



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 45/04 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 20 de diciembre de 2004, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

CONTESTACIÓN A LA CONSULTA PLANTEADA POR MEDIALATINA HOLDINGS, S.A. ACERCA DE DETERMINADAS BASES QUE HABÍAN DE REGIR LA CONTRATACIÓN DEL SERVICIO PORTADOR SOPORTE DEL SERVICIO PÚBLICO DE TELEVISIÓN Y RADIO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LAS ISLAS BALEARES.

Expediente RO 2004/1537

I. ANTECEDENTES.

El 24 de septiembre de 2004 se ha recibido en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) escrito presentado por Medialatina Holdings, S.A. (en adelante, Medialatina) por el que formula consulta sobre *“la conformidad o disconformidad a derecho de algunas de las “Bases jurídicas y técnicas que regirán la contratación de la prestación del servicio portador soporte del servicio público de televisión y radio consistente en la contribución, distribución y difusión de las señales de los canales de televisión y radio autonómicos”, aprobadas por Resolución de la Dirección General del Ens Públic de Radiotelevisió de les Illes Balears de 16 de abril de 2004”*.

En concreto, Medialatina considera que las bases jurídicas 5, 10 y 12, y la base técnica 2, *“pueden vulnerar los principios de igualdad de acceso y libre*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

conurrencia en los procedimientos de contratación pública". En su escrito de consulta, Medialatina explica las razones por las cuales las citadas bases le suscitan dudas sobre su legalidad.

Básicamente, tales razones son las siguientes:

1. Base Jurídica 5 (Plazo de duración del contrato):

Con relación a esta base jurídica, Medialatina expone, con carácter preliminar, lo que, a su juicio, constituye una ventaja injustificada que el pliego de bases aprobado por el Ens Públic otorga a determinadas empresas: *"Debe tenerse en cuenta que sólo una entidad habilitada para la prestación de los servicios objeto del contrato dispone de centros difusores en el territorio de la Comunidad Autónoma suficientes para garantizar el 97% de cobertura inicial exigida [vid. bases técnicas 1 y 2]: Retevisión I S.A. ("Retevisión"), integrada en el Grupo Abertis a través de la compañía Abertis Telecom S.A. ("Abertis") y cuyo carácter de operador dominante ha sido reconocido por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en su resolución de 12 de junio de 2003"*.

Considera Medialatina que *"Tradia ["actualmente –explica la entidad consultante– bajo el control de la misma compañía, Abertis Telecom S.A."] sí podría completar su red para alcanzar el mínimo de cobertura exigido mediante un acuerdo preferencial con Retevisión sin necesidad de construir nuevos centros difusores"*.

En este contexto, con relación al plazo de duración del contrato, Medialatina considera que *"si, como consecuencia de esa ventaja, Retevisión y/o Tradia resultan adjudicatarios de todos los pagos o algunos de los lotes para cuya contratación se ha preparado el Pliego de Bases, el Ente Público se encontrará vinculado por un contrato de larga duración y, en buena medida, cautivo del operador"*.

La entidad consultante expone una serie de razones adicionales para justificar que, a su juicio, el plazo de duración fijado en las bases del contrato es excesivo:

- Que *"la duración mínima de diez años para el transporte de la señal de televisión analógica es excesiva a la vista del plazo máximo previsto por la legislación para el apagón analógico"*.
- Que *"Este plazo de duración excesivamente largo restringe la competencia en el mercado evitando de hecho a los operadores entrantes acceder a la contratación con el Ente Público no ya por un período de diez años..., sino, con toda probabilidad, para un más largo futuro, en la medida en que la situación de ventaja que en el Pliego se otorga a Retevisión se perpetúe en la futura adjudicación de los servicios para la televisión digital"*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que *“únicamente se prevé la prórroga anual del contrato, una vez transcurrido el plazo inicial de diez años, previa notificación por el Ente Público de la concesión de prórroga con una antelación mínima de un mes”, y que, teniendo en cuenta este sistema de prórrogas previsto, “ningún perjuicio cabría esperar para el Ente Público por el hecho de establecer una duración mínima inicial inferior, de tres años, por ejemplo”.*

Como conclusión, Medialatina considera que *“la duración de diez años fijada en la Base Jurídica 5 del Pliego es contraria a los principios de igualdad y no discriminación en la contratación pública”.*

2. Base Jurídica 10 (Documentos a presentar por los oferentes):

Con relación a lo dispuesto en esta base, Medialatina manifiesta que *“No se comprende la razón por la que se otorga una valoración especial a la disposición y titularidad de centros de difusión instalados”. Según Medialatina, “Esta circunstancia ni siquiera redundaría en una mayor calidad de los servicios”, ya que, “en algunos casos, la mejor prestación de los servicios podría requerir la instalación de nuevos centros difusores que permitan adecuar la red de difusión a la actual configuración geográfica de la población, optimizando así la cobertura de los canales autonómicos que se difundirán”.*

“Por otra parte -continúa señalando-, poniendo lo anterior en relación con el otro criterio de valoración especial contenido en el texto de la Base Jurídica 10, a pesar de la ambigüedad de su formulación (“posibilidad para generar sinergias con otros posibles operadores de redes en su caso”), debe concluirse que merecerán una valoración especial las sinergias que puedan obtenerse con quien ya tiene centros de difusión instalados en el territorio balear (es decir, de nuevo con Retevisión y/o Tradia)”.

A modo de conclusión, Medialatina indica que *“Estas circunstancias hacen prácticamente imposible que cualquier otro oferente pueda merecer una valoración especial en el criterio definido en la mencionada Base Jurídica 10 si no cuenta con el respaldo de Retevisión y/o Tradia”, lo que, “restringe la competencia en el mercado, infringiendo los principios de igualdad y no discriminación en los procedimientos de contratación pública”.*

3. Base Jurídica 12 (Criterios y valoración de ofertas):

Con relación a lo dispuesto en esta Base Jurídica 12, Medialatina reitera lo señalado respecto a la utilización de la infraestructura ya instalada en la Comunidad Autónoma y el plan de cobertura inicial del 97% de la población,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

requisitos que, a su juicio, implican una ventaja injustificada para “Retevisión y/o Tradia”.

4. Base Técnica 2 (Características técnicas de la red objeto del contrato):

Medialatina se refiere a dos aspectos previstos en la base técnica 2 del contrato:

- Con relación a la valoración positiva de los centros ya instalados, aspecto al que también se refiere la base técnica 2, Medialatina expresa que *“debe tenerse en cuenta que el objetivo de minimizar el impacto medioambiental posible, no puede convertirse en la exigencia (a través de la valoración positiva) de utilizar los centros ya instalados, centros que como indicamos anteriormente únicamente son de titularidad de Retevisión y que son de fácil acceso por Tradia, ya que ambos operadores se encuentran bajo el control de una misma compañía”*.
- Con relación a la exigencia de multiplexación con los actuales programas de los operadores públicos de radio y televisión, Medialatina manifiesta que el pliego *“potencia no sólo el uso de las infraestructuras sino la multiplexación de los programas, lo que obliga a utilizar el mismo sistema radiante”*. Este sistema, *“correspondiente a una planificación realizada hace 30 años”*, expone Medialatina, *“puede incluso llegar a ser perjudicial para los objetivos del contrato puesto que una moderna planificación de red puede permitir alcanzar la misma cobertura con condiciones de calidad sensiblemente mejores utilizando nuevos sistemas radiantes que permitan incluso menores potencias de emisión”*.

A su escrito de consulta Medialatina adjunta dos documentos:

- **Documento 1:** Las bases jurídicas y las bases técnicas que habían de regir “la contratación de la prestación del servicio portador soporte del servicio público de televisión y radio consistente en la contribución, distribución y difusión de las señales de los canales de televisión y radio autonómicos”, aprobadas por la Directora General del Ens Públic de Radiotelevisió de les Illes Balears.
- **Documento 2:** Resolución de 6 de julio de 2004, adoptada por la Directora General del Ente Público en relación con la adjudicación del contrato. Según consta en el documento, los lotes 1 y 2, y parte del 3, del procedimiento convocado por el Ens Públic de Radiotelevisió de les Illes Balears han sido adjudicados a la entidad Difusió Digital Societat de Telecomunicacions, S.A. (Tradia). Estos lotes incluyen los siguientes servicios: distribución dentro de cada una de las Islas y difusión de las señales de la televisión autonómica de Baleares y de los dos canales de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Cataluña y de la Comunidad Valenciana, así como la señal de la radio autonómica balear. También se incluye la prestación del servicio de distribución entre las Islas en base a una red de transporte vía redundante a la red de fibra óptica.

El lote 4 y la parte restante del lote 3 han sido adjudicados a Telefónica de España, S.A.U. Los servicios de que se trata en este caso son los siguientes: contribución y distribución entre las Islas en base a una red de fibra óptica de la señal de la televisión autonómica de Baleares y de los dos canales de Cataluña y la Comunidad valenciana, así como la señal de radio autonómica balear.

Existía, asimismo, un lote 5, que ha sido declarado desierto.

II. HABILITACIÓN COMPETENCIAL.

El presente Acuerdo tiene por objeto dar contestación a la consulta planteada por Medialatina, entidad que figura inscrita en el Registro de operadores de comunicaciones electrónicas previsto en el artículo 7 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

La contestación a esta consulta se realiza sobre la base de competencia atribuida a esta Comisión por el artículo 29.2 a) del Reglamento de la CMT (aprobado por el Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre).

El artículo 48.3 m) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, establece que, en la materia de telecomunicaciones, la CMT ejercerá *“Cualesquiera otras [funciones] que legal o reglamentariamente se le atribuyan o que le encomiende el Gobierno o el Ministerio de Ciencia y Tecnología”*.

El mencionado Reglamento de la CMT atribuye a esta Comisión, en la letra a) del apartado 2 de su artículo 29 (*“Otras funciones”*), la competencia para *“Resolver las consultas que puedan formularle los operadores de redes y servicios de telecomunicación y las asociaciones de consumidores y usuarios de estos servicios”*.

Ha de aclararse que la contestación a la consulta presentada por Medialatina se va a efectuar en relación a aquellas cuestiones sobre las que incida la normativa de telecomunicaciones, que es el ámbito material en el que esta Comisión despliega sus competencias de Derecho Público.

