



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DON JOSE GIMENEZ 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 22 de marzo de 2001, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE RESUELVE EL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR RED DE BANDA ANCHA DE ANDALUCÍA, S.A. CONTRA LA RESOLUCIÓN DE FECHA 16 DE NOVIEMBRE DE 2000 POR LA QUE SE OTORGA A DICHA ENTIDAD UNA 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.

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por Red de Banda Ancha de Andalucía, S.A. contra la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 16 de noviembre de 2000 (Expte. L.I. 2000/2390), relativa al otorgamiento de una licencia individual de tipo C1, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 12/01, la siguiente Resolución:

Resolución de 22 de marzo de 2001, recaída en el expediente AJ 2001/3840.

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 29 de marzo de 2000, D. Jean-François Fenech, en nombre y representación de la entidad Red de Banda Ancha de Andalucía, S.A., presentó una solicitud de licencia individual de tipo C1 para el establecimiento y explotación de una red pública de telecomunicaciones que no implique el uso del dominio público radioeléctrico y cuyas infraestructuras de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

red se utilicen como soporte de los servicios de radiodifusión sonora y televisión.

SEGUNDO.- Concluida la tramitación del expediente, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la resolución de fecha 16 de noviembre de 2000, mediante la cual se otorgó a la entidad Red de Banda Ancha de Andalucía, S.A. una 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 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.

TERCERO.- Con fecha 2 de enero de 2001, se ha recibido en esta Comisión escrito del representante legal de la entidad Red de Banda Ancha de Andalucía, S.A. (en adelante, RBAA) mediante el cual interpone recurso potestativo de reposición contra los puntos 2.3, 2.9, 2.10, 2.17 y 2.19 del Apartado II.2 "Obligaciones", incorporado al segundo punto de la Resolución del Consejo de esta Comisión de fecha 16 de noviembre de 2000, arriba mencionada.

Asimismo, la entidad recurrente solicita que se modifique el tenor del Antecedente de Hecho Tercero de la citada resolución puesto que la misma, a juicio de RBAA, no describe correctamente ni los servicios que pretende prestar la citada entidad ni la composición de su infraestructura de red.

Fundamenta el recurso básicamente en las siguientes alegaciones:

A). En relación con la obligación contenida en el punto 2.3 del Apartado II.2 de la licencia individual, relativa a la obligación de comunicar a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y a las asociaciones de consumidores y usuarios, con al menos 10 días de antelación a su entrada en vigor, los precios de los servicios objeto de la licencia, RBAA realiza las siguientes alegaciones:

1. La obligación impuesta es contraria a derecho por cuanto no figura entre las condiciones impuestas tanto por el ordenamiento jurídico como por la Orden de 22 de septiembre de 1998, por la que se establecen el régimen aplicable a las licencias individuales para servicios y redes de telecomunicaciones y las condiciones que deben cumplirse por sus titulares (en adelante, Orden de Licencias), a los



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

licenciatarios C1, vulnerando en consecuencia el principio de igualdad en la aplicación de la Ley establecido en el artículo 14 de la Constitución.

2. Vulnera el principio de igualdad de oportunidades establecido por el artículo 3.a) de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel).
3. Carece en sí misma de fundamento jurídico, incurriendo en vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos contenido en el artículo 9.3 de la Constitución.

B). En relación con la obligación impuesta en el punto 2.9 del Apartado II.2 de la licencia individual, relativa al deber de requerir de terceros las condiciones de sus respectivos títulos habilitantes y adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las respectivas condiciones y el funcionamiento adecuado de sus instalaciones, así como el resto de las obligaciones relacionadas con la prestación de los servicios soporte de radiodifusión y televisión y los que emanen de la normativa reguladora del espectro radioeléctrico, RBAA realiza las siguientes alegaciones:

1. La obligación impuesta excede de lo previsto por el artículo 5.10 de la Orden de Licencias, el cual se refiere sólo al deber de adoptar medidas necesarias para asegurar el funcionamiento adecuado de sus instalaciones y protegerlas convenientemente.
2. Vulnera el principio de igualdad en la aplicación de la Ley por cuanto que, en la licencia de tipo C1 otorgada a la entidad Sociedad Andaluza para el Desarrollo de las Telecomunicaciones en fecha 30 de noviembre de 2000 habilitada para el mismo servicio, no se impone dicha obligación.

