

Algunos aspectos del régimen jurídico-administrativo de los concesionarios del servicio de telecomunicaciones por cable

JUAN JOSÉ LAVILLA RUBIRA
Universidad Complutense

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto dar cuenta del régimen jurídico de los operadores de cable, expresión que la legislación reguladora de las telecomunicaciones por cable refiere a las sociedades concesionarias -*ope legis* o en virtud de la adjudicación de un concurso del servicio público de telecomunicaciones por cable.

Antes de proceder al examen sistemático de tal régimen jurídico, deben formularse las dos consideraciones siguientes:

a) En primer lugar, este estudio circunscribirá su objeto al régimen jurídico-administrativo de los operadores de cable, con exclusión, pues, de los aspectos mercantiles -tanto generales como específicos del Derecho de la Competencia-, fiscales, penales, etc. de dicho régimen.

b) En segundo término, no se procederá a la exposición sistemática y global de todas y cada una de las previsiones que afectan a la posición jurídico-administrativa de los operadores de cable, sino que el análisis se ceñirá a aquellas que la práctica ha revelado como problemáticas o que, por su incidencia sobre la configuración general del régimen de las te-

lecomunicaciones por cable en nuestro ordenamiento, merecen, a juicio del autor, consideración explícita.

II. TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. COMO TITULAR *OPE LEGIS* DE UN DERECHO PÚBLICO SUBJETIVO A LA OBTENCIÓN DE CONCESIONES DEL SERVICIO PÚBLICO DE TELECOMUNICACIONES POR CABLE

De la consideración conjunta del artículo 6.1 y de la Disposición Adicional Segunda de la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de las Telecomunicaciones por Cable (en adelante, LTC), resulta que en cada una de las diversas demarcaciones territoriales en las que se ha de dividir el territorio nacional a efectos de la prestación del servicio de telecomunicaciones por cable existirán, como máximo, dos operadores de cable: en primer término, el adjudicatario del concurso correspondiente -o su cesionario, en su caso-; y, en segundo lugar, Telefónica de España, S.A., en el supuesto de que haya solicitado y obtenido del Ministerio de Fomento el correspondiente título administrativo habilitante (apartado 1 de la Disposición

¹⁾ Véanse las consideraciones que, desde la perspectiva político-legislativa aludida en el texto, se contienen, entre otros, en los trabajos siguientes: M. ROGER RULL, «*Perspectivas de desarrollo de las telecomunicaciones por cable en España*», en la obra colectiva *Derecho de las Telecomunicaciones*, coordinada por J. CREMADDES, La Ley y Ministerio de Fomento, 1997, páginas 1084 y siguientes; G. ARIÑO, J.M. DE LA CUÉTARA y L. AGUILERA, *Las telecomunicaciones por cable. Su regulación presente y futura*, Marcial Pons, Madrid, 1996, páginas 240 y siguientes; y M. CALVOCHARRO, *La televisión por cable*, Marcial Pons, Madrid, 1997, páginas 153 y siguientes.

Adicional Segunda de la LTC), y teniendo en cuenta, en todo caso, que ha de prestar el servicio mediante sociedades en cuyo capital participe en más del 50% (apartado 5 de la misma Disposición Adicional Segunda).

Pues bien, con independencia de las diversas cuestiones que, desde el punto de vista político-legislativo, podría plantear la atribución *ex lege* a Telefónica de España, S.A. -sociedad que, en la actualidad, es de capital privado casi en su integridad- del derecho subjetivo perfecto a la obtención de títulos administrativos habilitantes para la prestación del servicio público de telecomunicaciones por cable en todo el territorio nacional (mientras que, por el contrario, cualesquiera otros operadores que deseen la prestación de dicho servicio habrán de presentarse a los concursos que al efecto se convoquen y resultar adjudicatarios de los mismos)¹⁾, son varios los extremos que desde la perspectiva jurídica -a la que se ha de constreñir el presente trabajo- suscita el examen de la condición de Telefónica de España, S.A. como operadora de cable. Se da seguidamente cuenta de algunos de los más relevantes de tales extremos.

1. Conforme al apartado 3 de la Disposición Adicional Segunda de la LTC, en la redacción dada por la Ley 12/1997, de 24 de abril, una vez que haya obtenido el título habilitante en cada demarcación, Telefónica de España, S.A. podrá iniciar la prestación del servicio transcurridos dieciséis meses a contar desde la resolución del concurso de concesión del servicio público de telecomunicaciones por cable en la correspondiente demarcación -o inmediatamente después de tal resolución en el caso de que el concurso se declare desierto-. Pues bien, se ha suscitado la cuestión de si este plazo de dieciséis meses (que el Gobierno, a propuesta de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, puede elevar hasta un máximo de veinticuatro meses o reducir, siempre que sea necesario para la existencia de una efectiva competencia en la prestación del servicio y no perjudique a los

intereses de los usuarios) opera únicamente a efectos de la prestación del servicio o también a efectos de excluir la posibilidad de que, hasta que no haya transcurrido, Telefónica de España, S.A. esté habilitada para tender la red de cable correspondiente (o proceder a la adaptación de las redes de las que disponga en la actualidad). Aun reconociendo que se trata de una cuestión discutible, parece razonable entender que Telefónica de España, S.A. únicamente habrá de esperar dieciséis meses para comenzar la prestación del servicio, pero no para el establecimiento de la red, supuesto que la LTC alude separadamente a los derechos a la prestación del servicio y al establecimiento de la red de cable necesaria para aquella prestación (artículos 9.1.a) y 7.1), motivo por el que debe concluirse que, cuando el apartado 3 de la Disposición Adicional Segunda de la propia LTC alude únicamente a la prestación del servicio, es que no ha querido excluir la posibilidad de que con anterioridad al transcurso del plazo de dieciséis meses se haya procedido ya al establecimiento de la red de cable que ha de constituirse en soporte de aquella prestación.

