

LA GACETA
DE LOS NEGOCIOS

DOCUMENTOS

se debe
para un me
miento de l
nación. La guía n.
plazo de entrega del docu
ento en todo o en parte de
jurisprudencia ordinaria a

DOSSIER

LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS



LEGALIA ABOGADOS

El autor

OSCAR CASADO OLIVA.
Abogado de Legalia
Abogados.

LEGALIA ABOGADOS presta sus servicios a empresas e instituciones en todas las disciplinas del Derecho.

Cuenta con equipos multidisciplinares, con un conocimiento de primera línea de los sectores a los que asesoran.

Oscar Casado, autor del presente artículo, es Abogado del Area de Telecomunicaciones de la firma, presente en todas las oficinas : Madrid, Barcelona, Oviedo, Valladolid y Lérída.

El área de Telecomunicaciones está integrado por profesionales especialistas en distintas áreas jurídicas, entre las que se encuentran el Derecho Público/Sectores Regulados y las Nuevas Tecnologías. Gracias a la pertenencia a redes de despachos internacionales, Law Firm of the Americas y Ecomlex, LEGALIA ABOGADOS extiende sus servicios a sus clientes en el extranjero.

Resumen

Tras la aprobación, hace ya seis años, de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, se produjo un cambio radical en la regulación de las telecomunicaciones en España, un sector que, hasta entonces se encontraba expectante y necesitado de una revolución que permitiera la apertura del mercado. Hasta entonces, como es sabido, las telecomunicaciones eran un servicio público de titularidad estatal, asumiendo el Estado la prestación de los mismos, como una actividad propia y reservada para él, eligiendo como fórmula de prestación la gestión indirecta, concediéndole a un solo operador la explotación del servicio, bajo su tutela, supervisión y control.

Sumario

- I. LOS CASOS "ATARFE" Y "PUENTEAREAS"
- II. LA INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES
- III. WI-FI: LA TECNOLOGÍA ALTERNATIVA
- IV. RÉGIMEN DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS
- V. LA GRATUIDAD DE LOS SERVICIOS Y SU FINANCIACIÓN PÚBLICA
- VI. CONCLUSIÓN

Si bien la apertura del mercado de las telecomunicaciones necesitó de unos estadios intermedios de liberalización parcial de determinados servicios a través distintas normas, fue la Ley 11/1998 la que instauró realmente un régimen liberalizado, pasándose a considerar estos servicios como servicios de interés general prestados en régimen de libre competencia.

Ahora bien, como quiera que, y así se ha demostrado, la liberalización no es sinónimo de plena competencia, siguió existiendo una fuerte intervención pública, pues un mercado recién creado, dejado a su propio funcionamiento puede producir distorsiones y fallos, siendo necesario asegurar la prestación, o mejor dicho, el acceso a los servicios para todos los ciudadanos.

Una vez alcanzada la libre, que no plena, competencia en el sector surgida tras la liberalización y ruptura del antiguo monopolio, se hizo necesaria su consolidación y mantenimiento, así como la mejora y promoción de la competencia efectiva en el mercado. Así, el 7 de marzo de 2002 se aprobó por el Parlamento Europeo y el Consejo el denominado "Paquete Telecom", formado por una Directiva Marco y tres Directivas específicas (Autorización, Acceso y Servicio Universal) transpuestas al ordenamiento jurídico español a través de la vigente Ley 32/2003, de 4 de noviembre, General de Telecomunicaciones, que deroga a su predecesora, estableciendo un nuevo marco regulador de las telecomunicaciones mucho más simplificado y flexible que el anterior y, en definitiva, menos intervencionista.

Esta desregulación del mercado supone el abandono de un sistema de intervención regulatoria "ex ante" y la instauración de un sistema de intervención correctora o control "ex post" por parte de organismos reguladores, lo que implica que, en principio y en base a la presunción de que el mercado tras seis años de liberalización ya ha madurado, la Administración sólo habrá de intervenir cuando el mercado no sea capaz de satisfacer la demanda existente, así como para evitar situaciones de abuso de posición de dominio por parte del antiguo monopolista que impidan la apertura efectiva del mercado.

En este escenario, transcurrido casi un año desde la aprobación de la Ley 32/2003, y más seis desde la liberalización del mercado, nos encontramos con que las Administraciones Públicas y, en concreto, ayuntamientos, empresas públicas municipales y demás personificaciones instrumentales están comenzando a prestar servicios y explotar redes de telecomunicaciones, convirtiéndose así en los nuevos operadores del mercado.