C). En relación con el contenido del punto 2.10 del Apartado II.2 de la licencia individual, relativo a calcular los porcentajes de los medios de transmisión de la red mediante la suma de los productos resultantes de multiplicar el número de kilómetros de cada circuito por el de Kilobits/segundo de su capacidad, RBAA alega que en los cuadros de compromisos de cobertura y extensión, la capacidad de los medios de transmisión analógicos se mide en hercios (KHz o MHz), por lo que debe adaptarse en el sentido de los citados cuadros el contenido de dicha obligación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D). En relación con las obligaciones impuestas en los puntos 2.17 y 2.19 del Apartado II.2 de la licencia individual, relativas al deber de atenerse en la explotación de redes y prestación de servicios a los principios de neutralidad, transparencia y no discriminación, así como el deber de formar y presentar anualmente cuentas separadas referidas a las actividades realizadas al amparo de la licencia en virtud de lo prevenido por los artículos 7.3 y 34 de la LGTel así como los artículos 15 y 16 del Reglamento por el que se desarrolla el Título II de la LGTel en lo relativo a la Interconexión y al acceso a las redes públicas y a la numeración (en adelante, Reglamento de Interconexión), aprobado por Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio, RBAA realiza las siguientes alegaciones:

1. Se vulnera el principio de igualdad en aplicación de la Ley debido a que el artículo 7.3 de la LGTel se refiere únicamente al supuesto de prestación o explotación en el mercado de servicios o de redes de telecomunicaciones por las Administraciones Públicas o sus Entes Públicos, directamente o a través de sociedades en cuyo capital participen mayoritariamente.
2. Asimismo, los artículos 34 de la LGTel y 15 y 16 del Reglamento de Interconexión, son aplicables sólo a los operadores dominantes y a las empresas que gozan de derechos especiales o exclusivos en cualquier sector económico.

E). En relación con el Antecedente de Hecho Tercero del Acuerdo del Consejo de esta Comisión objeto del recurso, RBAA solicita que se modifique el tenor del mismo en los términos indicados en el Motivo Quinto del recurso, por cuanto que la descripción de los servicios que pretende prestar así como la composición de la infraestructura de red no es totalmente precisa, en concreto:

1. Donde se dice *“y servicios portadores del servicio de difusión de televisión digital, en lo que respecta a la red de radiodifusión, al adjudicatario de la gestión del multiplex autonómico de Andalucía, también Radio Televisión de Andalucía”*, se debe decir *“y servicios portadores y de gestión de los multiplex y bloques, autonómicos y locales, para servicios de difusión de TV y Radio Digital Terrenal en Andalucía y Comunidades limítrofes”*.
2. El párrafo segundo de dicho Antecedente de Hecho Tercero debe decir lo siguiente:

“La infraestructura de RBAA estará compuesta por:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- *Conjunto de Centros de Telecomunicaciones que permitan su explotación en Andalucía y Comunidades Limítrofes.*
- *Redes de difusión analógica y digital de señales de radio y televisión.*
- *Red de Transporte Primario por radioenlaces analógicos entre los centros de producción y los centros emisores.*
- *Red de Transporte Secundario por radioenlaces analógicos entre los centros emisores y reemisores.”*

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Calificación.

El artículo 107 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), en la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, que la modifica, establece que contra las resoluciones (entre otros actos) podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

La recurrente califica expresamente su escrito de fecha 27 de diciembre de 2000 como de recurso de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que las Resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa, procede a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, que prevé que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado, calificar el escrito presentado como un recurso potestativo de reposición interpuesto contra la Resolución de esta Comisión de 16 de noviembre de 2000.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SEGUNDO.- Admisión a trámite.

El recurso ha sido interpuesto cumpliendo con todos los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC. Asimismo, se ha interpuesto dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117 de la misma Ley. Teniendo en cuenta lo anterior, procede admitir a trámite el recurso interpuesto.

TERCERO.- Competencia para resolver.

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

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

PRIMERO. Comunicación de los precios de los servicios objeto de la licencia.

Tal y como consta en los antecedentes de hecho de la presente resolución, el punto 2.3 del Apartado II.2 de la licencia individual objeto de recurso impone a RBAA la obligación de comunicar a esta Comisión y las asociaciones de consumidores y usuarios, con al menos diez días de antelación a su entrada en vigor, los precios de los servicios objeto de la licencia.

En relación con la citada obligación hay que señalar que, en principio, tanto el artículo 18.4 de la LGTel como el artículo 16 de la Orden de Licencias habilitan a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para imponer condiciones específicas en la resolución de otorgamiento de la licencia, en función de las particularidades del título a otorgar o de su titular. Sentada la anterior premisa, nada obsta a que esta Comisión pueda introducir, además de las condiciones generales aplicables al titular de la licencia, las condiciones específicas que considere convenientes, de forma motivada y con respeto al principio de proporcionalidad, en función del tipo de servicio para el que se solicitase licencia, de sus destinatarios o del ámbito de cobertura en el que se preste.