2. Ha sido asimismo cuestión debatida la de si la prestación del servicio a través de la sociedad en cuyo capital Telefónica de España, S.A. participe en más del 50% -conforme prevé, según se puso anteriormente de relieve, el apartado 5 de la Disposición Adicional Segunda de la LTC-, ha de venir o no precedida de la cesión a la misma del correspondiente título administrativo habilitante otorgado en favor de Telefónica de España, S.A. Tal cesión -que exigiría el cumplimiento en lo que procediera de lo establecido por el artículo 115 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, LCAP), y tendría obvias repercusiones fiscales- no era susceptible de ser excluida en términos taxativos a la luz de la Disposición Adicional Segunda de la LTC, de la que resulta claramente que es Telefónica de España, S.A. quien obtiene inicialmente el título habilitante (primer párrafo del apartado 3), pudiéndose entender

que era necesaria su posterior transmisión a la sociedad participada mayoritariamente por la misma. Ello no obstante, y en términos de legalidad acaso dudosa, el apartado 3 a) de la Disposición Adicional Primera del Reglamento Técnico y de Prestación del Servicio de Telecomunicaciones por Cable, aprobado por Real Decreto 2066/1996, de 13 de septiembre (en adelante, RT), dispone -con la evidente finalidad de excluir, a efectos sustantivos y fiscales, la existencia de una cesión del título habilitante- que la resolución concesional otorgada por el Ministro de Fomento se formalizará en el contrato concesional suscrito por éste y por la sociedad participada mayoritariamente por Telefónica de España, S.A. En consecuencia, la práctica ha resuelto esta cuestión, por más que no pueda dejar de insistirse en las dudas que podría suscitar la legalidad del criterio hacia el que se ha orientado aquélla.

3. Conforme al artículo 4.3 de la LTC, ninguna persona física o jurídica podrá participar, directa o indirectamente, en el capital de una o más sociedades adjudicatarias de concesiones del servicio de telecomunicaciones por cable que conjuntamente alcancen a más un millón y medio de abonados en el territorio del Estado español (por más que este límite sólo afecta a los servicios de difusión de televisión por cable, según precisa el artículo 12.4 del RT). Pues bien, la última frase del primer párrafo de la Disposición Adicional Segunda.5 de la LTC dispone que a las sociedades participadas mayoritariamente por Telefónica de España, S.A., a través de las que ésta presta en las diversas demarcaciones el servicio público de telecomunicaciones por cable, «*les será de aplicación lo previsto en el apartado 3 del artículo 4 de la presente Ley, en igualdad de condiciones con el resto de los operadores de cable*». Habida cuenta de que aquella previsión se refiere a las sociedades participadas por Telefónica de España, S.A., y no a ésta última, se ha suscitado la cuestión de si el conjunto de las sociedades participadas por Telefónica de España, S.A. pueden o no alcanzar una cifra superior a un millón y medio de abonados en el territorio

del Estado español en relación con los servicios de difusión de televisión por cable. A juicio de quien suscribe -y sin perjuicio de las consideraciones de índole político-legislativa que también en este ámbito se podrían suscitar-, el tenor de la Disposición Adicional Segunda.5 de la LTC es inequívoco y debe conducir a la conclusión de que Telefónica de España, S.A. es la única persona jurídica excluida de la aplicación de lo establecido por el artículo 4.3 de la LTC (conclusión ésta que, por lo demás, no parece sino lógico corolario de la atribución a Telefónica de España, S.A. del derecho subjetivo perfecto a la obtención de títulos habilitantes en todo el territorio nacional).

4. Por último, se plantea la cuestión del alcance del apartado 6 de la Disposición Adicional Segunda de la LTC, conforme al cual las condiciones y características del servicio de telecomunicaciones por cable que preste Telefónica de España, S.A. deberán ser iguales a las estipuladas en los contratos concesionales de los segundos operadores, y habrán de cumplir «*también*» los requisitos establecidos en los pliegos de bases de los concursos para la obtención de la concesión en cada demarcación. Teniendo en cuenta la mención separada que este apartado 6 realiza de los contratos concesionales y de los pliegos de bases, así como la circunstancia de que las ofertas presentadas por los adjudicatarios de los concursos forman parte de los correspondientes contratos concesionales, como anejos de éstos (según se establece en los diversos pliegos reguladores de los concursos ya convocados para el otorgamiento de concesiones del servicio de telecomunicaciones por cable), se ha suscitado la cuestión de si las sociedades mayoritariamente participadas por Telefónica de España, S.A. estarán o no vinculadas por las mejoras que, respecto de los mínimos establecidos por los pliegos de bases, hayan formulado en sus ofertas los licitadores adjudicatarios de los concursos. En pro de una respuesta negativa a tal cuestión podría argumentarse que, en el momento en que Telefónica de España, S.A. manifiesta su disposición a prestar o no el servicio en cada demarca-

(7) Naturalmente, la afirmación contenida en el texto debe entenderse sin perjuicio de la procedencia de realizar un examen individualizado de las diferentes mejoras ofrecidas por el licitador adjudicatario a efectos de determinar si deben aplicarse o no a la sociedad participada mayoritariamente por Telefónica de España, S.A. (por ejemplo, no parece fácil *a priori* sostener la aplicabilidad a ésta de los compromisos de tarifas máximas garantizadas eventualmente asumidos por aquél).

