



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

CERTIFICA:

Que en la Sesión del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 8 de noviembre de 2001, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR MADRITEL COMUNICACIONES, S.A.U. CONTRA EL ACUERDO DEL CONSEJO DE LA CMT DE FECHA 7 DE SEPTIEMBRE DE 2001, RELATIVO AL OTORGAMIENTO DE UNA LICENCIA C1 A CAPRIVI, S.A.

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por Madritel Comunicaciones, S.A.U. (en adelante, Madritel) contra la Resolución de esta Comisión de 7 de septiembre de 2001, correspondiente al expediente RO 2001/5055, sobre otorgamiento a CAPRIVI, S.A. de una licencia individual de tipo C1, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 38/01 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 8 de noviembre de 2001, recaída en el expediente AJ 2001/5481.

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 12 de julio de 2001, la entidad CAPRIVI, S.A. (en adelante, Caprivi), solicitó a la Comisión del Mercado de las



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Telecomunicaciones (en adelante, CMT) el otorgamiento de una licencia individual tipo C1, habilitante para el establecimiento y explotación de una red pública que no implique el uso del dominio público radioeléctrico, sin que su titular pueda prestar el servicio telefónico disponible al público, incluyendo la habilitación para el establecimiento y explotación de infraestructuras de red soporte de los servicios de radiodifusión sonora y televisión.

SEGUNDO.- Por Acuerdo del Consejo de la CMT de fecha de 7 de septiembre de 2001 se dio respuesta a la solicitud presentada por Caprivi. En el mencionado Acuerdo se decide lo siguiente:

“Primero.- Otorgar a la entidad **CAPRIVI, S.A.**, C.I.F. nro. A-78653821, y con domicilio social y a efectos de notificaciones en Coslada (Madrid), C/ Chile nº 23, LICENCIA INDIVIDUAL DE TIPO C1, habilitante para el establecimiento y explotación de una red pública de telecomunicaciones que no implique el uso del dominio público radioeléctrico, sin que su titular pueda prestar el servicio telefónico disponible al público. La explotación de la red incluye el alquiler a terceros de fibra óptica sin equipos de conmutación, transmisión, recepción o procesado de señales, y, por otra parte, el derecho a prestar el servicio de líneas susceptibles de arrendamiento. También habilita para el establecimiento y explotación de infraestructuras de red que se utilizan para prestar a terceros servicios de radiodifusión sonora y de televisión.

Cuando el titular de esta licencia desee que se le otorguen derechos de uso del dominio público radioeléctrico deberá solicitar la autorización o concesión demanial correspondiente al Ministerio de Ciencia y Tecnología conforme al procedimiento previsto en el artículo 7.1, párrafo primero, de la Orden de Licencias. La citada concesión demanial pasará a formar parte de esta licencia, si bien no será efectiva, a los efectos de esta licencia, hasta que se produzca la correspondiente inscripción en el Registro Especial de Titulares de Licencias Individuales.

Segundo.- Que se proceda a la inscripción, en el Registro Especial de Titulares de Licencias Individuales de la entidad **CAPRIVI, S.A.**, como titular de LICENCIA INDIVIDUAL DE TIPO C1, habilitante para el establecimiento y explotación de una red pública de telecomunicaciones que no implique el uso del dominio público radioeléctrico, sin que su titular pueda prestar el servicio telefónico disponible al público incluyendo los datos objeto de la primera inscripción especificados en el artículo 6 del Reglamento de Registros Especiales.
(...)”

TERCERO.- Con fecha 9 de octubre de 2001 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión un escrito de Madritel, por el que se interpone recurso de reposición contra la Resolución de la CMT de 7 de septiembre de 2001, relativa al otorgamiento de una licencia individual de tipo C1 a Caprivi.