Dicho lo anterior, y una vez analizadas las alegaciones de la recurrente en relación con la obligación de comunicación de precios de los servicios objeto de la licencia, cabe concluir que procede la anulación de la condición específica citada, por cuanto su mantenimiento podría afectar al principio de proporcionalidad referido en el artículo 18.4 de la LGTel. En efecto, el artículo 16.1 de la Orden de Licencias señala el tipo de servicio o de red para la que se



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

solicita el título habilitante como circunstancia a considerar para la determinación de las condiciones específicas que se impongan a su titular. En el presente caso, los servicios que se pretenden prestar al amparo de la licencia no se proyectan, en general, sobre usuarios finales sino sobre operadores o concesionarios de servicios de difusión. Por ello, el deber de comunicación de precios a las asociaciones de consumidores y usuarios así como a esta Comisión no encontraría proporcionalidad con obligaciones equivalentes impuestas a operadores cuyos servicios sí se destinan a usuarios finales. Por lo que respecta a la prestación del servicio de líneas susceptibles de arrendamiento, la propia licencia establece un régimen propio de comunicación de precios en la condición 2.13, en consonancia con lo establecido en el artículo 30.5 de la Orden de Licencias.

En consecuencia, procede anular la obligación establecida en el apartado 2.3 de continua referencia, relativa a la comunicación de los precios de los servicios objeto de la licencia a esta Comisión y a las asociaciones de consumidores y usuarios. Ello, sin perjuicio de las condiciones impuestas para la prestación del servicio de líneas susceptibles de arrendamiento en el punto 2.13 del apartado II.2 de la licencia.

SEGUNDO. Aseguramiento del funcionamiento adecuado de las instalaciones.

El punto 2.9 del apartado II.2 de la licencia individual objeto del recurso impone a su titular la obligación de adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las respectivas condiciones y el funcionamiento adecuado de sus instalaciones, así como el resto de las obligaciones relacionadas con la prestación de los servicios soporte de radiodifusión y televisión y los que emanen de la normativa reguladora del espectro radioeléctrico.

Sobre este punto es preciso señalar que el apartado 10 del artículo 5 de la Orden de Licencias impone al titular de una licencia individual, entre otras, la condición general de adoptar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento adecuado de sus instalaciones y proteger sus instalaciones convenientemente. Además, en desarrollo del artículo 18.4 de la LGTel, el artículo 16 de la citada Orden regula la posibilidad de que la Comisión del Mercado de las telecomunicaciones imponga condiciones específicas en función de las particularidades del título a otorgar o de su titular, como ya queda dicho. En concreto, el artículo 16.1 de la Orden de Licencias indica el uso eficaz y eficiente del espectro radioeléctrico como una de las circunstancias a tener en cuenta para la determinación de las citadas condiciones específicas.

En base a todo ello, en el título habilitante otorgado a RBAA se imponen condiciones tendentes a asegurar el funcionamiento adecuado de sus



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

instalaciones, en especial desde la perspectiva de que dichas instalaciones se van a utilizar como soporte de servicios de difusión, es decir, de servicios que utilizan el espectro radioeléctrico. En tal sentido, la obligación impuesta a RBAA ha de interpretarse de modo que dicha entidad debe adoptar las medidas necesarias para asegurar que sus instalaciones no van a ser utilizadas para soportar un uso no autorizado, ineficaz o ineficiente del espectro radioeléctrico, de modo que pudieran producirse señales no deseadas o interferencias, dentro de la condición general de aseguramiento del funcionamiento adecuado de dichas instalaciones, impuesta al amparo del artículo 5.10 de la Orden de Licencias. Esta interpretación no puede acoger en absoluto la deducción de la recurrente, de modo que, a su juicio, se le imponga *“la obligación de responder frente a la Administración del cumplimiento por los concesionarios de los servicios de difusión de las obligaciones propias de éstos.”*

En consecuencia, procede confirmar la condición impuesta en el apartado 2.9 de referencia, al amparo de los artículos 5.10 y 16.1 de la Orden de Licencias.

TERCERO. Requisitos de constitución de la red.

El punto 2.10 del apartado II.2 del título recurrido impone a RBBA una serie de requisitos para la constitución de la red que se va a establecer o explotar.