(8) Probablemente deba atribuirse una parte no pequeña del éxito, aludido en el texto, en la atracción de inversión privada de calidad al sector de las telecomunicaciones por cable a las modificaciones del régimen jurídico de éstas introducidas precisamente con aquella finalidad por el Real Decreto-Ley 6/1996, de 7 de junio. Una referencia a tales modificaciones puede verse en el trabajo del autor de estas líneas denominado «Primer paso hacia la liberalización de las telecomunicaciones españolas (Real Decreto-Ley 6/1996, de 7 de junio)», en la obra colectiva *Reforma y liberalización económica. Los Decretos-Leyes de junio 1996*. Civitas, 1996, páginas 155 y siguientes. Una valoración general del régimen jurídico de las telecomunicaciones por cable puede hallarse en el trabajo de J.M. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, «La Ley de Telecomunicaciones por Cable de 22 de diciembre de 1995», en la obra colectiva *Derecho de las Telecomunicaciones*, cit. en la Nota 1, páginas 515 y siguientes.

ción, únicamente conoce el pliego de bases, pero no, evidentemente, la oferta presentada por el licitador adjudicatario (apartado 2 de la Disposición Adicional Segunda de la LTC). Ello no obstante, no puede dejar de ponerse de relieve que el tenor del apartado 6 de la Disposición Adicional Segunda de la LTC es inequívoco, razón por la que no será fácil en absoluto exonerar con carácter general a Telefónica de España, S.A. -en términos jurídicamente válidos- de la vinculación a las mejoras ofrecidas por los licitadores adjudicatarios de los concursos en las diversas demarcaciones.⁽²⁾

III. ADQUISICIÓN DE LA CONDICIÓN DE OPERADOR DE CABLE MEDIANTE LA ADJUDICACIÓN DEL CONCURSO CONVOCADO AL EFECTO

Una vez expuestas las más relevantes cuestiones que suscita la atribución *ope legis* a Telefónica de España, S.A. del derecho subjetivo perfecto a la obtención de la condición de operador de cable, se da cuenta seguidamente del procedimiento a través del cual sociedades distintas de las participadas mayoritariamente por Telefónica de España, S.A. pueden obtener aquella condición en las diferentes demarcaciones.

Como se apuntó anteriormente, tal procedimiento no es sino el consistente en la obtención de la correspondiente concesión en el concurso que al efecto ha de convocar el Ministro de Fomento (artículo 6.1 de la LTC). En el momento en el que se redactan estas líneas ya han sido convocados concursos para el otorgamiento de concesiones en un elevado número de demarcaciones, habiendo sido objeto de resolución varios de ellos. Se exponen a continuación algunas de las consideraciones generales que suscita el análisis de los procedimientos contractuales iniciados o resueltos.

1. Ante todo, no puede dejar de ponerse de relieve el éxito que, en términos rela-

tivos, está suponiendo, desde la perspectiva de la Administración General del Estado, el proceso de aplicación de lo prevenido por la LTC y el RT. Efectivamente, frente a las dudas que en diversos momentos de tal proceso se han suscitado acerca de la capacidad de aquella de atraer a inversores interesados en la prestación del servicio en muchas de las demarcaciones (teniendo en cuenta el momento relativamente tardío en el que, por contraste con lo ocurrido en otros países, se han desarrollado entre nosotros las telecomunicaciones por cable, la posición de inferioridad de la que parte el operador adjudicatario del concurso frente a la sociedad participada por Telefónica de España, S.A. y, entre otros diversos factores que podrían mencionarse, la competencia que en relación con las redes de cable suponen en ocasiones otros soportes para la prestación de servicios de telecomunicación), el hecho es que han sido presentadas ofertas -y en muchas ocasiones más de una- a prácticamente todos los concursos convocados hasta el momento presente, habiéndose formalizado ya diversos contratos concesionales y siendo previsible el comienzo de la prestación del servicio de telecomunicaciones por cable por los correspondientes adjudicatarios en un plazo muy breve. Las telecomunicaciones por cable han llegado a España tarde; pero van a llegar -parece- con fuerza⁽³⁾.

2. Debe destacarse, en segundo término, la relevante participación reconocida a las Comunidades Autónomas en el procedimiento administrativo tendente al otorgamiento de concesiones del servicio público de telecomunicaciones por cable. En efecto, no obstante ser éste un servicio público esencial de titularidad estatal (arg. arts. 1.1 de la LTC y 2.1 de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones), es lo cierto que la titularidad autonómica de competencias sobre los medios de comunicación social (artículo 149.1.27 de la Constitución) ha determinado la inserción de un trámite de informe vinculante de las Comunidades Autónomas acerca del contenido de los pliegos de bases administrativas y condiciones técnicas en los

aspectos relacionados con sus competencias (artículos 6.2 de la LTC y 7 del RT), así como la presencia de uno o varios representantes de aquéllas en las diferentes Mesas de Contratación (artículo 6.3 de la LTC). En general, el esquema de distribución competencial laboriosamente diseñado por la LT y el RT parece respetuoso con las previsiones constitucionales y estatutarias aplicables al respecto, razón por la que es acreedor a una valoración favorable⁴⁾.

3. Por lo que atañe a los requisitos exigidos para la formulación de ofertas a los concursos, la práctica ha suscitado diversas cuestiones, entre las que pueden destacarse las dos siguientes:

a) En primer lugar, la relativa a la forma jurídica que han de revestir los licitadores. En efecto, el artículo 11.1 del RT dispone que podrán presentarse a los concursos las sociedades anónimas, sin aludir a la posibilidad de que liciten uniones de sociedades anónimas o, incluso, uniones de empresarios (de las previstas con carácter general por el artículo 24 de la LCAP) de las que formen parte sociedades anónimas y personas jurídicas que no revistan tal forma. Pues bien, no obstante el silencio al respecto del citado precepto del RT, los diversos pliegos reguladores de los concursos ya convocados para el otorgamiento de concesiones del servicio público de telecomunicaciones por cable prevén la posibilidad de que las ofertas a los mismos se presenten, bien individualmente por una sola sociedad anónima, bien por una unión de sociedades anónimas, supuesto este último en el que los empresarios integrantes de la unión han de asumir el compromiso, para el caso de que su oferta resulte adjudicataria, de constituir una sola sociedad anónima con anterioridad a la firma del contrato concesional. A juicio de quien suscribe, y sin perjuicio de reconocer el carácter discutible de la cuestión, parece defendible la legalidad de la previsión por los pliegos de la presentación de ofertas por uniones de sociedades anónimas, puesto que el artículo 11.1 del RT no exige