La consulta objeto del presente Acuerdo toma como referencia un procedimiento de contratación ya resuelto, por medio de la correspondiente adjudicación, tal y como resulta del Documento 2 adjunto al escrito presentado



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

por Medialatina. A este respecto, debe precisarse que no corresponde a esta Comisión enjuiciar la conformidad a Derecho de los actos de otras Administraciones Públicas, materia sobre la que, en su caso, habrán de pronunciarse los Tribunales. Sí puede, no obstante, esta Comisión, en ejercicio de las funciones consultivas que competen a la misma, expresar su parecer sobre las cuestiones planteadas en la consulta de Medialatina, en lo que afecta al objetivo de fomento y salvaguarda de las condiciones de competencia en el mercado de las telecomunicaciones.

III. LA MATERIA OBJETO DE LA CONSULTA: Procedimiento de contratación convocado para la adjudicación del servicio portador de un servicio público de difusión prestado por una Administración Pública.

El supuesto objeto de la consulta consiste en la contratación, por parte de una Administración Pública, del “servicio portador soporte” correspondiente al servicio público de difusión (de radio y de televisión) que dicha Administración Pública va a prestar en régimen de gestión directa. Este “servicio portador soporte” consiste en el establecimiento y explotación de las infraestructuras de red que se utilizan para poder prestar los citados servicios de radiodifusión sonora y televisiva, que, en este caso, van a ser autonómicos (Comunidad Autónoma de las Islas Baleares).

En los “Antecedentes” correspondientes al pliego de “Bases jurídicas” se define el objeto del contrato en los siguientes términos:

“En cumplimiento de lo regulado en la Ley 46/1983, de 26 de diciembre, reguladora del Tercer Canal de Televisión, el Govern de les Illes Balears ha iniciado las actuaciones pertinentes para desarrollar la puesta en marcha del Tercer Canal de Televisión, cuyo ámbito de cobertura es el territorio de les Illes Balears, así como la puesta en marcha de un Canal de Radio Autonómico, analógico en ondas métricas y modulación de frecuencia (FM).

Para poder implantar y explotar los Canales de Televisión y Radio Autonómicos es indispensable disponer de las infraestructuras de red de transporte y difusión que garanticen la adecuada cobertura de estos servicios públicos.”

De este modo, la Administración actuante acude al mercado (a los operadores que explotan redes de comunicaciones electrónicas) para contratar el uso de una red que le permita prestar los servicios públicos de difusión que va a poner en funcionamiento.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A tal efecto, el Ens Públic de Radiotelevisió de les Illes Balears convoca a las empresas interesadas en la contratación de este servicio a una *“solicitud pública de ofertas”*.

Ha de precisarse que el Ens Públic de Radiotelevisió de les Illes Balears tiene, conforme a su Ley de creación (Ley 7/1985, de 22 de mayo, del Parlamento de las Islas Baleares, de creación de la Compañía de Radio-Televisión de las Islas Baleares), la consideración de entidad de Derecho Público (esto es, se trata de una Administración Pública), aunque, sin embargo, sujeta su actuación al régimen de Derecho Privado.

Asimismo, y específicamente respecto al régimen de contratación, el artículo 2, párrafo segundo, de la mencionada Ley del Parlamento de las Islas Baleares, prevé que el *Ens Públic* estará sujeto al Derecho Privado.

En los *“Antecedentes”* de las *“Bases jurídicas”* aprobadas por Resolución de la Directora General del Ens Públic, se señala, en consonancia, que la entidad convocante de la *“solicitud pública de ofertas”*, *“en contratación queda sujeta al régimen de Derecho Privado según su Ley de creación”*.

Por ello, la base 6 (*“Procedimiento de selección del contratista”*) de las *“Bases jurídicas”* establece que *“Para la selección de la empresa contratista el EPRTVIB [Ens Públic de Radiotelevisió de les Illes Balears] ha acudido a un procedimiento de SOLICITUD PÚBLICA DE OFERTAS mediante la publicación del oportuno anuncio a tres diarios; uno de implantación nacional y dos de gran circulación en esta Comunidad Autónoma al objeto de procurar la máxima publicidad de este procedimiento”*. No se hace ninguna mención a la publicación en un diario oficial, como prevé el artículo 78 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. Tampoco se alude a los procedimientos y formas de adjudicación que en dicho Texto Refundido se contemplan.

Ello no obstante, la base jurídica 6 mencionada alude a un interés en respetar, a través de esa publicidad por medios no oficiales (diarios de prensa), la libre concurrencia al procedimiento: *“...permitiendo la libre concurrencia de todas aquellas personas físicas o jurídicas que, encontrándose interesadas, reúnan los requisitos de capacidad técnica necesarios para garantizar una satisfactoria prestación del servicio”*.

IV. PUBLICIDAD, CONCURRENCIA Y NO DISCRIMINACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

IV.1. El respeto a los principios de la contratación administrativa como presupuesto de la apertura del mercado a la competencia.

Con ocasión de diversas consultas planteadas sobre aspectos concernientes a la contratación administrativa de servicios de telecomunicaciones, esta Comisión viene insistiendo en la importancia que tiene, para el fomento y salvaguardia de las condiciones de competencia entre los operadores, el respeto –real y efectivo-, por parte de las Administraciones convocantes de los procedimientos de contratación, de los principios que rigen la contratación administrativa (principios de publicidad y concurrencia, y, en todo caso, de igualdad y no discriminación¹).

Estos principios que presiden la contratación administrativa –lo ha expresado el Consejo de esta Comisión en varios Acuerdos- tienen un doble fundamento:

- Por una parte, obtener las condiciones más beneficiosas para el interés público, seleccionando como contratista a aquél que pueda ofrecer las mejores condiciones (económicas o de otro tipo) a la Administración.
- Por otra parte, asegurar la objetividad de la Administración en el trato a los ciudadanos, garantizando la igualdad de éstos en el acceso a la contratación pública.

El cauce propio para dar realización al principio de igualdad es el de la libre concurrencia de las empresas que quieran contratar con la Administración, lo que tiene por presupuesto la publicidad de la contratación a efectuar.

Estas exigencias de publicidad y concurrencia, como garantías del principio de igualdad, han resultado reforzadas en el ordenamiento español por acción de la normativa y jurisprudencia comunitarias.

La razón reside en el hecho de que el respeto a estos principios de la contratación pública se configura como presupuesto de la apertura del mercado a la competencia.

Así lo expresa el **Tribunal de Justicia de la Unión Europea**, en su Sentencia de 7 de diciembre de 2000, recaída en la cuestión prejudicial C-324/98. En esta Sentencia el Tribunal afirma que el respeto a las obligaciones de transparencia y no discriminación (en este contexto, por razón de la nacionalidad), que incumbe a la Administración Pública contratante, tiene por

¹ Artículo 11.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (cuyo Texto Refundido aprueba el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio); precepto de aplicación básica de acuerdo con lo que determina la disposición final primera de la mencionada Ley.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

finalidad la apertura, a la libre competencia, del mercado (que en el asunto examinado era el mercado de telecomunicaciones). Según señala el Tribunal de Justicia, estas obligaciones implican que ha de existir una publicidad adecuada (que permita abrir a la competencia el mercado de servicios) y garantizan, en beneficio de todo licitador potencial, la imparcialidad en los procedimientos de adjudicación.

En este sentido, en el texto del Fallo de la Sentencia se manifiesta:

“(…)

2) Pese a que, en el estado actual del Derecho comunitario, tales contratos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 93/38, las entidades contratantes que los celebren están obligadas no obstante a respetar, en general, las normas fundamentales del Tratado y, en especial, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, principio que implica, en particular, una obligación de transparencia que permite que la entidad adjudicadora se asegure de que dicho principio es respetado.

3) Esta obligación de transparencia que recae sobre la entidad adjudicadora consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación.

4) Corresponde al órgano jurisdiccional nacional pronunciarse sobre la cuestión de si en el asunto examinado en el litigio principal se ha respetado dicha obligación, así como apreciar la pertinencia de las pruebas aportadas al efecto.”

La **Comisión Europea**, en su *Comunicación interpretativa sobre concesiones en derecho comunitario*, de 24 de febrero de 1999 (DOCE de 29 de abril de 2000; 2000/C 121/02), se hace eco de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la materia. En este sentido, dedica un apartado específico de la Comunicación al principio de igualdad de trato, como principio esencial en los procesos de adjudicación de los contratos públicos. Afirma, además, que de dicho principio “se desprende la obligación de cumplir el principio de apertura a la competencia”:

“Según jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia, «el principio general de la igualdad de trato, del cual la prohibición de discriminar a alguien por su nacionalidad no es sino una expresión específica, es uno de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico comunitario. Según este principio, hay obligación de no tratar de forma diferente situaciones similares, a no ser que la diferencia de trato esté justificada por motivos objetivos».

Además el Tribunal precisó que el principio de igualdad de trato, del que los artículos 43 (antiguo artículo 52) y 49 (antiguo artículo 59) del Tratado constituyen una expresión particular, prohíbe no sólo «las discriminaciones manifiestas



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

basadas en la nacionalidad (...), sino también cualquier otra forma encubierta de discriminación que, aplicando otros criterios de distinción, conduzca, de hecho, al mismo resultado».

El principio de igualdad de trato implica, concretamente, que todos los concesionarios potenciales deben conocer las reglas del juego y éstas se deben aplicar a todos de la misma manera. De la jurisprudencia del Tribunal, en particular de la Sentencia «Raulin», así como de la Sentencia «Parlamento / Consejo», se desprende que el respeto del principio de igualdad de trato implica no sólo la fijación de condiciones no discriminatorias para acceder a una actividad económica, sino también que las autoridades públicas adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de dicha actividad.

La Comisión considera que de esta jurisprudencia se desprende la obligación de cumplir el principio de apertura a la competencia.”

Particularmente, con respecto a los pliegos de bases que han de regir los procedimientos de contratación (aspecto sobre el que gira la consulta de Medialatina), la Comisión Europea, en la Comunicación mencionada, indica lo siguiente:

“Por lo demás, cuando, en algunos casos, el concedente no puede definir sus necesidades en términos técnicos suficientemente precisos, busca ofertas alternativas que puedan aportar soluciones diferentes a un problema expresado en términos generales. Sin embargo, en este supuesto, el pliego de condiciones, para garantizar una competencia sana y eficaz, debe detallar siempre de manera no discriminatoria y objetiva lo que se pide a los candidatos y, en particular, los tipos de enfoque que deben seguir para preparar sus ofertas. De esta manera, cada uno de los licitadores sabe de antemano que tiene la posibilidad de prever soluciones técnicas diferentes. De manera general, el pliego de condiciones no debe implicar elementos contrarios a las normas y a los principios del Tratado antes citados. Las necesidades del concedente pueden también determinarse en colaboración con empresas del sector, siempre y cuando esto no impida la libre competencia.”