En relación con esta cuestión, es preciso señalar que la citada condición general aparece contemplada en el artículo 30.6 de la Orden de Licencias y en base a ello, esta Comisión impuso la condición recurrida reproduciendo en el título otorgado lo dispuesto en dicho artículo.

No obstante, la naturaleza analógica de las señales transmitidas sobre las infraestructuras de red de RBAA soporte de los servicios de difusión sonora y televisión analógica, aconseja reinterpretar el tenor literal del artículo 30.6 de la Orden de Licencias, con el fin de adaptarlo a las circunstancias que concurren en esta licencia y en otras de análoga naturaleza, respetando en todo momento el espíritu de la norma, esto es, la garantía de cumplimiento del porcentaje de los medios de transmisión que en los plazos considerados sean propios o hayan sido arrendados mediante contratos con una vigencia mínima de cinco años, utilizándose para el cálculo una fórmula equivalente.

Consecuentemente, una vez constatada la incoherencia entre la naturaleza analógica de las señales transmitidas con una fórmula dirigida a medir la capacidad medios de transmisión digitales, esta Comisión estima como alternativa válida a la fórmula mencionada, el ancho de banda de los radioenlaces que forman parte de las infraestructuras de red, tal y como se recoge en el Anexo I de la licencia, relativo a los compromisos acumulados de cobertura y extensión manifestados y asumidos por el recurrente.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

No obstante, en lo referente a las infraestructuras de red destinadas al servicio soporte de los servicios de difusión digital, será de directa aplicación lo dispuesto en el artículo 30.6 de la Orden de Licencias.

CUARTO. Condiciones relativas a los principios de neutralidad, transparencia y no discriminación, así como formación y presentación de cuentas separadas.

Los puntos 2.17 y 2.19 del apartado II.2 de la licencia individual otorgada a RBAA imponen la condición de atenerse en la explotación de redes y prestación de servicios a los principios de neutralidad, transparencia y no discriminación, así como el deber de formar y presentar anualmente cuentas separadas referidas a las actividades realizadas al amparo de la licencia. En relación con las condiciones impuestas en los citados puntos, la recurrente alega que:

“Mi representada no tiene ninguna duda acerca de que la imposición a la misma de las aludidas obligaciones tiene su origen en un error de esa Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones acerca de su composición accionarial, de forma que, aclarado dicho error, procederá sin más la anulación de aquéllas.”

Sobre el particular cabe señalar que la imposición de tales obligaciones a la licenciataria no obedece, como parece apuntar, a un error de esta Comisión. Muy al contrario, tales obligaciones se imponen por la consideración por esta Comisión del carácter eminentemente público de la licenciataria.

En efecto, la composición accionarial actual de la entidad Red de Banda Ancha de Andalucía, S.A., con un capital dividido en 6.250.000 acciones, se desglosa del siguiente modo:

- Sociedad Andaluza para el Desarrollo de las Telecomunicaciones, S.A.:
2.500.000 acciones, que representan un 40% del capital social.
- Medialatina Holdings, S.A.:
2.500.000 acciones, que representan un 40% del capital social.
- Participación de diversas Cajas de Ahorro ubicadas en la Comunidad Autónoma Andaluza:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

1.250.000 acciones, que representan un 20% del capital social.

A los efectos previstos en el artículo 7.3 de la LGTel, y por lo que se refiere al análisis de si concurre en el presente caso la circunstancia de que la prestación o explotación en el mercado de servicios o redes de telecomunicaciones se lleve a cabo a través de sociedades en cuyo capital participen mayoritariamente las Administraciones Públicas o sus Entes públicos, hay que indicar, en primer lugar, que la participación en RBAA de la entidad denominada Sociedad Andaluza para el Desarrollo de las Telecomunicaciones, S.A. (en adelante, SANDETEL) alcanza el 40% del capital social de la recurrente. Como consta en el antecedente de hecho segundo de la resolución recurrida, el capital social de SANDETEL pertenece en su totalidad a organismos públicos andaluces; en concreto el 51% a la Corporación Andaluza de Radio y Televisión y el 49% al Instituto de Fomento de Andalucía. En consecuencia, el porcentaje de participación accionarial aportado por SANDETEL al capital social de RBAA es directamente encuadrable en el supuesto tipificado por el citado artículo 7.3 de la LGTel, en lo que se refiere a la participación de las Administraciones Públicas o sus Entes públicos en las sociedades que prestan o explotan un determinado servicio o red de telecomunicación.

Por lo que respecta a la participación de la entidad denominada Medialatina Holding, S.A., el capital social de la misma es en su totalidad de suscripción privada, por lo que el porcentaje de participación de dicha entidad en RBAA se puede considerar, asimismo, como privado.