expresamente que la presentación por dichas sociedades sea individual, y no conjunta. Por el contrario, mucho más discutible parece la práctica administrativa -sancionada en varios de los concursos ya convocados- en cuya virtud se admiten a trámite ofertas presentadas por uniones de empresarios entre quienes figuran entidades que no revisten la forma de sociedades anónimas, supuesto que en tal hipótesis el acuerdo de admisión parece oponerse frontalmente al tenor literal del artículo 11.1 del RT (que únicamente permite que se presenten a los concursos las sociedades anónimas).

b) Por otra parte, se ha suscitado la cuestión de si, a efectos de apreciar la solvencia económica y financiera y técnica o profesional (requerida por el artículo 11.1 del RT, mediante la remisión a lo establecido por los artículos 15 y siguientes de la LCAP) que inexcusablemente ha de concurrir en los licitadores, pueden tenerse en cuenta las circunstancias concurrentes en sus accionistas o, por el contrario, únicamente pueden valorarse las que se refieran a la propia sociedad anónima licitadora. El párrafo segundo del artículo 15.1 de la LCAP restringe, ciertamente, los supuestos en los que, a efectos de apreciar la solvencia de una persona jurídica, pueden valorarse circunstancias concurrentes en otras personas jurídicas (pues únicamente prevé tal posibilidad en el caso de que licite una persona jurídica dominante, permitiendo tener en cuenta los medios de las personas jurídicas por ella dominadas siempre que concurren determinadas circunstancias), pero también es cierto que el artículo 19.c) de la propia LCAP prevé, a efectos de la apreciación de la solvencia técnica o profesional, que se consideran el equipo y las unidades técnicas participantes en el contrato, «*estén o no integrados directamente en la empresa del contratista*».

Teniendo en cuenta los contrapuestos datos normativos de los que queda hecho mérito en el párrafo anterior, debe

⁴⁾ En relación con las competencias autonómicas en materia de telecomunicaciones por cable, véanse, entre otros, los siguientes trabajos: M. CARRILLO, «*Unión Europea, Comunidades Autónomas y Televisión*», en la obra colectiva *Derecho de las Telecomunicaciones*, cit. en la Nota 1, páginas 317 y siguientes; C. GAY FUENTES, «*La gestión autonómica de la televisión*», en la misma obra colectiva, páginas 484 y siguientes; J. CONDE I CASTEJÓN, «*El Reglamento de las Telecomunicaciones por Cable*», en la misma obra colectiva, páginas 555 y siguientes; G. ARINO, J.M. DE LA CUÉTARA, L. AGUILERA, op. cit. en la Nota 1, páginas 260 y siguientes; y M. CALVO CHARRO, op. cit. en la Nota 1, páginas 109 y siguientes.

¹³⁾ En relación con la figura de las garantías específicas en el pliego regulador del concurso aludido en el texto, puede verse el trabajo del autor de este capítulo «La telefonía móvil y la ruptura del monopolio del servicio telefónico básico», Civitas Revista Española de Derecho Administrativo, 92, octubre/diciembre 1996, páginas 597-598.

adquirir valor determinante, a juicio de quien suscribe, la consideración siguiente: si se admite la presentación de ofertas por uniones de sociedades anónimas (posibilitando la acumulación de las características de todas ellas a efectos de la apreciación de la solvencia de la unión licitadora) siempre que exista el compromiso de constituir una sola sociedad anónima antes de la formalización del contrato concesional, parece claro que *a fortiori* deben tenerse en cuenta los méritos de los accionistas de la sociedad anónima que presente una oferta individual siempre que exista un compromiso expreso por parte de aquéllos de que, en el caso de que la sociedad licitadora resulte adjudicataria del concurso, aportarán a la misma todos los medios que sean necesarios para el adecuado cumplimiento por ésta de las obligaciones resultantes del contrato concesional.

4. Finalmente, no puede dejar de ponerse de relieve que los diversos pliegos aprobados para regular los concursos convocados para el otorgamiento de concesiones legitimadoras de la gestión indirecta del servicio de telecomunicaciones por cable prevén en su clausulado la atribución de un relevante valor, a efectos de la apreciación de los méritos invocados por los licitadores, a las garantías constituidas por éstos en respaldo de los compromisos que hayan asumido en sus ofertas, disponiéndose expresamente que entre tales garantías se valorarán especialmente los avals. Se sigue aquí el sendero iniciado por otros concursos para el otorgamiento de concesiones de servicios públicos de telecomunicaciones -singularmente, el relativo a la concesión del servicio de telecomunicación de valor añadido de telefonía móvil automática en su modalidad GSM¹⁵⁾-, habiendo mostrado la práctica la notable utilidad que, desde el punto de vista de la tutela del interés público defendido por la Administración General del Estado, tiene la previsión de la constitución de estas garantías, en la medida en que los diversos licitadores las han ofrecido en cuantías significativas, y teniendo en cuenta en todo caso que, de conformidad con lo preve-

nido por los pliegos reguladores de los concursos, en el supuesto de que un compromiso esté respaldado por una garantía específica, la responsabilidad del concesionario por el incumplimiento de aquél queda limitada a la ejecución de ésta, sin que dé lugar, en consecuencia, a la aplicación del régimen sancionador general previsto por la LTC.

IV. RÉGIMEN JURÍDICO-ADMINISTRATIVO DE LOS OPERADORES DE CABLE

Se da seguidamente breve cuenta de los extremos más relevantes del régimen jurídico-administrativo de los operadores de cable, distinguiendo a este efecto los aspectos que se refieren a su régimen subjetivo y las situaciones jurídicas subjetivas activas y pasivas que constituyen el contenido propio de la relación concesional.