En el ámbito español, el **Tribunal de Defensa de la Competencia** ha destacado también la relación directa que los principios de la contratación administrativa tienen con las normas de competencia, y la importancia que, para el Derecho de la competencia, tiene, consecuentemente, el hecho de que la concurrencia de los licitadores en los procedimientos de contratación pública sea **real y efectiva**. Así lo indica la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 25 de octubre de 2002, relativa a la actuación de determinadas agencias de viajes:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

(...)

Por la importancia y claridad de dichas consideraciones generales y teniendo en cuenta que, según datos de la Contabilidad Nacional de España INE y del Informe Anual del Banco de España, el total de Gastos Corrientes de las Administraciones Públicas ascendió a más de 29 billones de pesetas para el año 1995 y el total de gastos de inversión para el mismo año resultó ser de más de 4 billones 370 mil millones, y que gran parte de estos gastos se adjudican mediante concursos y subastas, con incidencia por lo tanto sobre las variables económicas fundamentales, conviene recordar tales criterios generales [expuestos por el Tribunal de Defensa de la Competencia en un informe de 20 de enero de 1998 al IMSERSO] aplicables también al caso que nos ocupa. En dicho informe literalmente se dice:

«El Tribunal considera, en principio, que, en el ámbito de la contratación administrativa, la libre concurrencia entre los operadores económicos tiene como finalidad tanto la protección de los intereses económicos de la administración promoviendo la máxima competencia posible, como garantizar la igualdad de los que reúnen los requisitos necesarios para acceder a aquélla.

(...)

*No obstante, para que la finalidad perseguida por tales normas sea efectiva es necesario que concorra una condición adicional como es la de **que los operadores partícipes compitan efectivamente.***

*Como se ha señalado, en el caso del concurso, que es el supuesto concreto suscitado, la Administración no se encuentra constreñida a resolver atendiendo exclusivamente al precio ofertado, sino que puede considerar el conjunto de las condiciones incluidas en la oferta, adjudicando el contrato a la que resulte más ventajosa. Pero para que ello sea posible, debe producirse una **competencia real** entre los concurrentes que afecte al conjunto de condiciones incluidas en las ofertas.*

(...)

En relación a los pliegos de cláusulas administrativas el Tribunal estimó en su informe "La competencia en España: balance y nuevas propuestas" (1995) como principio general que "los citados pliegos deben asegurar a los operadores económicos el libre acceso a la prestación del servicio", añadiendo que "la Administración (...), al elaborar los correspondientes pliegos, debe evitar imponer condiciones restrictivas que dificulten al libre acceso e imposibiliten la efectividad del principio mencionado".

En efecto, las propuestas anteriores resultarían totalmente estériles si, pese a ser asumidas por la Administración, a través de los pliegos (...) se establecen requisitos que operen como barreras de entrada, tales como el reservar la prestación del servicio a los empresarios de un determinado sector (...) excluyendo al resto, o el exigir al operador que cuente con los recursos necesarios para atender toda la demanda (...), impidiendo que dicha demanda



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

pueda ser satisfecha por varios empresarios con menores medios. No hay que olvidar a este respecto que la verdadera competencia no reside exclusivamente en el hecho de la existencia de muchos competidores, sino también en que no haya barreras que impidan la entrada de nuevos operadores en cualquier momento (contestabilidad del mercado). Sólo de esta manera se conseguirá mantener la competencia (...)». **[Fundamento de Derecho tercero]**

“El Derecho de la competencia, además, ha ido progresivamente alcanzando mayores cotas de importancia para el mejor desarrollo económico y riqueza de las naciones ampliando el ámbito de influencia de dichas normas desde su original aplicación exclusiva a las empresas privadas hasta que también los distintos entes y empresas públicas, así como las Administraciones Públicas en muchas ocasiones, son los destinatarios de dicho Derecho. (...)”

(...) Las normas de la competencia por lo tanto se aplican también a las Administraciones Públicas, no sólo cuando actúen como oferentes de bienes y servicios, sino también cuando actúen como demandantes de tales bienes y servicios. Los preceptos contenidos en la LCAP y en la Directiva 1993/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro tienen relación directa con las normas de la competencia. Las normas que contribuyen a asegurar la transparencia y la igualdad de concurrencia en la contratación pública tienen varios objetivos, pero no puede descartarse que entre estos objetivos se encuentre la finalidad concurrencial. En la medida en la que se trata de conseguir que la totalidad de oferentes puedan presentarse a la contratación pública en igualdad de condiciones y sin privilegios, la finalidad de tales normas de regular la actividad concurrencial aparece evidente. **[Fundamento de Derecho sexto]**

En conclusión, el derecho comunitario y español configuran el respeto – efectivo- a los principios contenidos en la normativa de contratación administrativa (publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación) como presupuesto de la apertura del mercado a la competencia.

IV.2. La actividad contractual desarrollada por las entidades públicas sujetas al Derecho privado.

La jurisprudencia comunitaria ha extendido sus consideraciones sobre los principios de la contratación administrativa a los procedimientos contractuales convocados por entidades pertenecientes al sector público, también cuando tales entidades están sujetas a un régimen de Derecho privado. Esta extensión de dichos principios a esas entidades que se rigen, en principio, por el derecho



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

privado ha sido recogida, asimismo, por la normativa española de contratación administrativa.

El Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio) determina, en su artículo 1, su ámbito subjetivo de aplicación, contemplando a las Administraciones territoriales, y también a las demás entidades de Derecho público –apartado 3 del artículo 1- siempre que en ellas se den los siguientes requisitos:

a) Que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.

b) Que se trate de entidades cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las Administraciones Públicas u otras entidades de derecho público, o bien, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas, o cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia estén compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por las Administraciones Públicas y otras entidades de derecho público.

Por su parte, el artículo 2.1 del mencionado Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas prevé la aplicación de las reglas de la Ley sobre la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación a las demás entidades de derecho público no comprendidas en el ámbito del artículo 1.3 citado, y también a determinadas entidades de Derecho privado:

“Las entidades de derecho público no comprendidas en el ámbito definido en el artículo anterior y las sociedades de derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que, además, concorra alguno de los requisitos contenidos en el párrafo b) del apartado 3 del artículo anterior quedarán sujetas a las prescripciones de esta Ley relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación para los contratos de obras, suministros, consultoría y asistencia y servicios de cuantía igual o superior, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, a 5.923.624 euros (equivalente a 5.000.000 de derechos especiales de giro), si se trata de contratos de obras, o a 236.945 euros (equivalentes a 200.000 derechos especiales de giro), si se trata de cualquier otro contrato de los mencionados.”

Finalmente, en relación a otras entidades de Derecho privado, la disposición adicional sexta (*“Principios de contratación en el sector público”*) del Texto Refundido establece que *“Las sociedades a que se refiere el apartado 1 del artículo*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2, para los contratos no comprendidos en el mismo, ajustarán su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios”.

Hay que destacar que la redacción actual del artículo 2 y de la disposición adicional sexta de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ha sido realizada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, y debe su origen a dos Sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en 2003 por las que se condena al Reino de España por el incumplimiento de las directivas comunitarias en materia de contratos públicos.

Las Sentencias en cuestión (Sentencias de 15 de mayo de 2003² y 16 de octubre de 2003³) se refieren a procedimientos de contratación convocados por sociedades públicas de Derecho privado (esto es, entidades de Derecho privado en las que el Estado tiene su control). Para este supuesto, la normativa española de contratación incumplía diferentes disposiciones de la normativa comunitaria referidas a la contratación pública (al no extender a los contratos convocados por tales entidades de Derecho privado el sistema de recursos, medidas cautelares, y, en general, conjunto de disposiciones previstos en la normativa comunitaria para los contratos públicos)⁴.

² Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala sexta), recaída en el asunto C-214/00 (D.O.C.E. C-158/2, de 5 de julio de 2003).

³ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala sexta), recaída en el asunto C- 283/00 (D.O.C.E. C-289/1, de 29 de noviembre de 2003).

⁴ El Fallo de la Sentencia de 15 de mayo de 2003 es el siguiente:

“1) Declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, en su versión modificada por la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, al no haber adoptado las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de dicha Directiva y, en particular:

- al no haber extendido el sistema de recursos garantizados por la citada Directiva a las decisiones adoptadas por las sociedades de Derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, dotadas de personalidad jurídica, y cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las administraciones públicas u otras entidades de Derecho público, o cuya gestión se halle sometida a un control por parte de éstas, o cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por las administraciones públicas u otras entidades de Derecho público; y



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- al someter por regla general la posibilidad de que se tomen medidas cautelares en relación con las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras a la necesidad de interponer previamente un recurso contra la decisión de la entidad adjudicadora.
(...)”

La Sentencia de 16 de octubre de 2003 declara que el Reino de España ha incumplido la normativa comunitaria con ocasión de la licitación relativa a la ejecución de las obras del Centro Educativo Penitenciario Experimental de Segovia, convocada por la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S.A., sociedad que, a juicio del Tribunal de Justicia, responde a la definición de “entidad adjudicadora” que se contempla en la normativa comunitaria. En la Sentencia, se expresa lo siguiente:

“(…)”

72. Más concretamente, para determinar si esta exclusión garantiza una adaptación correcta del Derecho interno al concepto de «entidad adjudicadora» recogido en el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, el Tribunal de Justicia, al estimar que el ámbito de aplicación personal de esta Directiva coincide, en particular, con el de la Directiva 93/37, hizo referencia al alcance del **concepto de «organismo de Derecho público»** utilizado, en concreto, en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de esta última Directiva (en este sentido, sentencia Comisión/España, antes citada, apartados 48, 50 y 51).

73. En este contexto, el Tribunal de Justicia señaló que, conforme a reiterada jurisprudencia, teniendo en cuenta el doble objetivo de apertura a la competencia y de transparencia que persigue la citada Directiva, dicho concepto debe recibir una interpretación tanto funcional como amplia (en este sentido, sentencia Comisión/España, antes citada, apartado 53).

74. Desde esta perspectiva, el Tribunal de Justicia declaró, en los apartados 54 y 55 de la sentencia Comisión/España, antes citada, que, según jurisprudencia reiterada, para resolver la cuestión de la calificación eventual de una entidad como organismo de Derecho público en el sentido del artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37, procede comprobar únicamente si la entidad de que se trata cumple los tres requisitos acumulativos enunciados en dicha disposición [organismo creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, dotado de personalidad jurídica, y cuya actividad dependa estrechamente del Estado, de los entes territoriales o de otros organismos de Derecho público], sin que el estatuto de Derecho privado de esa entidad constituya un criterio que pueda excluir su calificación como entidad adjudicadora en el sentido de esta Directiva.