Restaría, por tanto, analizar la naturaleza de la participación accionarial de las Cajas de Ahorros que han suscrito capital social de RBAA, en el porcentaje ya señalado del 20% del total de las acciones que forman dicho capital social.

Para llevar a cabo el citado análisis, resulta indispensable detenerse en el estudio de la naturaleza jurídica de las Cajas de Ahorros, a la luz de la Ley 31/1985, de 2 de agosto, de normas básicas sobre Órganos Rectores de las Cajas de Ahorros (en cuanto disposición que viene a desarrollar la competencia estatal establecida en el artículo 149.11 de la Constitución en lo que se refiere a las bases de la ordenación del crédito, banca y seguros), la Ley 15/1999, de 16 de diciembre, del Parlamento andaluz, sobre Cajas de Ahorros de Andalucía y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la cuestión.

En este sentido, es sumamente ilustrativa la Sentencia del Tribunal Constitucional 49/1988, de 22 de marzo, que se pronuncia sobre la constitucionalidad de la citada Ley estatal 31/1985 y que, a propósito de la naturaleza fundacional o no de las Cajas de Ahorro afirma (f.d. sexto) que "la transformación sufrida por las Cajas no permite considerarlas hoy como



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

fundaciones en el sentido que la doctrina generalmente admitida, y con ella el art. 34 de la Constitución, da a este concepto. Si es propio de la fundación como se ha dicho, la vinculación de una masa de bienes a unos fines establecidos por el fundador o fundadores resulta que, en la actualidad, en las Cajas, sea cual sea su origen, ni la mayor parte de los recursos de que disponen proceden del fundador, sino que son recursos ajenos, ni los fines que hoy persiguen son principalmente benéficos o benéfico-sociales sino los propios de una entidad de crédito. No cabe, por tanto, aceptar la tesis de los recurrentes que identifiquen las Cajas con fundaciones en el sentido del art. 34 de la Constitución”.

Descartado el carácter fundacional de las Cajas de Ahorro y dada la ausencia de un capital social cuya composición revele el carácter público o privado de la Institución, parece necesario acudir a otros criterios a fin de determinar la naturaleza de las Cajas de Ahorros a los exclusivos efectos de determinar la procedencia de la aplicación del artículo 7.3 de la Ley General de Telecomunicaciones.

En este sentido, esta Comisión considera adecuado atender a dos criterios: el de la finalidad perseguida por las Cajas de Ahorros y el del control o gestión de las mismas.

a) Finalidad de las Cajas de Ahorro

La propia Ley de Cajas de Ahorro de Andalucía nos revela el fin público que necesariamente ha de perseguir las Cajas de Ahorro. El artículo 2 las define como entidades de crédito “que orientan su actividad a la consecución de fines de interés público” y el artículo 3, bajo la rúbrica de “Principios generales de actuación”, afirma que “Las Cajas de Ahorros orientarán sus actuaciones a la consecución de fines de interés público, tales como el fomento del empleo, el apoyo a los sectores productivos, la protección y mejora del medio ambiente, el patrimonio cultural e histórico y la investigación, a fin de contribuir al desarrollo social y económico de Andalucía, así como su equilibrio territorial”.

Esta finalidad pública de la actuación de las Cajas de Ahorro ha sido igualmente destacada por el Tribunal Constitucional, en la sentencia antes citada, para justificar el control público de su gestión y negar a las Cajas carácter empresarial. Afirma el Tribunal Constitucional (f.d. 12) que ‘las Cajas son en la actualidad entidades de crédito y se dedican a una actividad de especial delicadeza y riesgo no sólo para quienes la realizan sino también para quienes operan con ellas y para la estabilidad económica en general. Quiénes toman las decisiones relativas a esa actividad y cómo se toman, es decir, la organización de la entidad, no es cuestión que quepa aislar de la actividad misma. Ahora bien, en la atípica institución que es la Caja de Ahorros no es



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

posible que las tomen los que asumen el riesgo de la gestión de la empresa, o sea, sus propietarios, puesto que por su naturaleza carece de propietarios. Tampoco parece coherente que la adopten quienes no asumen ese riesgo. No resulta por ello contrario al precepto constitucional invocado que los poderes públicos, a quienes corresponde velar por el interés general, establezcan con mayor o menor precisión la composición de los órganos rectores de las Cajas. Conviene también recordar que dicho precepto se refiere a empresas privadas, es decir, a organizaciones que tienen una finalidad de lucro, y garantiza en último término la existencia de una economía de mercado. Pero las Cajas no pueden tener aquella finalidad ni persiguen distribuir beneficios, sino que el excedente de sus rendimientos lo han de dedicar a obra social, con lo que de nuevo vuelve a aparecer el interés público en su gestión y su carácter atípico, pues se trataría, en todo caso, de entidades sin fin de lucro, lo que ciertamente no responde al concepto tradicional de empresa”.