Sin embargo, tras los recientes expedientes sancionadores iniciados por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones contra dos Ayuntamientos, se ha suscitado en nuestro país un amplio debate en relación a este fenómeno que será objeto de estudio y análisis en el presente artículo, intentando, de alguna manera, armonizar las diferentes posturas enfrentadas de todos los agentes políticos, sociales, económicos implicados, desde la óptica de la nueva regulación

sectorial aplicable en la materia, sin olvidar la situación actual del mercado en la que nos encontramos.

Así, en primer lugar expondremos los hechos que motivaron las denuncias presentadas ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones contra los Ayuntamientos de Atarfe y Puentearreas para, a continuación, explicar las vías de actuación o intervención de la Administración en el mercado de las telecomunicaciones. Así mismo, introducida una sucinta explicación de las redes inalámbricas con tecnología WI-FI empleadas por ambos Ayuntamientos para prestar los servicios a sus ciudadanos, procederemos al estudio del actual régimen de prestación de servicios de telecomunicaciones por parte de las Administraciones Públicas, analizando la viabilidad jurídica de su gratuidad o ausencia de ánimo de lucro y de su posible financiación pública, así como sus consecuencias desde el punto de vista de la competencia.

I. Los casos "Atarfe" y "Puentearreas".

El pasado 15 de abril de 2004 la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT) incoó un expediente sancionador contra la empresa municipal Proyecto Atarfe, S.A., como presunta responsable de una infracción administrativa muy grave consistente en la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas incumpliendo los requisitos exigibles para realizar tales actividades, recogidos en la Ley 32/2003, de 4 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel).

De la misma manera y en similares términos que en dicha resolución, con fecha 29 de abril, la CMT inició otro procedimiento sancionador, esta vez contra el Ayuntamiento de Puentearreas (Pontevedra), y de nuevo, por un presunto incumplimiento de los requisitos exigidos en la LGTel para la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.

Proyecto Atarfe, S.A. es una empresa pública constituida por el Ayuntamiento de la localidad granadina de Atarfe como único accionista de la misma, con la finalidad de instalar y explotar una red pública y prestar determinados servicios de comunicaciones electrónicas. En concreto, el Ayuntamiento de Atarfe, a través de su personificación instrumental Proyecto Atarfe, S.A., instaló e inició la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas que utiliza el dominio público radioeléctrico en su modalidad de uso común a través de tecnologías WIFI 802.11b en la banda 2.4 GHz, conocida como red inalámbrica con tecnología WIFI, y, a través de la misma, inició la prestación del servicio de acceso a Internet de banda ancha para todos los habitantes del municipio.

Sin embargo, esta iniciativa del Ayuntamiento de Atarfe como respuesta a la necesidad de sus ciudadanos de tener acceso a Internet en unas condiciones de calidad, velocidad y ancho de banda que no pueden ser atendidas por los operadores privados de teleco-

municaciones por razones de "rentabilidad" y "retorno de la inversión", fue denunciada ante la CMT por un operador de telecomunicaciones y por la Asociación Nacional de Operadores de Telecomunicaciones y Servicios de Internet, por no cumplir con los requisitos establecidos en la LGTel.

En efecto, la LGTel, en su artículo 6.2, establece que "los interesados en la explotación de una determinada red o en la explotación de un determinado servicio de comunicaciones electrónicas deberán, con anterioridad al inicio de la actividad, notificarlo fehacientemente a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en los términos que se determinen mediante Real Decreto, sometiéndose a las condiciones previstas para el ejercicio de la actividad que pretendan realizar".

Así las cosas, nos encontramos ante una situación en la que el Ayuntamiento de Atarfe implantó una red de comunicaciones electrónicas con tecnología WIFI con cobertura en todo el municipio y cuya finalidad es la de ofrecer acceso en banda ancha a la red Internet a los hogares de la citada localidad, antes de efectuar la notificación fehaciente a la CMT a la que se refiere el artículo 6.2 de la LGTel.

En tales circunstancias, los actos realizados por Proyecto Atarfe, S.A. y denunciados ante la CMT, pueden considerarse como actividades comprendidas en la conducta tipificada como infracción calificada como muy grave en el artículo 53.t) de la LGTel ("explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas sin cumplir los requisitos exigibles para realizar tales actividades establecidos en esta ley y su normativa de desarrollo"), y susceptible de ser sancionada con una multa por importe no inferior al tanto, ni superior al quíntuplo, del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción.

Así mismo, en caso de que no resulte posible aplicar este criterio, el límite máximo de la sanción será de dos millones de euros, además de una posible inhabilitación hasta de cinco años para la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.