“(…)”

80. Además, según reiterada jurisprudencia, constituyen necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil, en el sentido del artículo 1, letra b), de las Directivas comunitarias relativas a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, aquellas necesidades que, por una parte, no se satisfacen mediante la oferta de bienes o servicios en el mercado y que, por otra, por razones de interés general, el Estado decide satisfacer por sí mismo o respecto de las cuales quiere conservar una influencia determinante (véanse, en particular, las sentencias Adolf Truley, antes citada, apartado 50, y de 22 de mayo de 2003, Korhonen y otros, C- 18/01, Rec. p. I-0000, apartado 47).”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Con ello, la reforma operada en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas por la Ley 62/2003 tiene por objeto extender las garantías formales que se regulan en la normativa de contratos administrativos a las diferentes entidades que integran el sector público, aunque el régimen de actuación de éstas no sea la del Derecho público, sino que sea el de Derecho privado.

Dentro de las entidades del sector público que sujetan su actuación al régimen del Derecho privado, se distingue entre aquéllas que tienen la consideración de entidad de Derecho Público (aunque su actuación se rija por el Derecho privado; como es el caso del *Ens Públic*) y aquellas otras que tienen naturaleza de Derecho privado -son sociedades mercantiles-, aunque están controladas por el Estado.

A estas últimas se refieren las Sentencias de 2003 citadas, dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Con relación a las primeras entidades (esto es, las Administraciones Públicas que sujetan su actividad al Derecho privado), la Sentencia de 20 de septiembre de 1989 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (asunto 31/87)⁵ ya había manifestado lo siguiente:

*“11. El concepto de Estado, en el sentido de esta disposición, debe recibir una interpretación funcional. El fin de la Directiva, tendente a la efectiva realización de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios en materia de contratos públicos de obras, se vería en efecto comprometido si la aplicación del régimen previsto por la Directiva debiera excluirse por el hecho de que un contrato público de obras fuera adjudicado por un organismo que, a pesar de haber sido creado para desempeñar las tareas que la ley le confiere, no se hallase formalmente integrado en la Administración del Estado.
12. Por consiguiente, un organismo cuya composición y funciones, como sucede en el caso de autos, están previstas por la ley, y que depende de los poderes públicos tanto por la designación de sus miembros como por la garantía de las obligaciones derivadas de sus actos, como por la financiación de los contratos públicos que está encargado de adjudicar, debe considerarse comprendido en el Estado a los efectos de la disposición citada anteriormente, aunque formalmente no constituya una parte integrante de él.”*

Entre este tipo de entidades se encuentra el ente público RTVE. Respecto al mismo, y en conformidad con lo que dispone la legislación de contratos de las

⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta), en relación a una decisión prejudicial planteada en el asunto Gebroeders Beentjes BV contra Los Países Bajos.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Administraciones Públicas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1994 (Sala Contencioso-Administrativo, Sección 5ª)⁶ plantea la sujeción a la normativa de contratación administrativa de los actos del procedimiento contractual:

*“Esta Sala Tercera del Tribunal Supremo y también la Sala de Revisión, se han enfrentado en diversas ocasiones con cuestiones de tal similitud con la que ahora nos ocupa que incluso la persona del litigante era la misma, es decir, don José María M. N. Citaremos las Sentencias de la Sección Sexta, de fecha 24 septiembre 1992 y la de la Sala Especial de Revisión de 31 enero 1990 que han resuelto, puede afirmarse que con carácter exhaustivo, toda la temática suscitada en relación con la actividad de contratación de Radio Televisión. La doctrina sentada por ambas sentencias, resumidamente expuesta, es la siguiente: a) para la plausible finalidad de dotar de agilidad funcional al ente público RTVE con personalidad jurídica propia dentro de la constelación de sujetos que componen la Administración indirecta o institucional se estableció, que en sus relaciones jurídicas externas, en las adquisiciones patrimoniales y contratación, estará sujeto sin excepciones al Derecho Privado [artículo 5.º Ley 4/1980], norma esta que no impide, sino que más bien sirve de punto de apoyo a la doble calificación administrativa y civil según los casos de la actividad en el ámbito de la contratación. **Por ello las actuaciones preparatorias que conforman el procedimiento para la selección del contratista son separables del negocio jurídico y estos actos, que por su intrínseca naturaleza son administrativos, pueden ser impugnados ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa;** la convocatoria y la adjudicación del concurso forman parte de este grupo y por ello su enjuiciamiento no cabe diferirlo al orden jurisdiccional civil con tal de que se impugnen con independencia del contrato de suministro en su conjunto de manera que si el contrato se ha verificado mediante concurso anunciándose el mismo y cumpléndose en su tramitación las reglas básicas de procedimiento aplicables a la contratación administrativa no es dable alegar ni apreciar nulidad de pleno derecho del artículo 47.1.c) de la Ley de Procedimiento Administrativo, b) la convocatoria del concurso cuyo objeto es el suministro de equipamiento técnico para RTVE debe dar satisfacción a los principios de publicidad y concurrencia que han de presidir la contratación administrativa;...”* (Fundamento de Derecho segundo)

Cabe hacer también mención, en esta línea, a la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones. Esta Ley, que, asimismo, constituye incorporación al Derecho español de la normativa comunitaria, sujeta también a los principios de publicidad y concurrencia, y, en todo caso,

⁶ Recurso núm. 231/1990.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

igualdad y no discriminación⁷, a los procedimientos contractuales que convoquen las entidades de Derecho público sujetas al Derecho privado, las sociedades mercantiles públicas, e incluso las empresas privadas (cuando sean titulares de derechos especiales o exclusivos), en los supuestos en los que tales entidades exploten redes de agua, electricidad, gas, calefacción o telecomunicaciones, o presten al público servicios de telecomunicaciones (con exclusión de la radiodifusión sonora y televisiva), que son los supuestos a que se refiere la mencionada Ley.

En definitiva, la exigencia de respeto a los principios de la contratación administrativa se extiende también, en términos generales, a las entidades del sector público que sujetan su actuación al régimen de Derecho privado. La razón se encuentra en el hecho de que estas entidades, al igual que las restantes que integran el sector público, cuando contratan los servicios de que se trate, absorben, como clientes corporativos, un importante volumen de consumo, el cual será satisfecho, de forma más o menos directa, con cargo al capital público.

IV.3. La importancia de las Administraciones Públicas como clientes de telecomunicaciones.

Como se ha señalado en el apartado anterior del presente Acuerdo, las Administraciones Públicas actúan en el mercado (particularmente, el de telecomunicaciones) como operadores económicos, a modo de grandes clientes de servicios. Su actuación (en función del volumen de demanda que representen) puede tener gran influencia en la configuración del mercado⁸.

En lo que respecta al objeto de la consulta, según se recoge en la Resolución aprobada por la Directora General del Ens Públic de 6 de julio de 2004, el precio total de la adjudicación realizada a favor de Difusió Digital Societat de Telecomunicacions, S.A. (Tradia) es de **1.165.807 euros/año**, y el precio total de la adjudicación realizada a favor de Telefónica de España, S.A.U. es de **392.000 euros/año**.

⁷ Artículo 10 de la Ley 48/1998.

⁸ La Comunicación interpretativa de la Comisión Europea sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y la posibilidad de integrar aspectos medioambientales refleja la importancia que tienen las adquisiciones públicas sobre el volumen total del producto interior bruto de la Unión: *“Los poderes adjudicadores y demás entidades contempladas en las Directivas de contratación pública forman un importante grupo de consumidores. Con sus adquisiciones, que representan más de un billón de euros, es decir, **cerca del 14 % del producto interior bruto de la Unión Europea**, pueden contribuir decisivamente al desarrollo sostenible. (...)”*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Esta circunstancia pone de relieve la trascendencia que tiene asegurar que, en este ámbito de la contratación de servicios de telecomunicaciones por las Administraciones Públicas, se garanticen las condiciones de competencia en el mercado.

El 13 de febrero de 2003 esta Comisión aprobó un Informe que se emitió al Ministerio de Ciencia y Tecnología en el que destacaba la importancia de las Administraciones Públicas como clientes de telecomunicaciones, y se ponía de relieve el hecho de que las finalidades propias de la normativa de contratación convergen con las de regulación de las telecomunicaciones (en lo que interesa a la salvaguardia de la igualdad en el trato dado por la Administración a los operadores).

El Informe incluía una serie de recomendaciones generales, en aspectos tales como los criterios de valoración de las ofertas, la información que se aporta en el pliego o la duración del contrato –aspectos sobre los que versa la consulta de Medialatina-, con la finalidad de que los procedimientos de contratación no perjudicaran la competencia en el mercado.

El dato relevante a estos efectos no es el régimen jurídico general al que esté sujeta la entidad convocante del procedimiento, sino el de su pertenencia al “sector público”⁹.

En este sentido, la Ley reguladora de las Finanzas en la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (Ley 1/1986, de 1 de febrero) proyecta su regulación sobre la Administración de la Comunidad Autónoma, las entidades autónomas, las empresas públicas y los demás entes públicos dependientes de la Comunidad Autónoma, cualquiera que sea su denominación y forma jurídica. Esta Ley, en su Exposición de Motivos, indica que la **transparencia, eficacia**, y también *“robustecimiento de las garantías de los administrados”*, son los objetivos propios de la Ley.

⁹ Cabe señalar, con carácter ilustrativo, que éste es el concepto (“sector público”) que, refiriéndose al ámbito estatal, acoge la nueva Ley General Presupuestaria (Ley 47/2003, de 26 de noviembre) para englobar tanto a entidades de Derecho Público, como también a las empresas públicas e incluso a las fundaciones del sector público. Para todas estas entidades, la Ley les impone una obligación de adecuar su gestión económico-financiera al cumplimiento de la eficacia en la consecución de los objetivos fijados y de la eficiencia en la asignación y utilización de recursos públicos, “en un marco de objetividad y transparencia en su actividad administrativa” (artículo 69).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Cabe señalar que, en lo que respecta al objeto de la presente consulta, conforme a su Ley de creación, el *Ens Públic* es una entidad caracterizada, en concreto, dentro del sector público, por las siguientes circunstancias:

- Le corresponde la “*regulación y gestión de los servicios de Radiodifusión y Televisión, competencia de la Comunidad Autónoma*”¹⁰. Ahora bien, está facultada para crear entidades de Derecho Privado (sociedades anónimas), que asumirán la gestión de los servicios públicos de difusión mencionados (radiodifusión sonora y televisiva autonómica)¹¹. El capital de dichas sociedades será íntegramente suscrito por la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares¹², siendo el Presidente del *Ens Públic* quien actuará como órgano de contratación de las mismas¹³.
- Los miembros del Consejo de Administración del *Ens Públic* son elegidos, para cada legislatura, por el Parlamento de las Islas Baleares¹⁴.
- La financiación del Ente se realiza con cargo a los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma y mediante los ingresos y rendimientos de sus actividades¹⁵. La financiación de las sociedades creadas por el *Ens Públic* se realiza mediante subvenciones, consignadas en los Presupuestos de la Comunidad Autónoma, y mediante la comercialización y venta de sus productos “*y, limitadamente, mediante una participación en el mercado de la publicidad*”¹⁶.
- El patrimonio que –en régimen de adscripción- utilice el *Ens Públic*, y las sociedades que cree para el cumplimiento de sus fines tienen la consideración de dominio público, siendo de la titularidad de la Comunidad Autónoma¹⁷.