De la misma manera, al justificar el Tribunal Constitucional la participación en los órganos de gobierno de las Cajas de los Ayuntamientos en los que actúa, afirma (f.d. 13) que “esta conexión entre Municipios como representantes de los intereses locales y el gobierno de las Cajas no resulta, contra lo que pretenden los recurrentes, arbitraria o absurda. Se refiere a los Municipios en que actúan, y en los que presumiblemente llevarán a cabo su obra social. No sólo, pues, como impositores, sino también como vecinos, tienen un interés en el funcionamiento de las Cajas los que lo sean de esos Municipios”.

En definitiva, las Cajas de Ahorros si participan de los fines que son propios de las Administraciones Públicas, al carecer de ánimo de lucro y perseguir fines de interés público.

b) Gestión de las Cajas de Ahorro

El artículo 1 de la Ley 31/1985, de 2 de agosto, de normas básicas sobre Órganos Rectores de las Cajas de Ahorros dispone que la administración, gestión, representación y control de las Cajas de Ahorros corresponde a la Asamblea General, al Consejo de Administración y a la Comisión de Control.

Por lo que se refiere a la Asamblea General, el artículo 2 de la citada Ley la define como el órgano que asume el supremo gobierno y decisión de la entidad, estableciendo las reglas básicas sobre representación de los intereses colectivos. En concreto, las Corporaciones Municipales en cuyo término tenga abierta oficina la Entidad aparece con una participación del 40% de los Consejeros generales, porcentaje que se elevará un 11% en el caso de Cajas de Ahorros fundadas por Corporaciones Locales. En cuanto a la designación de los miembros de la Asamblea General que representan a las Corporaciones



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Municipales, el artículo 3 dispone que los Consejeros generales representantes de las mismas serán designados directamente por las propias Corporaciones.

En lo relativo al Consejo de Administración de las Cajas de Ahorros, el artículo 13 de la Ley 31/1985 lo configura como el órgano que tiene encomendada la administración y gestión financiera de la Caja respectiva. El artículo 14 establece que la representación de los intereses colectivos en el Consejo de Administración se llevará a efecto mediante la participación de los mismos grupos y con igual proporción y características que las establecidas para la Asamblea General, por lo que la posición mayoritaria de las Corporaciones Municipales vuelve a quedar de manifiesto en este órgano rector. Al respecto, cabe señalar que el artículo 11 de la Ley citada recoge como función encomendada a la Asamblea General de la Caja el nombramiento de los Vocales del Consejo de Administración.

Por último, y en lo que se refiere a la Comisión de Control, el artículo 21 de la Ley 31/1985 dispone que su objeto es el cuidado de que la gestión del Consejo de Administración se cumpla con la máxima eficacia y precisión, dentro de las líneas generales de actuación señaladas por la Asamblea General. En cuanto a su composición, el artículo 22 establece que sus miembros se elegirán por la Asamblea General de entre sus miembros que no ostenten la condición de Vocales del Consejo de Administración.

Si bien la citada Ley tiene carácter básico, el Tribunal Constitucional ha reconocido competencia a las Comunidades Autónomas para modificar los porcentajes de participación de cada uno de los grupos indicados o incluir algún otro de naturaleza similar, siempre que se respete el principio básico de la Ley Estatal de promover la democratización del funcionamiento de las Cajas de Ahorros.

En el ejercicio de esta competencia, la Ley 15/1999, de 16 de diciembre, del Parlamento andaluz, sobre Cajas de Ahorros de Andalucía, dispone que las Cajas se rigen por el principio de territorialidad que conlleva que sus actividades queden sometidas a la competencia de la Comunidad Autónoma en que se realicen. De esta manera, quedan sometidas a la Ley 15/1999 las Cajas de Ahorros que tengan su domicilio social en Andalucía, entre ellas las Cajas que participan en el capital social de RBAA hasta un total del 20% del mismo, que es lo que aquí interesa.