A. Requisitos subjetivos

1. El régimen jurídico-administrativo de los operadores de cable se establece, con carácter general, en desarrollo de la LTC, en el artículo 12 del RT, suscitándose, en primer lugar, la cuestión de si los requisitos previstos por éste son exigibles sólo una vez que se ha producido la adjudicación del concurso en favor de uno de los licitadores o, por el contrario, a efectos de la válida presentación de ofertas por éstos. En favor del segundo término de la alternativa expuesta opera el tenor literal del artículo 11.1 del RT, que exige que los licitadores cumplan los requisitos establecidos por el artículo 12 del mismo cuerpo normativo. Sin embargo, la práctica, en términos que no cabe considerar sino muy favorablemente, ha flexibilizado notablemente el rigor resultante de aquel tenor, estableciendo, entre otros, los siguientes criterios interpretativos:

a) Por lo que concierne al capital mínimo exigido por el artículo 12.1.a) del RT (al amparo de la habilitación conferida por el artículo 4.1 de la LTC), se ha entendido que la obligación de te-

ner suscrito y desembolsado el 50% del mismo es exigible, conforme por lo demás resulta del artículo 12.1.c) del propio RT, en el momento de la firma del contrato concesional, y no, por el contrario, en el de la presentación de la oferta correspondiente.

b) En la misma línea, la exigencia (impuesta por los artículos 4.1 de la LTC y 12.1 del RT) de que la prestación del servicio de telecomunicaciones por cable se incluya en el objeto social opera en la práctica sólo en relación con los adjudicatarios, y no respecto de los licitadores, de forma que, en el supuesto de que la oferta se presente por una unión de sociedades anónimas, no es necesario que la prestación del citado servicio se incluya dentro de los respectivos objetos sociales de todas y cada una de ellas.

2. Los artículos 4.3 de la LT y 12.4 del RT disponen que ninguna persona física o jurídica puede, directa o indirectamente, participar en el capital de operadores de cable que conjuntamente alcancen a más de millón y medio de abonados a los servicios de difusión de televisión por cable en el territorio español. Con independencia de las consideraciones anteriormente formuladas en relación con la no sujeción de Telefónica de España, S.A. al límite establecido por los citados preceptos, debe ponerse ahora de relieve que la constitucionalidad de éste es más que discutible. En efecto, la consecuencia de la citada prohibición puede ser la de que determinados ciudadanos queden excluidos del acceso al servicio de difusión de televisión por cable (en la hipótesis de que los dos concesionarios en la correspondiente demarcación -o alguna persona física o jurídica que participe en su accionariado y, en su caso, en el de otros operadores de cable- hayan alcanzado ya el límite máximo del millón y medio de abonados), lo cual se opone al principio -que debe reputarse de rango constitucional- de igualdad de todos los españoles en el acceso a los servicios públicos. Desde esta perspectiva, el párrafo añadido al artículo 4.3 de la LTC por el Real Decreto-Ley 6/1996, de 7 de junio, no puede considerarse suficiente, pues se limita a habilitar al Gobierno, a

propuesta de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, para suprimir o modificar la prohibición anteriormente indicada, siendo así que lo procedente, en estrictos términos jurídico-constitucionales, hubiera sido su inmediata supresión sin más⁽⁶⁾.

3. Por lo que atañe a la participación en el capital de las sociedades operadoras de cable de personas físicas extranjeras o de personas jurídicas domiciliadas en el extranjero, el artículo 4.2 de la LTC se remite al artículo 15.2 de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones, remisión ésta de la que resulta que la participación de capital extranjero en las sociedades operadoras de cable queda liberalizada con carácter general hasta el 25% del capital social de éstas, exigiéndose autorización de Consejo de Ministros para superar el indicado porcentaje. Debe tenerse en cuenta, en todo caso, que, según precisa expresamente el propio artículo 4.2 de la LTC, a efectos de inversiones extranjeras el servicio prestado por los operadores de cable no tiene la consideración de servicio final o portador, de forma que no se reputa actividad directamente relacionada con la defensa nacional y, en consecuencia, y como ha precisado el artículo 12.2 del RT, el capital procedente de un Estado miembro de la Unión Europea se equipara en este ámbito al capital español⁽⁷⁾.

4. En fin, el artículo 4.4 de la LTC exige autorización administrativa previa para todos los actos y negocios jurídicos que impliquen la transmisión, disposición o gravamen de las acciones representativas del capital social de los operadores de cable. En relación con esta autorización se suscitan las dos cuestiones siguientes:

a) En primer lugar, la medida en la que la misma es exigible para la transmisión, disposición o gravamen de las acciones representativas del capital social de las sociedades que hayan obtenido concesiones provisionales del servicio de televisión local por cable al amparo de la Disposición Transitoria Primera de la LTC, bien hasta que obtenen la concesión definitiva, bien, en el caso de no obtenerla,

⁽⁶⁾ Véase al respecto G. ARIÑO, J.M. DE LA CUÉTARA y L. AGÜLLERA, op. cit. en la Nota 1, páginas 349 y 469-470.