De este modo, ya sea debido a la aplicación de la normativa de contratación administrativa, o ya sea por aplicación de la normativa de tipo presupuestario, o por aplicación del principio general de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 de la Constitución Española), existe una obligación de transparencia y no discriminación que pesa sobre las entidades de Derecho público sujetas al Derecho privado (y, en particular, sobre la

¹⁰ Artículo 1.1 de la Ley.

¹¹ Artículo 14.1.

¹² Artículo 14.2.

¹³ Artículo 11 d).

¹⁴ Artículo 4.1.

¹⁵ Artículo 26.1.

¹⁶ Artículo 26.2.

¹⁷ Artículo 27.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Administración convocante del concurso al que se refiere la consulta de Medialatina) cuando convocan concursos para recibir la prestación de servicios de telecomunicaciones.

Pues bien, estas exigencias de transparencia y no discriminación resultan reforzadas por lo dispuesto en la normativa sectorial de telecomunicaciones.

En efecto, la Directiva 2002/77/CE de la Comisión Europea, de 16 de septiembre de 2002, relativa a la competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas establece en su artículo 2 lo siguiente:

- “1. Los Estados miembros no podrán conceder ni mantener en vigor derechos exclusivos o especiales para la creación o suministro de redes de comunicaciones electrónicas ni para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público.*
- 2. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar el derecho de toda empresa a prestar servicios de comunicaciones electrónicas o a crear, ampliar o suministrar redes de comunicaciones electrónicas.*
- 3. Los Estados miembros velarán por que no se impongan o mantengan restricciones a la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas en redes de comunicaciones electrónicas creadas por los suministradores de servicios de comunicaciones electrónicas, en infraestructuras suministradas por terceros o por medio de redes compartidas, otras instalaciones o emplazamientos, sin perjuicio de las disposiciones de las Directivas 2002/19/CE, 2002/20/CE, 2002/21/CE y 2002/22/CE.*
- 4. Los Estados miembros velarán por que tanto las autorizaciones generales concedidas a empresas para prestar servicios de comunicaciones electrónicas o para crear o suministrar redes de comunicaciones electrónicas como las condiciones a que estén supeditadas dichas autorizaciones, se basen en **criterios objetivos, no discriminatorios, proporcionales y transparentes.***
(...)”

Por su parte, el artículo 3 a) de la Ley 32/2003 General de Telecomunicaciones establece como objetivo de la Ley el siguiente: *“Fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones y, en particular, en la explotación de las redes y en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y en el suministro de los recursos asociados a ellos. Todo ello promoviendo una inversión eficiente en materia de infraestructuras y fomentando la innovación.”*

Además, los principios de transparencia y no discriminación se encuentran presentes en la mencionada Ley General de Telecomunicaciones, informando



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

su contenido, en particular, en relación a las actuaciones que adopten las Administraciones Públicas en el sector¹⁸.

De acuerdo con todo lo anterior, ha de concluirse que, por la influencia que pueden tener en la configuración del mercado, las Administraciones convocantes de los procedimientos contractuales han de actuar de forma transparente, respetando ciertas garantías formales, que permitan la realización de los principios de igualdad y no discriminación entre operadores, que son los presupuestos de la apertura del mercado a la competencia.

V. EL SERVICIO CONSISTENTE EN LA INSTALACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE REDES QUE SE UTILIZAN PARA PODER PRESTAR SERVICIOS DE DIFUSIÓN.

El servicio sobre el que versa la consulta consiste en la prestación (a las entidades que, a su vez, prestan al público, servicios de difusión) del servicio consistente en la instalación y explotación de las infraestructuras que se utilizan como soporte de esos servicios de difusión.

La disposición transitoria séptima de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, vigente con anterioridad a la actual Ley 32/2003, preveía que este servicio portador, soporte de los servicios de difusión, seguiría siendo prestado por Retevisión hasta el vencimiento de determinado plazo:

“1. Hasta la finalización del plazo inicial de diez años a que se refiere el artículo 11 de la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada, continuará en vigor el régimen jurídico de prestación del servicio portador soporte de los servicios de difusión, regulado por las Leyes 4/1980, de 10 de enero, del

¹⁸ A título de ejemplo, cabe hacer referencia al supuesto de la explotación de las redes de telecomunicaciones por parte de las Administraciones Públicas: *“La explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones públicas, directamente o a través de sociedades en cuyo capital participen mayoritariamente, se ajustará a lo dispuesto en esta Ley y sus normas de desarrollo y se realizará con la debida separación de cuentas y con arreglo a los **principios de neutralidad, transparencia y no discriminación**. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá imponer condiciones especiales que garanticen la no distorsión de la libre competencia.”* (Artículo 8.4).

Asimismo, cabe hacer referencia al caso de las condiciones que pueden imponer las Administraciones a los operadores de redes que ejercitan derechos de ocupación, condiciones que deberán: *“Incluir un procedimiento rápido y **no discriminatorio** de resolución de las solicitudes de ocupación. / Garantizar la **transparencia** de los procedimientos y **que las normas aplicables fomenten una competencia leal y efectiva entre los operadores.**”* (Artículo 29.2 b) y c)).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Estatuto de la Radio y de la Televisión 46/1983, de 26 de diciembre, reguladora del Tercer Canal de Televisión, y 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada, y por la disposición adicional duodécima de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991. Asimismo, hasta la terminación del referido plazo, se aplicarán las normas dictadas en desarrollo de las disposiciones citadas. El Ente Público de la Red Técnica Española de Televisión continuará prestando los citados servicios portadores, hasta la finalización del indicado plazo, directamente o a través de la sociedad "Retevisión, Sociedad Anónima", de acuerdo con los contratos celebrados entre ambos.

Tal y como aclara la disposición transitoria tercera del Reglamento de desarrollo de la Ley 11/1998, relativo al dominio público radioeléctrico (Reglamento aprobado por Orden de 9 de marzo de 2000), el plazo en cuestión venció el 3 de abril de 2000, fecha en la que cualquier operador de redes públicas de telecomunicaciones (esto es, las redes que se utilizan para prestar servicios al público) podría solicitar a la CMT habilitación para poder prestar también el mencionado servicio, abriéndose de este modo el mismo a la competencia:

*“Los actuales titulares de licencias B o C otorgadas con arreglo a la Orden Ministerial de Licencias Individuales podrán solicitar a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la extensión del objeto de sus licencias para que las mismas les autoricen a la instalación y explotación de infraestructuras de red soporte de los servicios de radiodifusión sonora y televisión a que se refiere el artículo 43 de este Reglamento. A los efectos de conocer cuáles son las entidades habilitadas para la prestación de los servicios portadores de los servicios de difusión el día **3 de abril de 2000**, fecha del vencimiento del plazo al que se refiere el artículo 11 de la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada, la solicitud deberá formularse con anterioridad al vencimiento de dicho plazo.”*

Así, el servicio objeto del contrato convocado por el *Ens Públic* es un servicio que se presta en régimen de competencia desde la fecha de su liberalización, el 3 de abril de 2000.

Este servicio, referido a la red radioeléctrica soporte del servicio de difusión de la radio y televisión pública balear (red de transporte, distribución y difusión) ha sido adjudicado a Difusió Digital Societat de Telecomunicacions, S.A. (Tradia) –entidad filial al 100% de Abertis Telecomunicaciones, S.A.U., titular, asimismo, del 100% de la compañía Retevisión I, S.A.U.-. Ha sido adjudicado a Telefónica de España, S.A.U. en lo que se refiere a la red de transporte y distribución por fibra óptica soporte del mencionado servicio de difusión.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

VI. ASPECTOS A LOS QUE SE REFIERE LA CONSULTA PLANTEADA POR MEDIALATINA.

VI.1. Sobre la valoración concerniente al uso de las instalaciones preexistentes:

Medialatina considera que los pliegos de bases aprobados por la Directora General del *Ens Públic* otorgan una ventaja a Tradia, como entidad perteneciente al grupo Abertis. La razón se debe a que, según Medialatina, en las bases se prevé como un criterio de valoración a efectos de adjudicar el contrato el hecho de tener una disposición sobre las instalaciones preexistentes en la Comunidad Autónoma balear.

Con relación a este aspecto de las instalaciones preexistentes, son de considerar las siguientes bases del contrato:

- 1) La base jurídica 10: En esta base, en lo que corresponde a la documentación técnica, se indica:

“Las empresas interesadas, en su oferta, deberán hacer referencia, como mínimo, a los siguientes extremos:

(...)

- *Redes de Difusión y Transporte instaladas y número de emplazamientos. Se valorará especialmente la disposición y titularidad de centros de difusión instalados en el ámbito territorial de les Illes Balers, o la posibilidad para generar sinergias con otros posibles operadores de redes., en su caso.”*

- 2) La base jurídica 12: En esta base se especifica cuáles son los Criterios Objetivos de valoración. Entre ellos se encuentra el de *“Utilización de la infraestructura actualmente existente”*.

- 3) La base técnica 2 (*“Características técnicas de la red objeto del contrato”*): en esta base se expresa lo siguiente:

“Para su establecimiento podrá ofertarse la construcción de nuevas infraestructuras cuando ello sea inevitable, si bien se valorará positivamente la utilización de la infraestructura de centros actualmente instalados, complementándolos mediante los equipos propios necesarios, para producir el menor impacto medioambiental posible.”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De este modo, varias bases indican que se valorará positivamente el uso que se haga, por parte de la empresa interesada en contratar el servicio portador, de las infraestructuras que permiten la prestación de este servicio que ya se encuentren instaladas en el ámbito de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares.