En el escrito presentado se expone, básicamente, lo siguiente:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que Madritel ha tenido conocimiento, a través de la página web de la CMT, del otorgamiento, por Resolución de 7 de septiembre de 2001, de una licencia C1 a Caprivi.
- Que, como titular de una concesión para la prestación del servicio público de difusión de televisión por cable en las tres demarcaciones de la Comunidad de Madrid, Madritel se considera legitimado para la interposición del recurso, defendiendo *“su legítimo interés en que cualquier empresa que compita con ellos en la prestación del servicio de difusión de televisión por cable en su demarcación territorial, lo haga obteniendo previamente el título concesional que le habilite para ello, y que la prestación de los citados servicios se lleve a cabo en igualdad de condiciones”*.
- Que *“La empresa CAPRIVI, S.A. que ha obtenido de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones una licencia individual del tipo C1, es una empresa de televisión por cable cuya actividad principal es la difusión de contenidos de televisión por cable a usuarios finales en la localidad de Coslada, para lo cual, ha desplegado en dicha localidad una red de cable a través de la cual presta el citado servicio sin ostentar el título habilitante que se lo permita”*.
- Que *“La Ley 50/1998, de Medidas fiscales, Administrativas y del Orden Social, vino a establecer, a través de su Disposición Adicional Cuadragesimacuarta, que las empresas operadoras de televisión por cable a las que se refiere el apartado 4 de la Disposición Transitoria Primera de la Ley 42/1995, de 22 de diciembre de las Telecomunicaciones por Cable, que se encontrasen en explotación comercial en una determinada localidad, podrían continuar realizando esa actividad hasta que la entidad que hubiese obtenido la oportuna concesión para la prestación del servicio, comience a ofrecerlo en aquélla y así se acredite mediante acta levantada por la Inspección de Telecomunicaciones del Ministerio de Fomento. Dado que MADRITEL ya presta el servicio en la localidad de Coslada, ha sido solicitado el levantamiento del correspondiente acta por la Inspección de Telecomunicaciones en la citada localidad”*.
- Que la Resolución recurrida está produciendo la convalidación de una red ilegal, manifestando, en particular, que *“El efecto resultante de los actos administrativos recurridos, es que CAPRIVI, S.A. venía prestando el servicio de difusión de televisión por cable bajo un régimen provisional, vinculado por las limitaciones legales establecidas en él, y sobre todo, obligadas por imperativo legal a cesar en esa actividad cuando se den los elementos exigidos para ello, se encuentra ahora en situación de prestar, bajo una apariencia de legalidad, servicios de telecomunicaciones al amparo de las licencias individuales obtenidas, y seguir prestando sin título habilitante alguno, el servicio de difusión de televisión por cable en la localidad en la que presta servicio y está ya operando MADRITEL, concesionario del citado servicio”*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que, con la *“abusiva utilización de las normas que regulan el régimen para el otorgamiento de licencias individuales”*, se está produciendo *“un resultado prohibido por las normas que regulan la prestación del servicio de difusión de televisión por cable”*, lo que *“a nuestro entender constituye un fraude de Ley que hace nulos de pleno derecho los citados actos administrativos”*.
- Que la Resolución recurrida resulta equívoca, *“ya que induce a error en su interpretación”*. En opinión de Madritel, la resolución recurrida debe interpretarse *“en el sentido de que lo habilitado por la licencia individual de tipo C1 es el establecimiento y la explotación de infraestructuras de red susceptibles de ser utilizadas para la prestación de servicios de radiodifusión sonora y de televisión, pero no dicha prestación, la cual sólo sería posible – se insiste en ello- por quien fuera titular de la correspondiente concesión”*.
- Que *“Dado que CAPRIVI, S.A. fue titular de una concesión provisional de televisión por cable, la red utilizada para la prestación de dicho servicio era una red afecta a la concesión, por lo que la utilización de la misma al amparo de una licencia individual de tipo C1, bajo un régimen jurídico distinto, exige la desafección previa de las referidas instalaciones desafección que no ha tenido lugar”*. Asimismo, Madritel, refiriéndose con carácter general a las redes que se encuentran en esta situación, expone que *“de legalizarse de algún modo dichas redes, debería comprobarse y exigirse en todo caso el cumplimiento de las normativas locales o municipales que fueren aplicables y, en particular, las relativas al pago de los tributos y tasas municipales, así como todos aquellos gravámenes que afecten al dominio público, dado que estas redes han sido construidas en su mayor parte prescindiendo absolutamente del cumplimiento de la normativa local vigente y por lo tanto, sin haber sufrido las cargas que las nuevas redes de telecomunicaciones y televisión por cable están soportando”*.

Expuesto lo cual, Madritel solicita que se declare la nulidad de la Resolución recurrida, *“por considerar que la misma no se ajusta a derecho al convalidar unas redes de televisión por cable que incumplen la normativa que les es de aplicación y que por consiguiente se encuentra en situación de ilegalidad; comportando por tanto la nulidad de la licencia C1 concedida”*.