⁽⁷⁾ Propone una progresiva disminución de las restricciones a la inversión extranjera no comunitaria en el sector de las telecomunicaciones por cable J. CREMADES GARCÍA, «El Derecho de las Telecomunicaciones en Europa y en España», en la obra colectiva *Derecho de las Telecomunicaciones* cit. en la Nota 1, páginas 52 y 53. Véase asimismo, en relación con esta materia, M.A. LÓPEZ LOZANO, «El régimen jurídico de las inversiones extranjeras en las telecomunicaciones», en la citada obra colectiva, páginas 1094 y siguientes.

hasta que se extingue su concesión provisional. Aunque la consideración del tenor literal de los títulos concesionales provisionales otorgados hasta el momento presente por el Ministerio de Fomento pudiera conducir a una respuesta afirmativa a la cuestión suscitada, nuestro criterio - respaldado por la práctica administrativa - es contrario a la exigencia de autorización administrativa en el supuesto examinado, ya que las concesiones provisionales se otorgan en virtud de consideraciones estrictamente objetivas (en concreto, la explotación comercial de una red de televisión por cable el día 24 de diciembre de 1995 y la subsiguiente solicitud de inspección al Ministerio de Fomento), y abstracción hecha en consecuencia de cualesquiera circunstancias subjetivas concurrentes en la persona física o jurídica titular de la red de cable en cuestión, razón por la que el cambio de tales condiciones subjetivas en modo alguno debiera ser objeto de control administrativo.

b) Por otra parte, aunque pudiera inicialmente entenderse que la autorización a la que se refiere el artículo 4.4 de la LTC tiene un cierto carácter discrecional (puesto que no existe precisión normativa alguna de los parámetros concretos a los que debe ajustarse el ejercicio de la potestad correspondiente), parece claro que aquélla únicamente podrá denegarse por razón de motivos objetivos referidos a la prestación del servicio público de las telecomunicaciones por cable, motivación ésta que deberá constar expresamente en la resolución denegatoria (artículo 54.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre) y podrá fundar, en consecuencia, el correspondiente recurso. Precisamente la revisabilidad jurisdiccional del fondo de las resoluciones administrativas denegatorias de la autorización prevista por el artículo 4.4 de la LTC explica, a nuestro juicio, que los pliegos reguladores de los diversos concursos hayan previsto la formulación por los licitadores de compromisos voluntarios de estabilidad accionarial.

B. Derechos de los operadores de cable

Los derechos de los operadores de cable se enumeran, con carácter general,

en los artículos 9 de la LTC y 25 del RT, así como en los preceptos con ellos concordantes y en los pliegos reguladores de los distintos concursos. Se exponen seguidamente las cuestiones más relevantes concernientes a tales derechos:

1. La obtención de la concesión del servicio público de telecomunicaciones por cable habilita a su titular para la prestación de los siguientes servicios:

a) En primer lugar, el servicio portador de telecomunicaciones, con exclusión del servicio portador soporte del servicio de difusión de televisión por ondas hertzianas regulado por las Leyes 4/1980, 46/1983 y 10/1988 (pues la prestación de éste se halla monopolizada por el Ente Público RETEVISIÓN hasta la finalización del plazo previsto por el artículo 11 de la Ley 10/1988 - Disposición Transitoria Segunda de la Ley 12/1997-, referencia esta última que la práctica parece haber entendido en el sentido de aludir sólo al plazo de diez años establecido por el citado artículo 11, sin incluir las prórrogas previstas por éste). Cuando el operador de cable preste servicios portadores le será de aplicación, como no podía ser de otra manera, el Reglamento Técnico y de Prestación del Servicio Portador de Alquiler de Circuitos, aprobado por Real Decreto 1558/1995, de 21 de septiembre (artículo 31.4 del RT).

b) En segundo término, los servicios de difusión, de vídeo bajo demanda y de vídeo a la carta, excluidos los de televisión terrestre por ondas hertzianas (artículo 28.b) del RT, que debe considerarse conjuntamente con el artículo 42 del mismo cuerpo normativo, en el que se definen los citados conceptos).

c) Por otra parte, los servicios de valor añadido, siempre que se disponga de los correspondientes títulos habilitantes (artículo 9.1.e) de la LTC), los cuales, por consiguiente, no van anejos a la concesión del servicio público de telecomunicaciones por cable.

d) Por último, servicios finales de telecomunicación (artículo 9.1 de la LTC), debiendo tenerse en cuenta, por lo que respecta al servicio telefónico básico, que el operador de cable podrá prestarlo a partir del día 1 de enero de 1998 previa comprobación por el Ministerio de Fomento del cumplimiento de los requisitos que se fijen reglamentariamente para este servicio (fijación que ha tenido lugar con el Real Decreto 1912/1997, de 19 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento técnico y de prestación del servicio final telefónico básico y de los servicios portadores). En todo caso, y hasta su total liberalización, la prestación del servicio final telefónico básico en el ámbito de la demarcación habrá de realizarse, entre el punto de terminación de la red y el nodo local de conmutación, a través de la propia red e infraestructura del concesionario (Disposición Transitoria Segunda de la LTC, en la redacción dada por la Ley 12/1997).

2. En segundo término, el concesionario tiene derecho a la percepción de sus abonados de las correspondientes tarifas (artículo 9.1.d) de la LTC), las cuales serán libremente fijadas por aquél con determinadas excepciones, comprendida la posibilidad de que, transcurridos tres años desde el otorgamiento de la concesión, el Ministro de Fomento establezca tarifas máximas para los servicios de telecomunicaciones por cable cuando se produzcan en el mercado prácticas colusorias o de abuso de posición dominante que causen un perjuicio a los usuarios finales de los servicios (artículos 9.2 de la LTC y 29 del RT).