La base jurídica 10 plantea incluso, como supuesto de especial valoración, el hecho de tener la “*titularidad*” de los centros que permiten la difusión de las señales de radio y televisión. Esta circunstancia señalaría, directamente, al operador ya establecido como merecedor de una valoración particular, frente a cualquier otra empresa que concurra al procedimiento. Cumple analizar, no obstante, la matización que –a continuación- introduce el texto de las bases aprobadas: “*o la posibilidad para generar sinergias con otros posibles operadores de redes, en su caso*”.

No es claro el sentido que tiene la frase transcrita. Su interpretación, en el marco de la previsión anterior (tener la titularidad de infraestructuras ya instaladas), y considerando, también, las demás previsiones contempladas en los pliegos acerca de la valoración de estas circunstancias (uso de instalaciones preexistentes), lleva a concluir que se estaría valorando el hecho de llegar a acuerdos con otros operadores para la prestación del servicio portador para utilizar en parte la infraestructura de redes correspondientes a otros operadores.

De lo indicado en la base técnica 2 se puede inducir que las previsiones del pliego acerca de este punto obedecen a la finalidad de reducir el impacto ambiental (se trataría de impacto *visual*, en concreto).

En definitiva, de acuerdo con lo dispuesto en los pliegos, sería objeto de valoración positiva el hecho de utilizar, para prestar el servicio, infraestructuras ya establecidas en la Comunidad Autónoma, ya sea por ser titular de las mismas, ya sea por llegar a acuerdos con su titular.

Ahora bien, el acceso a infraestructuras ya establecidas por otros operadores, cuando ello resulta necesario por motivos de medio ambiente, tiene su marco de regulación específico en la normativa de telecomunicaciones.

Cabe destacar, además, que la propia normativa de telecomunicaciones contempla también otros supuestos de acceso a las infraestructuras preexistentes (a los efectos de su compartición entre el operador establecido y un nuevo entrante en el mercado), al margen de que ello resulte acordado por una autoridad con competencia en materia de medio ambiente.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Uno y otro supuesto se exponen a continuación:

- a) El acceso a infraestructuras preexistentes por razones de protección del medio ambiente:

El artículo 30.2 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, dispone lo siguiente:

“Cuando los operadores tengan derecho a la ocupación de la propiedad pública o privada y no puedan ejercitar por separado dichos derechos, por no existir alternativas por motivos justificados en razones de medio ambiente, salud pública, seguridad pública u ordenación urbana y territorial, la Administración competente en dichas materias, previo trámite de información pública, acordará la utilización compartida del dominio público o la propiedad privada en que se van a establecer las redes públicas de comunicaciones electrónicas o el uso compartido de las infraestructuras en que se vayan a apoyar tales redes, según resulte necesario.”

Este precepto está en relación con lo que establece el artículo 29.1 de la propia Ley General de Telecomunicaciones:

“La normativa a que se refiere el artículo anterior [Normativa aplicable a la ocupación del dominio público y la propiedad privada; ocupación a la que el artículo 26 de la Ley da derecho a los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas] deberá, en todo caso, reconocer el derecho de ocupación del dominio público o la propiedad privada para el despliegue de las redes públicas de comunicaciones electrónicas de conformidad con lo dispuesto en este título. En cumplimiento de la normativa de la Unión Europea, se podrán imponer condiciones al ejercicio de este derecho de ocupación por los operadores, que estarán justificadas por razones de protección del medio ambiente, la salud pública, la seguridad pública, la defensa nacional o la ordenación urbana y territorial. La entidad de la limitación que entrañen para el ejercicio de ese derecho deberá resultar proporcionada en relación con el concreto interés público que se trata de salvaguardar.

Estas condiciones o límites no podrán implicar restricciones absolutas al derecho de ocupación del dominio público y privado de los operadores. En este sentido, 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.”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El precepto es incorporación al Derecho español del artículo 12.2 de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas: *“En particular cuando las empresas no tengan acceso a alternativas viables dada la necesidad de proteger el medio ambiente, la salud pública o la seguridad pública, o de alcanzar objetivos de ordenación urbana y territorial, los Estados miembros podrán imponer el uso compartido de recursos o propiedades (incluida la ubicación física) a una empresa que explote una red de comunicaciones electrónicas, o adoptar medidas para facilitar la coordinación de obras públicas sólo después de transcurrido un período adecuado de consulta pública durante el cual todas las partes interesadas deberán tener la oportunidad de expresar sus opiniones. Tales sistemas de uso compartido o de coordinación podrán incluir reglas de prorrateo de los costes del uso compartido de los recursos o las propiedades.”*

Así, la normativa de telecomunicaciones permite, a las autoridades competentes en materia de medio ambiente, imponer a un determinado operador la obligación de compartir sus instalaciones con otros operadores interesados en el establecimiento de su red, cuando ello resulte justificado para conseguir la protección del medio ambiente.

Respecto a lo dispuesto en el artículo 30.2, el Consejo de Estado, en su Informe 228/2003, de 20 de febrero, sobre el Proyecto de Ley General de Telecomunicaciones, aclaraba, en concreto, que lo dispuesto en este precepto permite a un operador nuevo ocupar instalaciones preexistentes cuando resulte justificado, entre otras razones, para proteger el medio ambiente:

“..., el artículo 30.2 del Anteproyecto sometido a consulta, tal y como exige el artículo 12 de la "Directiva Marco", atribuye el derecho a la ubicación compartida de infraestructuras en un mismo inmueble o al uso compartido de una misma infraestructura siempre que "tengan derecho a la ocupación de la propiedad pública o privada y no puedan ejercitar por separado dichos derechos, por no existir alternativas por motivos justificados en razones de medio ambiente, salud pública, seguridad pública u ordenación urbana y territorial". En consecuencia, los operadores podrán hacer valer este derecho incluso en relación con infraestructuras preexistentes. Ello resulta acorde con la norma comunitaria transpuesta.”

- b) El acceso a infraestructuras preexistentes para permitir la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas en condiciones de competencia efectiva:

Al margen de la compartición de infraestructuras prevista en el artículo 30.2 de la Ley General de Telecomunicaciones, fundada en razones de medio



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ambiente, urbanismo, salud pública y seguridad pública, la Ley General de Telecomunicaciones contempla otro supuesto de acceso a infraestructuras preexistentes:

El apartado 2 del Anexo II (“Definiciones”) de la Ley General de Telecomunicaciones define el concepto de “acceso” como *“la puesta a disposición de otro operador, en condiciones definidas y sobre una base exclusiva o no exclusiva, de recursos o servicios con fines de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas”*; lo cual comprende *“el acceso a infraestructuras físicas, como edificios, conductos y mástiles”*.

El artículo 13 de la Ley dispone que la CMT, en las condiciones que se determinen reglamentariamente, podrá imponer obligaciones en materia de acceso a los operadores que hayan sido declarados con poder significativo en el mercado.

Este precepto tienen su origen en la incorporación al Derecho español del artículo 12 de la Directiva de acceso (Directiva 2002/19/CE), que prevé que las autoridades nacionales de reglamentación estarán facultadas para exigir a los operadores que tengan un peso significativo en el mercado que satisfagan solicitudes razonables de acceso a elementos específicos de las redes y a recursos asociados, en particular, facilitando *“la coubicación y otras modalidades de compartición de instalaciones, como conductos, edificios y mástiles”*. Para ello, tales obligaciones (por remisión al artículo 8 de la propia Directiva de acceso) *“deberán basarse en la índole del problema detectado, guardar proporción con éste y justificarse a la luz de los objetivos enumerados en el artículo 8 de la Directiva 2002/21/CE (Directiva marco)”*.

Así, la CMT puede imponer, a un operador dominante, la obligación de dar acceso a un tercero a sus infraestructuras, cuando ello resulte justificado, conforme a los objetivos y principios de la Ley General de Telecomunicaciones (en particular, el principio de proporcionalidad), para permitir la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas en condiciones de competencia efectiva (como prevé el artículo 3 a) de la Ley).

- **Conclusión:**

No se puede valorar como un mérito particular el hecho de tener la titularidad de infraestructuras ya instaladas, pues es un requisito que implica, directamente, privilegiar al operador ya establecido.

Tampoco se puede valorar como un mérito particular, a los efectos de lograr la protección medioambiental, el hecho de poder llegar a acuerdos con otros



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

operadores para el uso de infraestructuras preexistentes. El ordenamiento jurídico contempla un **derecho general** (de todos los operadores por igual) relativo al acceso a infraestructuras preexistentes (en particular, cuando ello es necesario por motivo de protección del medio ambiente). El hecho de que se valore de forma especial la posibilidad de llegar a estos acuerdos puede implicar una preferencia por las entidades pertenecientes al grupo del operador ya establecido.

Aunque la disposición adicional quinta del Real Decreto 2169/1998, de 9 de octubre, por el que se aprueba el Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Terrenal contempla el uso de infraestructuras existentes como criterio de valoración de los concursos que se convoquen para la prestación del servicio de difusión de televisión digital, lo hace en el marco de la introducción de la tecnología digital (sobre la base del uso de las infraestructuras analógicas) y en un contexto temporal en el que aún no se había liberalizado el servicio portador. Por ello, la disposición adicional quinta, indica que esa utilización se valorará “*al menos inicialmente*”.

La Comunicación interpretativa de la Comisión Europea sobre la posibilidad de integrar aspectos medioambientales en la contratación pública, antes citada en nota a pie de página, permite a las Administraciones convocantes contemplar aspectos relativos a la protección del medio ambiente en los contratos administrativos, pero en modo alguno autoriza a prescindir de otros principios y objetivos comunitarios. De hecho, destaca el límite que pesa sobre las entidades adjudicadoras a la hora de integrar aspectos medioambientales, consistente en la necesidad de respetar las normas y principios generales del Derecho comunitario:

“La política de contratación pública es uno de los muchos elementos de la política de mercado interior, que tiene una serie de objetivos estratégicos (en particular, la libre circulación de mercancías, personas y servicios). Pretende contribuir a la realización del mercado interior, estableciendo las condiciones de competencia necesarias para que los contratos públicos se adjudiquen sin discriminación y asignando racionalmente los recursos públicos mediante la elección de la mejor oferta.

(...)

Si disponen de varias posibilidades de satisfacer sus necesidades, los poderes adjudicadores gozan de libertad para determinar el objeto del contrato que consideren más respetuoso con el medio ambiente (13), incluso recurriendo a la utilización de variantes (véase el punto 1.4 de la sección II).

Esta libertad no es, sin embargo, ilimitada. Los poderes adjudicadores deben, en su calidad de organismo público, cumplir las normas y principios generales del Derecho comunitario, en particular los de la libre circulación de mercancías y servicios, tal y como se establece en los artículos 28 a 30



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

(antiguos artículos 30 a 36) y 43 a 55 (antiguos artículos 52 a 66) del Tratado CE.