Con carácter eventual (para el caso de que no se atienda la solicitud relativa a la declaración de nulidad), Madritel solicita a la CMT que acuerde modificar el acto recurrido *“en el sentido de añadir al mismo la declaración expresa de que la licencia individual de tipo C1 no habilita para prestar los servicios de radiodifusión sonora y de televisión, es decir, igual que la resolución recurrida declara expresamente que la licencia de tipo C1 no habilita a su titular para prestar el servicio telefónico disponible al público, se declare que la misma habilita a la prestación del servicio portador de la señal de televisión procedente de operadores concesionarios del servicio público de difusión de televisión, pero no habilita para la prestación del referido servicio, para lo cual se requiere ser titular de una concesión administrativa”*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

CUARTO.- El inicio del procedimiento fue comunicado a Madritel y a Caprivi, dando traslado a este último del recurso interpuesto, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 112.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), modificada por Ley 4/1999, de 13 de enero,.

QUINTO.- Con fecha 29 de octubre de 2001, ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de Caprivi. En dicho escrito, Caprivi expone lo siguiente:

- Que *“si la LGTel autoriza expresamente la existencia de redes de cable que sean soportes de servicios de televisión, es evidente que por su red tiene que poder pasar una señal de televisión y que para que pueda pasar esta señal de televisión es necesario que en una punta de la red exista un operador de TV y en la otra punta de la red exista un televidente con su correspondiente aparato receptor”*.
- Que también es evidente que *“CAPRIVI, S.A., en razón de la licencia individual C1 recurrida, no puede prestar servicios de difusión de televisión como operador de televisión”*. Asimismo, Caprivi expone que para llegar a tal conclusión *“no hace falta recurrir la mencionada licencia C1 ni plantear la necesidad de interpretaciones, ya que es evidente que en ningún momento la referida Licencia C1 faculta a CAPRIVI, S.A. para ser operador de televisión, aunque sí y como es obvio le faculta para ser operador de cable”*.
- Que *“MADRITEL omite en su Recurso que CAPRIVI, S.A. es titular también de una Autorización General Tipo C que le fue otorgada por el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en Resolución de 26 de julio de 2.001 (Expediente 2001/5056) que sin embargo no ha recurrido”*.
- Que la cuestión planteada por Madritel *“ya fue resuelta por esa Comisión en su Resolución de 19 de abril de 2.001 (Expedientes AJ 2000/3625 y 2001/4147)..., al expresar en ... la citada Resolución lo siguiente: “Estas licencias individuales no son, por sí mismas, título suficiente para dar cobertura a la elaboración de y puesta a disposición del público de contenidos o programaciones en cuanto esta actividad requiera un título habilitante específico. En particular, sólo elaborar y poner a disposición del público una programación propia de un servicio público de difusión, compuesta por unos contenidos prefijados y puesta a disposición a unas horas prefijadas por el responsable de la programación, requiere concesión administrativa de televisión, mientras que retransmitir programas elaborados por otros o facilitar contenidos audiovisuales a elección del consumidor, sea en cuanto al horario o la composición o la composición de los propios contenidos, quedará cubierto con una autorización general de tipo C”. ”*
- Que *“en la Ley 22/1999, de 7 de Junio que “modifica la Ley 25/1994, de 12 de Julio, de incorporación al ordenamiento español de la Directiva 89/552/CEE, sobre*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

la coordinación de disposiciones legales reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva”, en su artículo único modifica el artículo 3 de la Ley 25/1994, introduciendo el concepto de operador de televisión, siendo la característica que lo define “que asuma la responsabilidad editorial de la programación televisiva” “.

- Que el 20 de noviembre de 1996 le fue otorgada a Caprivi una concesión provisional para televisión por cable correspondiente a la localidad de Coslada (Madrid) por el Ministerio de Fomento, al amparo de la disposición transitoria primera de la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de Telecomunicaciones por Cable, y que sobre esta situación se proyectó lo establecido por la disposición adicional cuadragésima cuarta de la Ley de Medidas 50/1998, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, disposición que le permitía continuar realizando la actividad de explotación comercial de televisión por cable hasta que una entidad que hubiese obtenido la oportuna concesión para la prestación del servicio, comenzara a ofrecerlo en la misma localidad y así se acreditara mediante acta levantada por la Inspección de Telecomunicaciones del Ministerio de Fomento.

Teniendo en cuenta lo establecido en la mencionada disposición, Caprivi expone que *“MADRITEL en su Recurso de reposición reconoce que aún no se ha practicado el levantamiento de la preceptiva acta por la Inspección de Telecomunicaciones en la localidad de Coslada”.*

Expuestas estas alegaciones, Caprivi solicita que se desestime íntegramente el recurso de reposición interpuesto.