De conformidad con la legislación estatal básica antes apuntada, el artículo 42 de la Ley autonómica 15/1999 dispone que los órganos rectores de las Cajas de Ahorros con domicilio social en Andalucía son la Asamblea General, el Consejo de Administración y la Comisión de Control.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La Asamblea General de las Cajas de Ahorros con domicilio social en Andalucía se configura como órgano supremo de gobierno y decisión de la entidad. El artículo 57 de la Ley 15/1999 de continua referencia regula la composición de la Asamblea General, atribuyendo un 35% del total de Consejeros Generales a las Corporaciones Municipales en cuyo término tenga oficina abierta la Caja, un 21% a la Junta de Andalucía y un 9% a las personas o entidades fundadoras. En consecuencia, la Administración Pública local y la Comunidad autónoma controlan, al menos, un 56% de la composición de la Asamblea General de la Caja respectiva, que podría elevarse hasta el 65% en caso de que las personas o entidades fundadoras sean, asimismo, Administración Pública.

Por lo que se refiere al Consejo de Administración de estas entidades, el artículo 69 de la Ley 15/1999 lo regula como órgano al que se le encomienda la administración y gestión de la Caja. El nombramiento de sus vocales se lleva a cabo por la Asamblea General, mediante la aplicación del porcentaje de participación asignado a cada grupo de la misma.

Por último, la Comisión de Control de las Cajas de Ahorro con domicilio social en Andalucía tiene encomendada la función de cuidar de que la gestión de los órganos de administración se cumpla con la máxima eficacia y precisión dentro de las líneas generales de actuación señaladas por la Asamblea General. Los miembros de la Comisión de Control se eligen por la Asamblea, con los mismos criterios que los del Consejo de Administración.

En consecuencia, cabe afirmar que la posición mayoritaria en los órganos de gobierno de las Cajas de Ahorros con domicilio social en Andalucía corresponde a la Administración Pública. Es más, en el caso de la regulación establecida en la Ley 15/1999, el control externo de la actividad de las Cajas por parte de la Administración autonómica es patente. Así lo expresa la propia exposición de motivos de la Ley, al afirmar que la relevancia pública de las Cajas “justifica la existencia del control y protectorado públicos sobre las mismas para que se obtenga el interés general presente en toda fundación, dada su especial relevancia en el sistema financiero y sus implicaciones para el ahorro y la realización de actividades sociales.” En la misma línea, más adelante se afirma que “al objeto de evitar la dispersión y falta de coordinación en los recursos que las Cajas de Ahorros destinan a la obra social, se faculta a la Consejería de Economía y Hacienda para establecer directrices en orden a la aplicación de aquéllos, en función de las carencias y prioridades de Andalucía.” Reflejo de lo anterior es el conjunto de tareas encomendadas a la Administración autonómica en el articulado de la Ley 15/1999. Sin ánimo de exhaustividad, y a título de mero ejemplo, cabría citar la autorización preceptiva de la Consejería de Economía y Hacienda sobre los acuerdos adoptados por la Asamblea General relativos a la determinación de los excedentes y a su



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

distribución (artículo 24), la comunicación preceptiva de la apertura, traslado y cierre de oficinas (artículo 26) o la aprobación preceptiva de financiación mediante la emisión de deuda subordinada y de cuotas participativas, también por la Consejería de Economía y Hacienda (artículo 27).

Así las cosas, cabe concluir que los órganos de gobierno y administración de las Cajas de Ahorros cuentan con una representación mayoritaria de la Administración Pública. A su vez, como se ha dicho, la Administración Pública controla de modo especial su actividad. Por todo ello, la participación de las citadas Cajas en la suscripción del capital social de una entidad que presta o explota en el mercado servicios o redes de telecomunicaciones debe asimilarse e incorporarse a la participación de las Administraciones Públicas o sus Entes públicos en el citado capital social, aún a título de participación indirecta, al objeto de considerar cumplido el requisito establecido en el artículo 7.3 de la LGTel, en lo que se refiere al hecho de que la prestación o explotación en el mercado de servicios o redes de telecomunicaciones se lleve a cabo por sociedades en cuyo capital participen mayoritariamente dichas Administraciones o Entes públicos. Y dicha incorporación se fundamenta en el control que la Administración Pública ejerce sobre los órganos de gobierno y gestión de las Cajas, no sólo a través de su representación mayoritaria en dichos órganos, sino también a través del control administrativo especialmente intenso que la Administración Pública ejerce de forma externa sobre la actividad de las citadas entidades.