3. El concesionario tiene asimismo derecho, como es común a las concesiones de servicios públicos, al mantenimiento del equilibrio económico-financiero de la concesión, derecho éste cuyo contenido se modula en términos significativos por el párrafo segundo del artículo 27 del RT, el cual declara que no se entenderá producida una alteración de dicho equilibrio -y, en consecuencia, no existirá derecho a indemnización- en los casos de «*entrada de nuevos competidores en la prestación del servicio*» y de «*alteración de las condiciones de pres-*

tación que se deriven de disposiciones legales o de normativa comunitaria». Respecto del primero de ellos, podría cuestionarse su aplicabilidad en la hipótesis de *despublicatio* de la actividad correspondiente, supuesto que en tal caso no se produciría la entrada de nuevos competidores en la prestación del servicio, sino que éste habría desaparecido en cuanto tal, teniendo por ende lugar la privación de un título concesional de evidente valor patrimonial, razón por la que podría plantearse la procedencia de su indemnización. Por lo que atañe, por otra parte, a la alteración de las condiciones de la prestación derivada de disposiciones legales, parece evidente, a la luz de la Disposición Adicional Tercera.3 de la LTC, que no podrá excluirse el derecho a la indemnización en el caso de que la alteración de la ecuación financiera tenga su origen en normas autonómicas, razón por la que la referencia, contenida en el citado párrafo segundo del artículo 27 del RT, a las «*disposiciones legales*» debe entenderse limitada a las del Estado, como por lo demás han precisado acertadamente varios de los pliegos aprobados.

4. En fin, el operador de cable tiene derecho a la utilización de las infraestructuras de las que disponga Telefónica de España, S.A. y sean susceptibles de emplearse en la prestación de servicios de telecomunicaciones por cable (Disposición Adicional Segunda.7 de la LTC), por más que el artículo 52 del RT haya restringido a las redes troncales la obligación de suministro impuesta a Telefónica de España, S.A., restricción ésta cuya legalidad es, obviamente, dudosa.

C. Obligaciones de los operadores de cable

Las obligaciones de los operadores de cable se relacionan, con carácter general, en los artículos 11 de la LT y 26 del RT, así como en los preceptos con ellos concordantes y en las cláusulas contenidas en los pliegos reguladores de los diversos concursos. Se alude seguidamente a algunas de las cuestiones más relevantes que se han suscitado en relación con dichas obligaciones:

⁸⁸ En relación con la cuestión aludida en el texto, deben tenerse en cuenta, entre otras normas, la Ley 3/1976, de 11 de marzo, sobre expropiación forzosa e imposición de servidumbres de paso de líneas, cables y haces hercianos para los servicios de telecomunicación y radiodifusión de sonidos e imágenes del Estado, y los artículos 13 y siguientes del Reglamento de desarrollo de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones, en relación con el dominio público radioeléctrico y los servicios de valor añadido, aprobado por Real Decreto 844/1989, de 7 de julio.

⁸⁹ En relación con la cuestión de la cobertura y con la posibilidad de entender que se impone a los operadores de cable una obligación de universalizar el servicio en el ámbito de su demarcación, véanse J. CONDE I CASTEJÓN, op. cit. en la Nota 4, página 568, y R. GARCÍA-BRAGADO ACÍN, «El establecimiento de infraestructuras. Expropiación, dominio público, urbanismo y medio ambiente», en la obra colectiva *Derecho de las Telecomunicaciones*, cit. en la Nota 1, páginas 970 y siguientes.

⁹⁰ Así, Lluís de Carreras Sierra, «Telecomunicaciones por cable y Administración municipal», *Derecho Privado y Constitución*, 10, 1996, páginas 83 y ss.

⁹¹ En concreto, el Ayuntamiento de Madrid, en la Ordenanza correspondiente, aprobada por el Pleno en su sesión del día 29 de noviembre de 1996, ha incluido expresamente a los operadores de cable dentro de las empresas explotadoras de servicios de suministros a las que, conforme al párrafo segundo del artículo 45.2 de la Ley 39/1988, les es exigible un precio público del 1,5% de los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtengan anualmente en el término municipal, como contraprestación por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local.

1. El operador de cable está obligado a establecer la red de cable necesaria para la prestación del servicio, pudiendo utilizar redes e infraestructuras ya existentes o construir las infraestructuras necesarias para el transporte y la distribución de las señales en su demarcación (artículos 7.1 de la LTC y 23 del RT). A efectos del establecimiento y la explotación de tales redes, son de aplicación a los operadores de cable los artículos 17 y 18 de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones (que, con referencia a los servicios finales y portadores, reconocen la facultad de ocupación del dominio público y declaran la utilidad pública del establecimiento de la red a efectos de la legislación expropiatoria)⁸⁸. Por lo demás, la Disposición Adicional Sexta de la LTC y el artículo 50 del RT prevén la posibilidad de prestación del servicio mediante sistemas distintos al cable (que hagan uso del espectro radioeléctrico), por más que los pliegos reguladores de los concursos han impuesto significativas restricciones al ámbito geográfico y temporal de las denominadas redes de cable sin cable y, en todo caso, prevén el otorgamiento de una puntuación superior a las ofertas que se comprometan a no hacer uso -o a hacerlo en menor medida que las demás- de estos sistemas distintos del cable. En fin, por lo que concierne al establecimiento de la red de cable, los pliegos reguladores de los concursos establecen un plazo máximo para la cobertura de las correspondientes demarcaciones, entendiéndose, de conformidad con los criterios fijados por la Administración, que una determinada zona está cubierta siempre que sea posible acceder a la misma, a petición de un potencial usuario del servicio, en un plazo razonable (convencionalmente establecido en el entorno de los dos meses) y a un precio prefijado (precio este último que puede incorporar, total o parcialmente, el coste del tendido de la red hasta el lugar en el que se ha de producir la prestación del servicio al solicitante del mismo)⁸⁹.