A los anteriores antecedentes de hecho les son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A. Fundamentos jurídicos procedimentales.

Primero.- Competencia y plazo para resolver.

De conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, la competencia para resolver el presente recurso corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El presente recurso deberá ser resuelto y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a su interposición, según lo establecido en el artículo 117.2 de la misma Ley.

Segundo.- Admisión a trámite.

El artículo 107 de la LRJPAC exige, como requisito indispensable para la interposición del recurso potestativo de reposición, que el recurrente tenga la *condición de interesado*.

El artículo 31 de la LRJPAC prevé que se considerará interesados en el procedimiento administrativo a aquéllos que lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos (individuales o colectivos); asimismo, este precepto prevé que se considerará como interesados en el procedimiento a quienes, sin haberlo promovido, sean titulares de derechos, o a los que sean titulares de intereses legítimos que puedan verse afectados por la decisión que se adopte y se personen en el procedimiento. Partiendo de que el ámbito territorial de las licencias C1 es nacional, por medio de la Resolución recurrida Caprivi obtiene habilitación, para desarrollar las actividades propias de la licencia C1 que se le otorga, en un ámbito territorial en el que, por su parte, la recurrente está habilitada para el desarrollo de sus actividades. Dicha circunstancia se estima bastante, desde el punto de vista procedimental, para considerar que la recurrente es titular de un interés legítimo.

Por tanto, se considera que Madritel, que promueve el presente procedimiento mediante la interposición de recurso de reposición, cumple el requisito establecido en el artículo 107 de la LRJPAC como titular de un interés legítimo.

Por su parte, el artículo 117 de la LRJPAC prevé que el *plazo para la interposición del recurso de reposición* será de un mes si el acto fuera expreso.

La Resolución de 7 de septiembre de 2001, objeto del presente recurso, no fue notificada a Madritel. Madritel reconoce haber tenido noticia de la Resolución de 7 de septiembre de 2001 por su publicación en la página Web de la CMT. El escrito de interposición del recurso, que tuvo entrada en el Registro de la CMT el 9 de octubre, fue remitido por correo certificado el día 4 de ese mismo mes.

A la vista de estos hechos, se concluye que el presente recurso de reposición ha sido interpuesto respetando lo dispuesto en el artículo 117 de la LRJPAC.

Finalmente, se estima que el recurso ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Teniendo en cuenta todo lo anterior, procede admitir a trámite el recurso interpuesto.

B. Fundamentos jurídicos materiales.

Primero.- Sobre la alegación relativa a la existencia de un fraude de Ley.

Señala Madritel, en el escrito de interposición del recurso, que con el otorgamiento a Caprivi de una licencia C1 se está produciendo un fraude de Ley. Aclara que dicho fraude se produce por una “abusiva utilización” de la normativa aplicable al otorgamiento de licencias, que estaría ocasionando un resultado prohibido por las normas que regulan la prestación del servicio de difusión de televisión por cable. En esta línea, señala también la recurrente que la licencia C1 otorgada coloca a Caprivi en una situación de “apariencia de legalidad”, que le serviría para seguir prestando, sin título habilitante alguno, el servicio de difusión de televisión por cable.

La figura del fraude de ley aparece regulada en el ordenamiento español en el artículo 6.4 del Código Civil, si bien es una figura que, aclara la jurisprudencia, despliega idénticos efectos en todos los sectores del ordenamiento jurídico. Dicha figura consiste en buscar amparo en el texto de una norma para perseguir un resultado prohibido por el ordenamiento, lo cual exige la concurrencia de dos circunstancias:

- Que se esté produciendo un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico.
- Que se haya buscado amparo en el texto de una norma , que, en realidad, está dictada con una finalidad diferente.

En cuanto a la primera de estas circunstancias, señala la entidad recurrente que la lesión del ordenamiento jurídico se estaría produciendo por el hecho de que la licencia individual otorgada estaría permitiendo a Caprivi la prestación del servicio público de difusión de televisión, lo que constituye una vulneración de la normativa relativa a dicho servicio que se contiene en la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de Telecomunicaciones por Cable.

