuencia de la adjudicación por concurso del uso privativo del suelo municipal a un único operador, por los Ayuntamientos durante un plazo de hasta treinta años.

En relación a la consulta planteada y en los términos en que lo ha sido, puede manifestarse lo que sigue:

- 1) Que de convocarse dichos concursos, en cualquier caso debería respetarse el derecho de los operadores de tipo B a ocupar el dominio público local, mediante una autorización de uso, sin necesidad de concurrir a la licitación que al efecto se convocase por la Administración local.

En consecuencia, el concurso se podría convocar para que concurrieran todos aquellos operadores interesados en ocupar el dominio público que no tuvieran un reconocimiento genérico para dicha ocupación de acuerdo con las licencias que la CMT les hubiera otorgado.

- 2) En relación con una supuesta práctica contraria a la competencia consistente en la adjudicación a un único operador, distinto de un operador de tipo B, debe matizarse lo siguiente:
 - Que previsiblemente ya no podría hablarse de la existencia de un único operador con derechos de explotación de cabinas, en la medida en que convivirían en el mismo mercado, compitiendo, el adjudicatario del concurso y los operadores de tipo B que se decidieran (o estuvieran obligados si prestan servicio universal) a la instalación y explotación de cabinas.
 - Que según las circunstancias la existencia de concursos de este tipo, que determinan el que sólo se preste servicio por un único operador, no tienen por que vulnerar la normativa sobre la libre competencia, siempre que se acredite la presencia de intereses públicos municipales de naturaleza no económica y proporcionalidad en la actuación que justifiquen el otorgamiento de una exclusividad (que se insiste no es total



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

si aparecen operadores de tipo B interesados en ocupar el dominio público) en el uso de la vía pública municipal para la instalación de teléfonos públicos de pago y que se garantice la no creación de una estructura que imponga, posibilite o promueva actuaciones abusivas de la empresa concesionaria.

Este comentario, por la incidencia que puede suponer en la convocatoria y adjudicación de concesiones, aconseja un mejor análisis que se desarrolla a continuación.

V. ANALISIS DE LA CONSULTA DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA.

La consulta formulada por CABITEL centra el eventual carácter anticompetitivo de la actuación de los ayuntamientos en dos concretos elementos, a saber: la exclusividad en el acceso al dominio público y la permanencia de esa exclusividad a lo largo de un determinado lapso de tiempo.

A los efectos de emitir un pronunciamiento sobre las cuestiones planteadas, 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 éstos 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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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) se 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.

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

A. La posición de dominio que ostentarían las autoridades municipales en la titularidad de la vía pública.

Efectivamente, conforme a lo dispuesto por la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante Ley de Régimen Local), en su artículo 79, así como por el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (en adelante el Texto Refundido), en su artículo 74, y por el Reglamento de bienes de las entidades locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio (en adelante el Reglamento de Bienes), en sus artículos 2 y 3, el suelo municipal es un bien demanial afecto al uso público local que forma parte integrante del patrimonio de la autoridad municipal. En consecuencia, ésta resulta ser con carácter exclusivo la titular propietaria de dicho bien.

A resultas de esta titularidad, y en el marco general de competencias otorgadas por el artículo 25 de la Ley de Régimen Local, es también la autoridad municipal quien con el mismo carácter exclusivo gestiona, controla y regula el disfrute y aprovechamiento de la vía pública de la que es propietaria.

Así pues, la referida posición de dominio en la titularidad de la vía pública municipal derivaría del monopolio legal al que está sujeta la propiedad de la infraestructura demanial. En este sentido resulta sumamente significativa la sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante TC) 185/1995, de 14 de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

diciembre, que en su fundamento jurídico 4.a afirma: “(...) los bienes que componen el demanio son de titularidad de los entes públicos territoriales (...). Existe por tanto, una situación que puede considerarse de monopolio, ya que si un particular quiere acceder a la utilización o al aprovechamiento citados para realizar cualquier actividad debe acudir forzosamente a los mismos”.