2. El operador de cable está asimismo obligado al abono de las tasas y los cánones resultantes de la normativa vigente, comprendido el canon concesio-

nal anual del 1 por 1000 de los ingresos brutos de explotación (Disposición Adicional Duodécima de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones, en la redacción dada por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre) y, en el caso de utilizar el dominio público radioeléctrico, el canon correspondiente a la concesión demanial previsto por el artículo 7.3 y la Disposición Adicional Novena de la propia Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones. Por otra parte, el operador de cable estará obligado a abonar el precio público correspondiente a la utilización privativa o especial del dominio público local que sea necesaria para el tendido de la red de cable, habiéndose suscitado en términos polémicos la cuestión de si el importe de dicho precio público debe ser el 1,5% de los ingresos brutos de explotación, en aplicación del artículo 45.2, párrafo segundo, de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales, o, por el contrario, puede ser establecido por cada Ayuntamiento, en el ejercicio de su potestad normativa, atendidos los criterios generales previstos por el primer párrafo del citado precepto de la Ley 39/1988 (en síntesis, valor de mercado del dominio público aprovechado o de la utilidad derivada del aprovechamiento). A mi juicio, y aunque es claro que la mención de las empresas explotadoras de servicios de suministros que afectan a la generalidad o a una parte importante del vecindario (contenida en el segundo párrafo del artículo 45.2 de la Ley 39/1988) no se refería inicialmente a los operadores del servicio de telecomunicaciones por cable, parece evidente que está justificada la aplicación, siquiera sea analógica, a éstos de aquel precepto⁹⁰, en términos que, por lo demás, han sido ya acogidos por algún relevante Ayuntamiento⁹¹.

3. Conforme al artículo 11.1 de la LTC, el operador de cable está obligado a distribuir a todos los abonados conectados a la red los servicios de difusión de televisión por ondas regulados por las Leyes 4/1980, 10/1988 y 46/1983 [letras e) y f)]. Por lo que concierne a los servicios de difusión de televisión local, el deber de distribución

únicamente se impone a los operadores si los gestores de aquéllos lo solicitan (letra g) del citado artículo 11.1 de la LTC), debiendo entenderse, en defecto de especificación normativa en contrario, que los servicios que han de distribuirse en virtud de la citada previsión son todos los de televisión local, tanto si se amparan en las previsiones sustantivas de la Ley 41/1995, de 22 de diciembre, como si lo hacen en su régimen transitorio⁽¹²⁾.

4. Por otra parte, los operadores de cable están obligados a interconectar sus redes con el fin de prestar los servicios concedidos, así como a facilitar el acceso a sus redes de todos los operadores de servicios que lo deseen, para permitir la interconexión de circuitos y la interoperabilidad de los servicios (Disposición Adicional Undécima de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones, en la redacción dada por la Ley 12/1997, y artículo 37 del RT). Teniendo en cuenta que los operadores de cable únicamente pueden prestar servicios portadores a otros servicios de telecomunicación en el ámbito de su demarcación (artículo 9.1.e) de la LTC), cuando aquéllos pretendan la interconexión de sus redes deberán utilizar, con carácter general, los servicios portadores regulados por el artículo 14 de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones, excepto en el supuesto de que las demarcaciones sean colindantes y pertenezcan a un mismo término municipal o de que, tratándose de municipios distintos, exista continuidad de edificación, casos en los que la interconexión puede hacerse con medios propios de los operadores de cable (artículo 8 de la LTC). Pues bien, no puede dejar de subrayarse la más que dudosa compatibilidad de las restricciones a la interconexión directa mediante los propios servicios portadores establecidas por el citado precepto de la LTC con la Directiva 95/51/CE, de la Comisión, de 18 de octubre, que impone a los Estados miembros el deber de suprimir las restricciones a la interconexión directa de las redes de televisión por cable por parte de los operadores de televisión por cable⁽¹³⁾.

5. En fin, la exposición del cuadro general de las situaciones jurídicas subjetivas pasivas de los operadores de cable no puede concluirse sin la realización de una genérica referencia a la posibilidad de que, transcurridos cinco años desde la aprobación de la LTC, el Gobierno establezca obligaciones de servicio público sobre los servicios de telecomunicaciones por cable, en el marco de un concepto de servicio público flexible, evolutivo y adaptado a la disponibilidad de las tecnologías apropiadas (Disposición Transitoria Cuarta de la LTC).

V. EXTINCIÓN DE LA CONDICIÓN DE OPERADOR DE CABLE

La concesión del servicio de telecomunicaciones por cable se extingue por transcurso del plazo previsto para su duración y por resolución (artículos 6.5 de la LTC y 17 y 20 del RT). Por lo que respecta al plazo, la Ley 12/1997, siguiendo al Real Decreto-Ley 6/1996, ha modificado el artículo 6.5 de la LTC, estableciendo una duración máxima de 25 años, con posibilidad de prórrogas sucesivas de 5 años (y con el límite general de 75 años previsto para todos los contratos de gestión de servicios públicos por el artículo 158 de la LCAP). En todo caso, una vez extinguido el contrato, el servicio revertirá a la Administración, que asumirá asimismo la titularidad de los bienes afectos al mismo, con sujeción, en cuanto a la eventual indemnización al concesionario, a lo prevenido en general por la legislación reguladora de los contratos administrativos (artículo 24 del RT). Parece evidente, en relación con este extremo, supuesto el contenido del precepto citado y el del artículo 165.1 de la LCAP, que la reversión ha de producirse precisamente en favor de la Administración General del Estado, y no, según han establecido sin embargo algunos de los pliegos reguladores de los concursos en relación con las obras de infraestructura civil, en favor del correspondiente Ayuntamiento.

⁽¹²⁾ Sobre la norma denominada *must carry*, véanse, entre otros, G. ARIÑO, J.M. DE LA CUÉTARA y L. AGUILERA, op. cit. en la Nota 1, páginas 340 y siguientes, y S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado*, Tomo II, *Las telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 1998, páginas 232 y siguientes.

⁽¹³⁾ Véase al respecto el trabajo del autor de estas líneas «*Servicios portadores*», en la obra colectiva *Derecho de las Telecomunicaciones*, cit. en la Nota 1, páginas 370-371. Por lo demás, en el mismo sentido, G. ARIÑO, J.M. DE LA CUÉTARA y L. AGUILERA, op. cit. en la Nota 1, pág. 462.