Ante esta consideración conviene traer a colación lo ya dicho por el Consejo de esta Comisión en el Acuerdo de 19 de abril de 2001, por el que se resuelven los recursos de reposición interpuestos por distintos operadores contra tres Resoluciones de 19 de octubre de 2000, y una Resolución de 14 de diciembre de 2000, por las que se otorgaron a las entidades TV por Cable Santa Pola, S.L., Cartagena de Comunicaciones, S.A., Ibertele, S.L. y Cablemurcia, S.L.U., licencias individuales de tipo C1.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En la mencionada Resolución se expone el efecto que la entrada en vigor de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, supuso respecto a lo dispuesto por la Ley de Telecomunicaciones por Cable, Ley a la que deroga, a excepción de lo que en ella se dispone sobre el régimen del servicio de difusión de televisión.

En particular, en dicha Resolución se recuerda que la perspectiva convergente e integradora con la que se estableció la regulación de las telecomunicaciones por cable -que no, estrictamente, de la televisión por cable- en la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de Telecomunicaciones por Cable, se quebró con la aprobación de la Ley General de Telecomunicaciones. Efectivamente, en el primer artículo de la nueva Ley se precisa que se excluye del ámbito de la misma *"el régimen básico de radio y televisión que se regirá por las disposiciones vigentes sobre la materia"*, sin perjuicio de aclarar que *"las infraestructuras de red que se utilicen como soporte de los servicios de radiodifusión sonora y televisión estarán sujetas a lo establecido en esta Ley"*.

En estos términos, la consecuencia inmediata de la aprobación de la Ley General de Telecomunicaciones respecto del desarrollo de las actividades que hasta entonces venían prestándose bajo la cobertura de un título único otorgado conforme a la Ley de Telecomunicaciones por Cable y su normativa de desarrollo, se tradujo en la necesidad de distinguir dentro del mismo las actividades consistentes en la prestación de servicios de difusión de radio y televisión -cuya regulación ha de seguir siendo la vigente en el momento de la aprobación de la Ley General- frente a las actividades de instalación y explotación de las infraestructuras de red y las de prestación de servicios distintos a los de difusión, radio y televisión -cuya regulación pasa a contenerse en la Ley General y en su normativa de desarrollo-.

Muestra de tal consecuencia son los procesos de transformación de las concesiones del servicio de telecomunicaciones por cable (tramitados en los términos de lo dispuesto en el apartado 6 de la Disposición transitoria primera de la Ley General de Telecomunicaciones y de la Disposición transitoria primera de la Orden de Licencias): En efecto, esos títulos fueron transformados parcialmente en las correspondientes licencias individuales de tipo B1 y autorizaciones generales pertinentes (como títulos que correspondían en aplicación de lo dispuesto en la nueva Ley General de Telecomunicaciones), dejando sin transformar -y, en consecuencia, subsistentes en sus propios términos- las "concesiones habilitantes para la prestación de los **servicios públicos de difusión**". La transformación se refiere, por tanto, a todas las actividades distintas a la aún englobada bajo la "concesión habilitante para la prestación de los **servicios públicos de difusión**", incluyendo tanto las actividades de instalación y explotación de las infraestructuras de red utilizadas



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

como soporte de los servicios de difusión, como las de prestación de los servicios distintos a los englobados en las concesiones subsistentes.

En este nuevo marco normativo, cualquier actividad distinta a la "prestación de servicios públicos de difusión" puede ser prestada bajo la cobertura del título que, en su caso, sea preciso en el marco de lo dispuesto en la Ley General de Telecomunicaciones.

Resulta necesario, en este punto, determinar qué deba entenderse por "prestación de servicios públicos de difusión".

Para determinar cuál es el sentido que deba darse al concepto de "servicio público de difusión" cuya prestación está reservada por las citadas concesiones (vigentes "en sus propios términos" tras las transformaciones parciales de las antiguas concesiones del servicio de telecomunicaciones por cable), es imprescindible acudir a lo dispuesto en el apartado a) del artículo 42 del Reglamento de Telecomunicaciones por Cable que, aunque referido únicamente al servicio de difusión "de televisión" es, efectivamente, muy claro a este respecto:

"Servicios de difusión de televisión por cable: son aquellos que consisten en la difusión mediante redes de cable de imágenes no permanentes con su sonido asociado, transmitidas en un solo sentido, codificadas o no, que constituyen una programación prefijada dirigida de forma simultánea a una multiplicidad de usuarios sin posibilidad de interactuar sobre el servicio".