(...)

Los poderes adjudicadores gozan de libertad para determinar el objeto del contrato, o definiciones alternativas del mismo mediante el uso de variantes, que consideren más respetuoso con el medio ambiente, siempre que no se restrinja la participación en él en detrimento de los licitadores de otros Estados miembros.”

Además, según lo visto, la protección del medio ambiente, en el ámbito de la instalación y explotación de redes de telecomunicaciones, puede implicar restricciones, pero éstas han de estar justificadas, ser racionales, proporcionadas. No reúne esos requisitos la limitación consistente en imponer a todo operador nuevo que utilice, por entero, la misma estructura de red creada por el operador establecido. Existen muchas técnicas de minimización del impacto visual que permiten proteger el objetivo pretendido por las bases del contrato y que no entrañan la limitación que implican dichas bases respecto a la valoración que se hace en las mismas acerca de las instalaciones preexistentes¹⁹.

En definitiva, introducir en un pliego de condiciones, como un criterio objetivo de valoración a los efectos de proteger el impacto ambiental, el concerniente al uso de las instalaciones preexistentes puede implicar una lesión del principio de igualdad y no discriminación.

VI.2. Sobre el plazo de duración del contrato.

Viene señalando esta Comisión, en lo que interesa a la salvaguardia de la competencia en el mercado, que el plazo de duración de los contratos administrativos sobre telecomunicaciones, conviene que sea establecido considerando dos circunstancias: Por una parte, ha de ser un plazo suficiente como para permitir al adjudicatario recuperar la inversión que el contrato implique, y, por otra parte, no ha de ser un plazo excesivo (que impida, durante un largo período de tiempo, que operadores alternativos al adjudicatario puedan ofrecer sus servicios al cliente, que es la Administración licitadora).

¹⁹ Hay diferentes soluciones de mimetización de las instalaciones con el paisaje que actúan sobre colores, formas y materiales exteriores.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Un plazo de duración de diez años (como el previsto en la base jurídica 5), referido a la prestación de las infraestructuras que permiten ofrecer al público servicios de difusión, parece excesivamente largo²⁰.

Se observan casos de contratos celebrados sobre servicios equivalentes al de la consulta que tienen una duración inferior a los diez años:

Retevisión presta, entre otros, servicios de difusión de televisión analógica a Canal Nou (primer canal de la TVV) en la Comunidad Valenciana, siendo la duración del contrato de prestación del servicio portador de cinco años.

Ahora bien, al margen de las consideraciones generales que llevan a concluir que un plazo semejante puede ser excesivo, hay que tener en cuenta que las bases técnicas 1 y 2 contemplan, para el contrato objeto de la consulta, una cobertura inicial del 97% del territorio balear, lo que implica que las infraestructuras que se van a utilizar por el adjudicatario ya se encuentran, por necesidad, desplegadas. Es decir, su despliegue (para poder situarse al inicio del contrato en el 97% del territorio) ha debido hacerse, en su generalidad, con anterioridad al contrato. Con ello, el largo plazo del contrato adjudicado por el *Ens Públic* no puede estar justificado en la rentabilización del despliegue de infraestructuras, puesto que dicho despliegue, ha debido hacerse, necesariamente, al margen del contrato que se suscribe.

De este modo, la Administración adjudicadora queda vinculada, **sin una justificación objetiva**, a un mismo oferente *por un largo período de tiempo*. En este caso, el plazo mínimo del contrato es de diez años; a los que habrá que añadir, en su caso, las prórrogas -para las que las bases no establecen un límite máximo-. Durante ese período de tiempo la Administración no va a poder acceder a las ofertas de los diferentes operadores del mercado, en relación con las posibles innovaciones tecnológicas que se produzcan²¹, ni dichos

²⁰ A efectos ilustrativos puede tenerse en cuenta que, en el marco de la antigua Ley 11/1998, General de Telecomunicaciones, el artículo 13 de la Orden de 22 de septiembre de 1998 contemplaba que previsiones que los operadores habían de desarrollar, tanto desde un punto de vista técnico como económico, al objeto de obtener la licencia individual que les habilita para la realización de su actividad, alcanzaban a un período de cuatro años: Se habían de aportar mapas de escala adecuada *"que permitan observar la evolución de la cobertura, durante los primeros cuatro años de vigencia de la licencia, con indicación de los distintos niveles de calidad"*. Se debía presentar la *"estrategia comercial para los cuatro primeros años de la explotación de los servicios"*.

Aunque el dato no tiene carácter fundamental, puede servir como indicativo de que el plazo de los diez años es, en general (al margen de otras circunstancias que, además, para el presente contrato lo hacen inapropiado), excesivo.

²¹ La Comisión Europea estableció en el Asunto Tetra Pak II (Decisión 92/163/CEE, de 24 de julio de 1991) que la imposición por esta compañía de contratos de alquiler de maquinaria y



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

operadores alternativos van a poder acceder a la prestación del servicio que la Administración convocante consuma.

VI.3. Sobre la cobertura inicial del servicio.

Las bases técnicas 1 y 2 exigen una cobertura inicial del 97% del territorio balear: *“La red inicialmente establecida deberá alcanzar una cobertura total de les Illes Balears del 97%”.*

Lo dispuesto en esta base ha de ponerse en relación con la base técnica 4, en la que se dispone lo siguiente:

“Teniendo en cuenta que el inicio de emisiones de la televisión Autonómica de les Illes Balears está prevista para el 1 de marzo de 2005, y que sería deseable iniciar las emisiones de la Radio Autonómica con anterioridad (fecha que se podrá fijar a la firma del presente contrato), se tendrá muy en cuenta la rapidez en la puesta en marcha de toda la infraestructura y servicios necesarios objeto del presente contrato, sin que ello vaya en detrimento de la calidad del servicio. Los plazos presentados por el oferente deberán garantizar la mayor amplitud de cobertura posible a 31 de diciembre de 2005.”

Así, parece que el pliego exige el 97% de cobertura en el momento de comienzo de las emisiones del servicio público de difusión. Este momento de comienzo de las emisiones, para el servicio de televisión, es el 1 de marzo de 2005, y para el servicio de radio, es un momento anterior, que no se determina de forma concreta.

Ha de considerarse que la cobertura poblacional de un prestador del servicio portador soporte del servicio de difusión de televisión terrenal puede ser una variable competitiva importante. El hecho de disponer de una red que proporcione una cobertura del 95 % de la población en todo el territorio nacional permite, con carácter inmediato (sin una especial labor de despliegue), prestar el servicio soporte de difusión de televisión en ámbitos inferiores al nacional.

Según la información de que dispone esta Comisión, para alcanzar una cobertura del 80% de la población en UHF se requieren únicamente unos 150 centros, mientras que para alcanzar una cobertura superior al 95%, se requieren más de 2.000 puntos.

equipos de 3 a 9 años de duración constituía un abuso de su posición de dominio, ya que en un sector de rápida innovación tecnológica dicha duración de los contratos suponía una vinculación a largo plazo injustificada entre el cliente y la compañía (aparatado 140).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Retevisión I, S.AU., perteneciente (al igual que Tradia) al grupo Abertis, cuenta con una cobertura superior al 95% de la población nacional, y, según datos de 2002, para el ámbito territorial balear cuenta con una cobertura poblacional, en relación con el servicio de televisión analógica –que es el contemplado en las bases-, superior, asimismo, al 95%.

En estas circunstancias, la implantación, por operadores alternativos, de una red de difusión en el ámbito autonómico, con cobertura generalizada, y en el corto plazo, se observa de muy difícil realización. Establecer coberturas tan elevadas en una primera fase, así como un plazo de implantación tan rápido, puede suponer para los operadores entrantes una barrera.

Si la Administración tiene unas necesidades de especial urgencia en que se ponga a su disposición un servicio, puede acudir a las soluciones previstas en la normativa de contratos. Ahora bien, estas soluciones excepcionales han de agotarse en la atención de la necesidad inmediata. En lo demás, la prestación del servicio ha de resultar de un procedimiento de contratación abierto (que permita la concurrencia al mismo de todos los operadores interesados, contemplando un plazo de despliegue de las infraestructuras razonable en términos de mercado).

Se pueden buscar soluciones que permitan satisfacer el interés de la Administración sobre cobertura general y en el corto plazo, pero sin comprometer a la Administración convocante con un único operador por el largo plazo de tiempo que se contempla en las bases, o por la totalidad del ámbito del contrato²².

VI.4. Sobre la exigencia de multiplexación.

Según resulta de la base técnica 2, el *Ens Públic* pretende que el canal de televisión analógico de las Islas Baleares se difunda junto a los cuatro canales autonómicos de Cataluña y la Comunidad Valenciana que se están emitiendo en la actualidad, dentro de su territorio.

²² La Administración convocante podría convocar un procedimiento abierto (en términos reales y efectivos), que prevea un plazo razonable para lograr el objetivo de cobertura perseguido, o que no ponga objetivos de cobertura poblacional tan elevados en el corto plazo, y, asimismo, podría convocar otro procedimiento que le permita a la Administración satisfacer el interés de la *inmediata* puesta en marcha del servicio (en tanto dura el plazo de despliegue anterior), o que le permita satisfacer el interés de la cobertura *general* en el corto plazo (referido a las zonas que, por sus características, sean de más difícil cobertura en el corto plazo –incluso para su cobertura sobre la base de acuerdos de coubicación-, en tanto el resto de las zonas se cubren a través del otro procedimiento).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En concreto, la base técnica 2, en relación con la red de difusión para el canal de televisión autonómico analógico, señala: *“Se valorará que en cada centro emisor la señal del Canal de Televisión Autonómico pueda multiplexarse con los actuales programas de operadores públicos UHF, de manera que las zonas de cobertura resultantes serían similares.”*

Asimismo, esta base, en relación con la red de difusión para el canal de radio autonómico, señala: *“Se valorará que en los centros emisores principales de cada Isla, la señal del canal de radio Autonómico se pueda multiplexar con los actuales programas de operadores públicos de radio, de forma tal que las zonas de cobertura resultantes serían similares.”*

Ha de señalarse también que la base 2 prevé, como tercero de los lotes del procedimiento, el establecimiento de una *“red de transporte y distribución de las señales de los canales de Televisión de los cuatro canales autonómicos de Cataluña y la Comunidad valenciana, desde la sede de la TVIB en Calviá hasta el centro emisor principal ubicado en Alfabia para su Distribución y Difusión tal y como se viene realizando en la actualidad”*.