En consecuencia, y para el caso que nos ocupa, la participación en el capital social de RBAA de una serie de Cajas de Ahorros con domicilio social en Andalucía, tal y como son el Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Ronda, Cádiz, Almería, Málaga y Antequera, el Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Huelva y Sevilla y la Caja de Ahorros de San Fernando de Sevilla y Jerez, debe incorporarse a la participación de la Administración Pública en la suscripción de dicho capital social, a los solos efectos de aplicación del artículo 7.3 de la LGTel, y con independencia de que la participación de las citadas Cajas pueda entenderse como participación indirecta de la Administración Pública, puesto que la Ley citada únicamente se refiere a la participación, sea ésta directa o indirecta, conforme queda dicho.

Una vez sentadas las anteriores conclusiones, resulta que la participación de la Administración Pública en el capital social de RBAA asciende al 60%, como resultante de la suma del 40% de participación directa a través de SANDETEL y del 20% de participación indirecta a través de las Cajas de Ahorros antes citadas. En tal situación, resulta evidente que la Administración Pública participa mayoritariamente en el capital social de RBAA, de modo que le resultan plenamente aplicables las previsiones del artículo 7.3 de la LGTel.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En consecuencia, no puede acogerse ninguna de las alegaciones efectuadas por la representación de RBAA con respecto a las condiciones impuestas en los puntos 2.17 y 2.19 del apartado II.2 de la licencia individual parcialmente recurrida. Procede, por tanto, confirmar en la presente resolución su contenido.

QUINTO. Antecedente de hecho tercero del Acuerdo recurrido.

Conforme consta en el escrito de recurso, RBAA viene a alegar que el antecedente de hecho tercero de la resolución parcialmente recurrida no describe correctamente ni los servicios que pretende prestar dicha entidad ni la composición de su infraestructura de red.

Sobre el particular cabe señalar que, tal y como afirma la propia recurrente en su escrito, el antecedente de hecho carece de eficacia resolutoria. Por ello, resulta que lo que realmente se recurre en este punto no es la resolución en sí, entendida como la decisión adoptada por el órgano competente, tal y como se deriva del artículo 89.4 de la LRJPAC, sino uno de sus antecedentes de hecho.

En consecuencia, hay que concluir que RBAA no viene a recurrir la resolución en este aspecto, entendida en el sentido estricto de la decisión adoptada por el órgano competente, por lo que no se cumplen en este punto las condiciones establecidas en el artículo 107.1 de la LRJPAC, en lo que se refiere al elemento objetivo del recurso administrativo. Por ello, procede no admitir la pretensión de modificación del antecedente de hecho tercero esgrimida por la recurrente.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

PRIMERO.- Estimar parcialmente el recurso potestativo de reposición interpuesto por la representación legal de la entidad Red de Banda Ancha de Andalucía, S.A., contra la Resolución de esta Comisión de fecha 16 de noviembre de 2000, mediante la cual se otorgó a dicha entidad una 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, de modo que se anula la condición establecida en el punto 2.3 del Apartado II.2 de la licencia individual objeto de recurso, que imponía a la recurrente la obligación de comunicar a esta Comisión y las asociaciones de consumidores y usuarios, con al menos diez días de antelación a su entrada en vigor, los precios de los servicios objeto de la licencia. Ello, sin perjuicio de las



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

condiciones impuestas para la prestación del servicio de líneas susceptibles de arrendamiento en el punto 2.13 del apartado II.2 de la licencia.

De igual modo, se estiman parcialmente las alegaciones referentes al contenido del punto 2.10 del Apartado II.2 de la licencia individual relativo al cálculo del porcentaje de los medios de transmisión de la red propios, en los siguientes términos:

2.10 La red deberá estar constituida de tal forma que, en el plazo de dos años contado desde la fecha de otorgamiento de la licencia, al menos el 40% de sus medios de transmisión, calculado mediante la suma de los productos resultantes de multiplicar el número de kilómetros de cada circuito por el de kilobits/segundo de su capacidad, o por el ancho de banda del mismo expresado en megahercios (MHz) en el caso de radioenlaces analógicos, sean propios o hayan sido arrendados mediante contratos con una vigencia mínima de cinco años. Este porcentaje deberá alcanzar el 60% a partir del tercer año, de acuerdo con el artículo 30.6 de la Orden de Licencias.

A efectos del cálculo del citado porcentaje, el alquiler de fibra óptica sin incluir equipos de conmutación o de terminación de fibra se considerará como red propia.

SEGUNDO.- Desestimar en lo demás el recurso interpuesto, confirmando las condiciones impuestas en los puntos 2.9, 2.17 y 2.19 del Apartado II.2 de la licencia individual de tipo C1 otorgada a la entidad Red de Banda Ancha de Andalucía, S.A. mediante Acuerdo de fecha 16 de noviembre de 2000.

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 de nuevo 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 M^a Vázquez Quintana

José Giménez Cervantes