No es apreciable, sin embargo, el verdadero sentido y alcance de esta definición de los servicios de difusión si no se pone en relación con las que en otros apartados del mismo artículo 42 se recogen respecto de otros servicios que -por consistir igualmente en la transmisión de imágenes y sonidos- podemos calificar genéricamente de servicios audiovisuales, como son los servicios de vídeo bajo demanda, vídeo a la carta y, más ampliamente, los llamados "servicios interactivos", definidos como aquéllos "que ofrecen al usuario la posibilidad de interactuar con los centros de gestión de la red o del servicio mediante la utilización de un canal de retorno".

Cotejando una y otras definiciones, se puede concluir que son dos los elementos -íntimamente interrelacionados- que caracterizan a los "servicios de difusión" de radio y televisión frente a los otros servicios que hemos calificados genéricamente como audiovisuales:

1.- que las imágenes y sonidos que se difundan constituyan una programación prefijada



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2.- que se dirigan de forma simultánea a una multiplicidad de usuarios sin posibilidad de interactuar sobre el servicio.

Perfilado así el contenido de los servicios de difusión y, en consecuencia, el límite negativo de las actividades que conforme a la Ley General de Telecomunicaciones pueden ser objeto de prestación en régimen de competencia, se trata ahora de analizar cuáles son los títulos habilitantes necesarios en el marco de esta nueva normativa para el desarrollo de actividades audiovisuales distintas a las que han sido caracterizadas de este modo.

En el marco de la citada normativa, resulta claro, por una parte, que las licencias individuales de tipo C1 respecto de las que se haya solicitado expresamente que se reconozca que habilitan para el establecimiento o explotación de las infraestructuras de red que se utilicen como soporte de los servicios de radiodifusión sonora y televisión en los términos de lo dispuesto en el artículo 43 del Reglamento de Uso del Dominio Público Radioeléctrico -como es el caso de la que ha sido objeto del presente recurso-, permiten una forma específica de explotación de la red conforme a la cual se podrá prestar a terceros debidamente habilitados servicios de transporte de su señal de radiodifusión o televisión hasta los usuarios finales.

Asimismo, resulta claro, por otra parte, que estas licencias individuales no son, por sí mismas, título suficiente para dar cobertura a la elaboración y puesta a disposición del público de contenidos o programaciones en cuanto esta actividad requiera un título habilitante específico. Elaborar y poner a disposición del público una programación propia de un servicio público de difusión, compuesta por unos contenidos prefijados y puesta a disposición a unas horas prefijadas por el responsable de la programación, requiere concesión administrativa de televisión; pero retransmitir programas elaborados por otros o facilitar contenidos audiovisuales a elección del consumidor, sea en cuanto al horario o la composición de los propios contenidos, quedará cubierto con una autorización general de tipo C.

La delimitación del ámbito de las licencias individuales de tipo C1 perfilado no obsta, obviamente, la posibilidad de que los titulares de licencias de este tipo a los que se les hubiese reconocido la habilitación para instalar o explotar infraestructuras de red que se utilicen como soporte de los servicios de radiodifusión sonora y televisión, soliciten y obtengan, de forma suplementaria, una autorización general de tipo C que les habilite para la prestación por sí mismos de servicios que -si bien tienen carácter audiovisual- no pueden ser calificados como servicios de difusión de radio o televisión en los términos más arriba descritos. A este respecto, esta Comisión ya ha otorgado en más de una ocasión autorizaciones generales de tipo C incluyendo la expresa habilitación



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

para la prestación de servicios de videoconferencia, video bajo demanda y vídeo casi bajo demanda, todos ellos bajo la denominación de "transmisión de información, texto, imagen y sonido mediante redes públicas fijas".

Expuesto todo lo cual, cabe concluir que la licencia C1 otorgada no se ha dictado con infracción de la normativa de la Ley de Telecomunicaciones por Cable que queda vigente tras la entrada en vigor de la Ley General de Telecomunicaciones, y que se refiere al servicio público de difusión de televisión.

Basta esta conclusión para descartar la existencia de un fraude de ley. No obstante, puede señalarse, además, en cuanto al segundo de los requisitos necesarios para apreciar fraude de ley, que la licencia de tipo C1 otorgada encuentra amparo en la normativa aplicable al otorgamiento de estas licencias, considerando tanto la letra como la finalidad de esta normativa.