Respecto a esta cuestión, cabe decir que desde un punto de vista técnico, la multiplexación implica la combinación de los diferentes canales o programas que se reciben en los centros emisores y reemisores que componen la red de difusión, en una sola señal, mediante un dispositivo llamado multiplexor, con el fin de difundirlo por un único sistema radiante.

Consecuencia de lo anterior es que multiplexar en cada centro emisor la señal del canal de televisión autonómico con los actuales programas de los operadores públicos UHF, de manera que las zonas de cobertura resultantes sean similares, conlleva necesariamente la utilización del mismo sistema radiante de los centros emisores y reemisores ya desplegados en el ámbito de las Islas Baleares.

Por tanto, para optar a la valoración positiva del pliego, respecto a la cuestión analizada, el operador entrante debería utilizar los mismos emplazamientos que los utilizados para prestar el servicio portador soporte de difusión de la señal de televisión analógica de los canales públicos valencianos y catalanes.

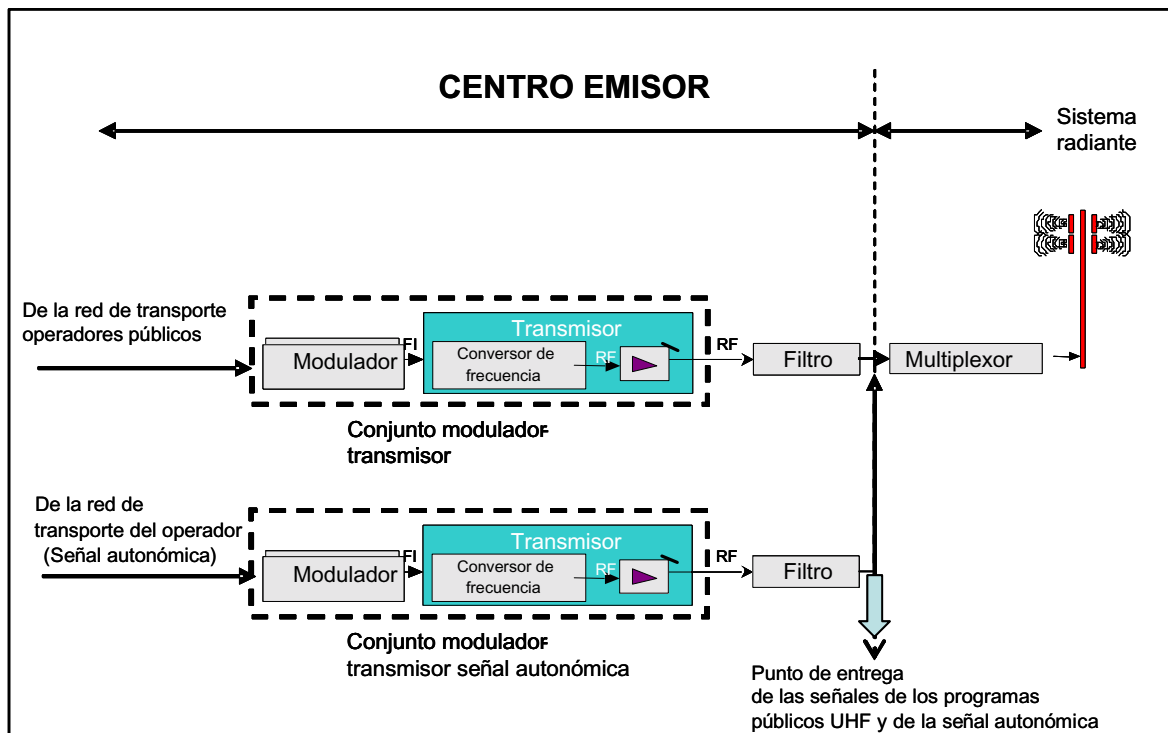
Es decir, el operador que quisiera prestar el servicio de difusión, objeto del informe, debería, en primer lugar, llegar a acuerdos con el operador que presta ese servicio portador, de forma que le garanticen el acceso a sus infraestructuras. En segundo lugar, el operador, una vez obtenido el acceso, tendría que ubicar el transmisor, que está asociado a la frecuencia de emisión



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

del difusor, y a continuación acceder al equipo multiplexor y al sistema radiante de difusión ya instalado.

En la siguiente figura se muestra lo explicado en el párrafo anterior:



En consecuencia, la valoración positiva impuesta en el pliego en relación con la multiplexación, de manera que las zonas de cobertura resultantes sean similares, determina que el operador que quiera concurrir al concurso, ha de utilizar los mismos emplazamientos que los que actualmente se utilizan para difundir los programas de los operadores públicos en el territorio de las islas Baleares, así como el multiplexor y el sistema radiante.

Esta condición beneficia al operador ya establecido.

VII. OTROS ASPECTOS QUE PLANTEAN LAS BASES DEL CONTRATO.

Además de las circunstancias puestas de relieve por Medialatina en su consulta, el pliego de bases jurídicas contempla otra circunstancia que implica la valoración de un mérito que, por definición, va a corresponder a la entidad establecida, y que, por tanto, también puede implicar una ventaja de dicho operador frente a los restantes.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A efectos de acreditar la solvencia técnica, la base jurídica 10 especifica lo siguiente:

“El oferente, cualquiera de sus socios o miembros, o, en su caso, el grupo empresarial al que pertenezca el oferente deberá acreditar una experiencia en el sector de, al menos, 3 años con indicación de los servicios de naturaleza análoga a los contenidos en la presente SOLICITUD PÚBLICA DE OFERTAS.

En el caso de que la experiencia profesional que se aporte corresponda a socios o al grupo empresarial al que pertenezca el oferente, deberá presentarse compromiso suficiente de estos últimos de aportación de su experiencia a la sociedad que presente la oferta.”

A su vez, la base jurídica 12 considera, como un criterio de valoración, la solvencia técnica (que incluía esa exigencia de experiencia).

Con carácter general, respecto a la exigencia de experiencia del contratista en los contratos administrativos, puede tomarse en consideración la valoración realizada al respecto por Tribunal Superior de Justicia de Extremadura (Sala Contencioso-Administrativa), en su Sentencia 202/2000, de 14 de febrero (Fundamento de Derecho quinto). En esta Sentencia, el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura considera que la exigencia de la experiencia en un procedimiento de licitación ha de estar fundamentada en la singularidad de la actuación a realizar por el contratista:

“A la vista de esas circunstancias debemos examinar si la incorporación, entre los criterios establecidos en el caso de autos respecto de haber realizado obras de reforma y, en desmesurada primacía, que esas obras se hayan realizado para la Comunidad Autónoma de Extremadura, es asumible en los criterios a que el precepto hace referencia. Así lo estima la asistencia jurídica de la recurrente que considera la experiencia como un criterio para la selección del contratista, como actuación previa a la adjudicación del contrato, pero no para la valoración de la oferta que no puede estar referida a los contratistas, sólo así cabe hablar de la «objetividad» que el precepto exige y que entre ellas no puede incorporarse la «experiencia» por carecer de ese carácter y entrar en la subjetividad discriminadora que se reprocha. Argumentos que se rechazan de contrario. Ante ese debate es necesario comenzar por señalar que difícilmente puede justificarse la «singularidad» de las obras que justifican la mayor puntuación en una pretendida experiencia cuando es lo cierto que no existe la más mínima constancia en el expediente que la obra de autos tuviere alguna singularidad (regional o arquitectónica) que hiciera necesario recurrir a esa condición, pues lo único que consta es contrario a ese criterio dado que el objeto del contrato es la reforma de instalaciones fijas y construcción de una «piscina» y unos «bungalow». Así pues, no cabe justificar la discriminación en la experiencia. (...)”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Las bases examinadas en la presente consulta parecen exigir una experiencia mínima en la prestación del servicio portador soporte del servicio de difusión de tres años. Ha de recordarse que se trata de un servicio liberalizado cuatro años antes de la convocatoria del procedimiento de licitación.

Por otra parte, el requisito parece un tanto redundante con la previsión contenida en la base técnica 3 acerca de la experiencia del personal: En efecto, en esta base, en relación con el mantenimiento, operación y gestión de las redes, se expresa que *“se valorará el nivel de servicio de la empresa ofertante, la experiencia de su personal y la especialización de sus equipos”*. Tal vez esta exigencia hubiera sido suficiente (y haría innecesaria la exigencia de experiencia a la empresa como tal).

Con la exigencia de experiencia de, al menos, tres años en la prestación de servicios equivalentes, la Administración se está vinculando a un operador por el simple hecho de ser el operador establecido, quedando al margen de las opciones que le puedan aportar los entrantes.

VIII. CONCLUSIONES.

Primero.- Para contratar –en el ámbito de un procedimiento de contratación pública- el uso de una red de comunicaciones electrónicas, no se puede valorar como un mérito particular el hecho de que los licitadores tengan la titularidad de infraestructuras ya instaladas, pues es un requisito que implica, directamente, privilegiar al operador ya establecido.

Tampoco se puede valorar como un mérito particular, a los efectos de lograr la protección medioambiental, el hecho de que los licitadores puedan llegar a acuerdos con otros operadores para el uso de infraestructuras preexistentes. El ordenamiento jurídico contempla un derecho general (de todos los operadores por igual) relativo al acceso a infraestructuras preexistentes (en particular, cuando ello es necesario por motivo de protección del medio ambiente). El hecho de que se valore de forma especial la posibilidad de llegar a estos acuerdos puede implicar una preferencia por las entidades pertenecientes al grupo del operador ya establecido.

Segundo.- Con un largo plazo de duración del contrato, la Administración adjudicadora queda vinculada a un mismo oferente por un largo período de tiempo. Este largo plazo no puede tener su justificación –en el caso del contrato a que se refiere la consulta- en la necesidad de recuperar la inversión que implica el contrato, puesto que la exigencia del contrato sobre despliegue



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de las infraestructuras (cobertura del 97% al inicio del contrato) implica que la inversión ha debido hacerse antes del contrato en cuestión.

Tercero.- Establecer coberturas muy elevadas en una primera fase del contrato, así como un plazo de implantación muy rápido, puede suponer una barrera para los operadores entrantes.

Cuarto.- La valoración positiva impuesta en las bases objeto de la consulta en relación con la multiplexación, de manera que las zonas de cobertura resultantes sean similares, determina que el operador que quiera concurrir al procedimiento, ha de utilizar los mismos emplazamientos que los que actualmente se utilizan para difundir los programas de los operadores públicos en el territorio de las islas Baleares, así como el multiplexor y el sistema radiante.

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 Sáinz de

Baranda

Carlos Bustelo García del Real