Llegados a este punto es conveniente señalar que la existencia de dicho monopolio no presentaría *per se* implicaciones negativas en lo que se refiere al deseable grado de competencia efectiva en la prestación de servicios de telefonía disponible al público a través de terminales ubicados en la vía pública. La referida posición de dominio que ostentarían las autoridades municipales tendría su origen en la afectación del bien a un destino público y la consiguiente calificación de éste como demanial, recayendo pues la correspondiente titularidad sobre las entidades que canalizan la participación ciudadana en los asuntos públicos, institucionalizando y gestionando con autonomía los intereses propios de la colectividad correspondiente (artículo 1 de la Ley de Régimen Local). La exclusividad en la titularidad del suelo municipal, enmarcada en el contexto de la vigente doctrina administrativista sobre la propiedad del dominio público, respondería pues a consideraciones de interés general y por tanto no sería en sí misma incompatible con el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de constante referencia.

Por el contrario, la eventual incompatibilidad puede resultar del modo en que la autoridad municipal ejercite la discrecionalidad 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 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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A este último respecto procede señalar que, conforme a la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante TDC) de 22 de mayo de 1997, Expte. R. 203/97, *SEPLA/IBERIA*, “ (...) ya es principio generalmente admitido la existencia de la libre competencia como elemento integrante de la economía de mercado que está garantizada constitucionalmente (...). Los actos o conductas que falsean o son contrarios a la libre competencia afectan negativamente al interés público de que ese elemento de la economía de mercado esté presente en él como elemento necesario de su adecuado funcionamiento”.

Por su parte, el TC 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 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 o el reconocimiento de derechos especiales 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 o el reconocimiento de derechos especiales.

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 un interés público municipal de naturaleza no económica. De no concurrir la misma, la exclusividad o el reconocimiento de derechos especiales 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

La ponderación de dichos intereses debería efectuarse con arreglo al principio de proporcionalidad. Efectivamente, en tanto en cuanto la exclusividad o el reconocimiento de derechos especiales 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

* 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

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 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 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, el otorgamiento de exclusividad en el uso de la vía pública municipal para la instalación de teléfonos públicos de pago, aun suponiendo una restricción de la libre competencia, estaría objetivamente justificado y, por tanto, no sería incompatible con las exigencias de la legalidad general de aplicación, si dicha medida fuese fundada y suficientemente idónea y necesaria 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, la actuación de los municipios resultaría incompatible con la legalidad general de aplicación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Conviene por último observar que todas las consideraciones expuestas hasta el momento lo han sido atendiendo únicamente a las exigencias del derecho de la competencia. Uno de los rasgos caracterizadores de éste es el hecho de que sus disposiciones tienen por objeto garantizar *ex post* la estructura competitiva de un mercado dado. No preserva pues la libre competencia, sino que la restablece una vez ha sido vulnerada. Ello implica la necesidad de efectuar un cuidadoso análisis casuístico de las situaciones concretas, que no genéricas, planteadas y la no procedencia de emitir pronunciamientos apriorísticos y generalizados.

En consecuencia, y estimando que el posicionamiento de la CMT en el asunto que nos ocupa responde a la consulta que en términos genéricos le ha sido planteada por CABITEL, no resulta procedente ni factible llevar a cabo consideraciones que vayan más allá de las efectuadas. La compatibilidad o no con la legislación general de aplicación de actuales o futuras actuaciones municipales como la que es objeto de consulta, habría de ser apreciada y ponderada en cada caso concreto a la luz de las particulares circunstancias concurrentes.

VI. CONCLUSIONES.

PRIMERA. Desde el punto de vista de la legislación sectorial de telecomunicaciones, los operadores con licencia de tipo B1, en la medida que tengan reconocido genéricamente en su licencia un derecho a la ocupación del dominio público, pueden instalar cabinas de uso público en la vía pública solicitando de la autoridad titular del dominio una “autorización de uso”.

SEGUNDA. Desde el punto de vista del derecho de la competencia, el otorgamiento de exclusividad en el uso de la vía pública municipal para la instalación de teléfonos públicos de pago 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.

TERCERA. Que, aun suponiendo una restricción de la libre competencia, el otorgamiento de exclusividad estaría objetivamente justificado y, por tanto, no sería incompatible con las exigencias de la legalidad general de aplicación, si concurren cumulativamente determinados criterios: presencia de intereses públicos municipales de naturaleza no económica y proporcionalidad en la restricción. De no basarse clara y suficientemente en los citados principios, la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

actuación de los municipios resultaría incompatible con la legalidad general de aplicación.

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 Mª Vázquez Quintana

Luis Bermúdez Odriozola