En efecto, para apreciar la existencia de un fraude de ley no basta con justificar que la situación examinada, encontrando apoyo en una determinada norma, produce un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico. Es necesario que el apoyo que la norma le da sea meramente aparente, al estar dictada la norma en cuestión para una finalidad diferente (pues, en caso contrario –si está apoyada también en la finalidad de la misma- se trataría, como pone de relieve la doctrina, no de un fraude de ley, sino de un caso de conflicto entre dicha norma y aquella otra que prohíbe el resultado producido, conflicto que habría que resolver).

Pues bien, a este respecto, la normativa relativa al otorgamiento de licencias, y en particular la normativa relativa a las licencias que habilitan para el establecimiento o explotación de las infraestructuras de red que se utilizan como soporte de los servicios de radiodifusión sonora y de televisión (normativa contenida, según lo dicho, en la Orden de licencias y en el Reglamento de uso del dominio público radioeléctrico), amparan la licencia C1 otorgada a Caprivi.

Dado que la actividad de establecimiento o explotación de infraestructuras mencionada es una actividad liberalizada, el acto administrativo autorizatorio (en este caso, la licencia individual) que habilita para su realización es un acto cuyo otorgamiento es reglado, siendo procedente dicho otorgamiento si el solicitante del mismo, cualquiera que éste sea cumple los requisitos que en la normativa están establecidos (al causar, con tal cumplimiento de los requisitos, derecho a obtener la habilitación). La mencionada normativa no contiene ninguna exclusión de tipo subjetivo que permita concluir que los antiguos titulares de concesiones provisionales o *ex lege* de televisión por cable no puedan obtener la autorización mencionada.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por todo lo anterior procede rechazar la alegación del recurrente relativa a la existencia de un fraude de ley.

Segundo.- Sobre la alegación relativa a que se está produciendo la convalidación de una red ilegal y sobre la utilización de dicha red en el ámbito de la licencia C1.

Señala la recurrente que la resolución recurrida está produciendo la convalidación de una red ilegal.

A este respecto, ha de señalarse que la existencia de la red que servía a la prestación del servicio de televisión por cable a que habilitaban la concesión provisional y la concesión *ex lege* (reguladas en la disposición transitoria primera de la Ley de Telecomunicaciones por Cable y disposición adicional cuadragésima cuarta de la Ley de Medidas de 30 de diciembre de 1998) estaba amparada por tales títulos; si bien, tales títulos no permitían la realización de inversiones nuevas en la misma.

En el escrito presentado, Madritel hace referencia a una nota contenida en el Anexo I de la licencia recurrida (Anexo relativo a los compromisos de cobertura y extensión), que expresa que *“El solicitante incluirá en el primer año la información relativa a los sistemas de transmisión y elementos de conmutación que ya tuviera en uso al amparo de una concesión anterior y que desee integrar en la presente licencia”*.

Lo aquí expuesto es coherente con la ya manifestado por esta Comisión en anteriores ocasiones. Así, el Acuerdo de 24 de mayo de 2001, por el que se da contestación a una consulta formulada por el Ayuntamiento de Baena, responde a la cuestión de si la concesión provisional de TVB permitía a dicha entidad incrementar su red y realizar inversiones en la misma, a lo que e contesta negativamente; no obstante, se aclara que *“al amparo de una licencia C1 podría incrementar la red de al que es titular y, obviamente, realizar las inversiones consiguientes”*.

Nada puede objetarse a que la red de que sea titular un nuevo licenciatario sea usada en las actividades para las que, con el otorgamiento de la licencia, resulta habilitado, y que son actividades que se prestan en régimen de competencia, quedando fuera del ámbito del servicio público de difusión.

Por lo demás, la previsión contenida en la licencia otorgada a que hace alusión Madritel, nada establece acerca de la disponibilidad que Caprivi tenga respecto de los sistemas de transmisión y elementos de conmutación que usaba al amparo de su concesión. Se limita a señalar cómo debe recogerse la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

información relativa a aquellos elementos que queden integrados en la licencia otorgada, para el caso de que dicha integración se produzca.

Tal previsión, como no podía ser de otra forma, no despliega su eficacia más allá de aquello sobre lo que estrictamente se pronuncia (la información sobre los compromisos de cobertura y extensión).

En esta línea, hay que aclarar que nada en la misma obsta a la aplicación de la normativa local relativa al dominio público o relativa a tributos (a la que se refiere la entidad recurrente), normativa que deberá ser observada en los supuestos en que resulte aplicable.

Lo dicho se puede aplicar en relación con el cumplimiento de cualesquiera otras condiciones que pesen sobre la red, y que tengan trascendencia a los efectos de poder disponer la integración de la misma en la licencia C1. Como es lógico, la integración a que se refiere la nota mencionada no puede tener lugar sino cumpliendo los requisitos que establezca el ordenamiento jurídico (consecuentemente, lo dispuesto en dicha nota no ha de interpretarse sino de conformidad con lo que disponga el ordenamiento).

Así, esta consideración es suficiente para rechazar también la alegación de Madritel relativa a la desafectación, para el caso de que la misma pudiera resultar aplicable.

Ahora bien, dicho esto, parece oportuno hacer al recurrente una serie de aclaraciones concernientes a lo que expone en su escrito en relación con la desafectación:

1º. Cabe hablar de adscripción de un bien a un destino público, con independencia de su titularidad dominical (estos es, de que pertenezca al Estado o al concesionario).

2º. La jurisprudencia avala la existencia de la desafectación tácita.

3º. En el presente caso, no se trata de que un determinado bien se separe del servicio público al que era útil y que se continúa prestando (habiéndose de tramitar un expediente que acredite la oportunidad y legalidad de la desafectación por la que separa el bien del servicio público), y tampoco se trata de que el concesionario cese en la prestación de un servicio público que mantiene tal consideración. De lo que se trata es de que el servicio público desaparece, *ex lege*, como tal, de modo que en el marco normativo vigente no cabe hablar de bienes adscritos al servicio público de establecimiento o explotación de las infraestructuras de red que se utilizan como soporte de los



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

servicios de radiodifusión sonora y de televisión, porque en dicho marco normativo vigente no existe tal actividad como servicio público.

Tercero.- Sobre la petición alternativa formulada por Madritel.

Para el caso de que se rechace la petición de nulidad formulada, el recurrente hace valer una solicitud relativa a la modificación de la Resolución recurrida, al objeto de que se añada la declaración que *"la licencia individual de tipo C1 no habilita para prestar los servicios de radiodifusión sonora y de televisión"*.

Esta solicitud no se sostiene en un vicio de legalidad que el recurrente alegue, como motivo de nulidad o anulabilidad de la Resolución. Conforme a lo dispuesto en el artículo 107.1 de la LRJPAC, para sustanciar una petición por el trámite del recurso de reposición se exige fundamentación en una causa de nulidad o anulabilidad.

Cabe, en cualquier caso, traer a colación lo ya expresado por esta Comisión sobre idéntica cuestión en la Resolución de 19 de abril de 2001, antes mencionada:

El hecho de que se haga mención expresa en el texto de la Resolución recurrida a que la licencia C1 no habilita a su titular para prestar el servicio telefónico disponible al público, sin que, sin embargo, se afirme explícitamente que dicho título no habilita para prestar los servicios de radiodifusión sonora y televisión, tal y como declara el recurrente, no se debe a otra cosa que a la transcripción literal del artículo de la Orden de Licencias que define el ámbito de las licencias de tipo C -por comparación con los otros tipos de títulos habilitantes regulados en la misma Orden, las licencias individuales de tipo A y B-. Se trata del artículo 28, cuyo texto literal prescribe que:

"Se requerirá una licencia individual de tipo C para el establecimiento o explotación de redes públicas, sin que el titular de la licencia pueda prestar el servicio telefónico disponible al público".

En estos términos, no resulta necesario incluir ningún tipo de declaración expresa supuestamente aclaratoria de lo que se puede calificar como "ámbito negativo" del título otorgado. El "ámbito negativo" de cualquier título habilitante se deduce *a sensu contrario* de la concreción de su "ámbito positivo" definida por la normativa aplicable -a la que hay que sumar, en el caso que nos ocupa, una reiterada doctrina de esta Comisión perfilando su interpretación precisa-, sin que sea necesario aclarar expresamente todas y cada una de las actividades que no quedan abarcadas por él.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

Único.- Desestimar el recurso de reposición interpuesto por Madritel Comunicaciones, S.A.U. contra la Resolución de esta Comisión de 7 de septiembre de 2001, relativa al otorgamiento de una licencia C1 a Caprivi, S.A., rechazando las dos peticiones contenidas en el escrito de interposición del mencionado recurso.

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

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que resuelve un recurso potestativo de reposición, no puede interponerse dicho recurso de reposición. No obstante, contra la misma puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.ocho de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, la disposición adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

Vº. Bº. EL PRESIDENTE,

EL SECRETARIO,

José María Vázquez Quintana.

José Giménez Cervantes.