A todo lo anterior, esto es, al incumplimiento de la normativa vigente por parte del Ayuntamiento de Atarfe, debe añadirse como elemento característico del servicio prestado por el mismo, su gratuidad. En efecto, el Ayuntamiento de Atarfe está prestando el servicio de acceso a Internet a través de una red inalámbrica con tecnología WIFI de forma totalmente gratuita, pudiendo producir, a priori, distorsiones a la libre competencia en el servicio de acceso a Internet y en la explotación de redes públicas de telecomunicaciones.

En el caso de la denuncia contra el Ayuntamiento de Puenteareas, se reproducen los mismos hechos denunciados que en el caso de Atarfe y en los mismos términos: incumplimiento de la normativa vigente en la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas (ausencia de notificación previa a la CMT), ofreciendo los mismos de forma totalmente gratuita.

II. La intervención de la Administración en el mercado de las telecomunicaciones

Una vez expuestos los hechos objeto de denuncia contra ambos Ayuntamientos, procede ahora analizar los mismos, la posición adoptada por la CMT en sus resoluciones y, por ende, la situación actual en la que se encuentra el escenario de la prestación de servicios y el establecimiento y explotación de redes de telecomunicaciones por parte de las Administraciones Públicas.

Con carácter previo a cualquier otro análisis, hay que destacar, una vez más, como particularidad del mercado de las telecomunicaciones frente a otros mercados tradicionalmente no sujetos a intervención administrativa, el gran cambio que ha supuesto pasar de una consideración de los servicios de telecomunicaciones como servicios públicos a su caracterización como servicios de interés general que pueden ser prestados con mayor eficacia en régimen de libre competencia y, por tanto, de mercado.

En este sentido, el concepto de servicio público utilizado en Derecho Administrativo para fundamentar la intervención del Estado en la economía ha cambiado notablemente, más aún cuando determinados servicios, como las telecomunicaciones, se han despublicado o "privatizado" y se han convertido en servicios de interés general, de la mano de la liberalización del sector.

Ahora bien, al regular un servicio como de interés general deben tenerse en cuenta cuestiones tan esenciales como la necesidad de garantizar el derecho de los ciudadanos al acceso y elección de diferentes ofertas, garantizando, al propio tiempo, el interés público, concretado en el interés de los ciudadanos de acceder a estos servicios, dada la función esencial que cumplen para la sociedad.

En definitiva, resulta necesario garantizar unas necesidades mínimas, más allá de la libre competencia, tales como la seguridad, la cohesión territorial y social y, en todo caso, su prestación en condiciones satisfactorias de eficacia y calidad. Por ello, en muchos casos, como se verá más adelante, sigue siendo imprescindible la intervención de la Administración en el mercado o, al menos, la cooperación con los operadores privados en aras a garantizar la prestación de estos servicios y su alcance universal.

La LGTel, al igual que hacía la legislación anterior, contempla la necesidad de garantizar la existencia de servicios de telecomunicaciones electrónicas disponibles al público, de adecuada calidad en todo el territorio nacional a través de una competencia y una libertad de elección reales, y tratar (sic) las circunstancias en que las necesidades de los usuarios finales no se vean atendidas de manera satisfactoria por el mercado (artículo 20 LGTel).

De ahí que el delicado equilibrio entre el juego del mercado y la intervención de la Administración para

satisfacer necesidades que se consideran de interés público y que no pueden ser atendidas por el mercado se concreta en el sector de las telecomunicaciones, conforme a la LGTel, en los siguientes cauces o maneras:

1. Como un operador más de telecomunicaciones. En efecto, la misma Administración, directamente o a través de sociedades en cuyo capital participe mayoritariamente, podrá explotar redes y prestar servicios de telecomunicaciones, pero deberá sujetar sus operaciones a determinadas condiciones y limitaciones con el fin de no distorsionar la competencia (artículo 8.4 LGTel) y que se expondrán más adelante.

2. Como Administración mediante el ejercicio de sus potestades públicas. A tal efecto, el sistema específico que articula la LGTel para regular la intervención de la Administración en esta área consiste en la posibilidad de imponer determinadas condiciones a los operadores de telecomunicaciones.

Es decir, para regular esta intervención de la Administración Pública como garante de las necesidades de los usuarios allí donde no alcanza el libre mercado, la LGTel contempla una serie de obligaciones de servicio público que pueden ser impuestas a los operadores. Entre estas obligaciones, la Ley distingue dos tipos: la categoría de "obligaciones de servicio universal" y la de "obligaciones de servicio público impuestas por razones de interés general".

En este sentido, resulta esclarecedora, la resolución de la CMT de 5 de junio de 2003, en relación con una consulta sobre el título necesario para el establecimiento y explotación de una red de telecomunicaciones inalámbrica para posibilitar la cobertura de acceso a Internet de alta velocidad, en la que ya hacía referencia a esta vía para los casos en que el mercado no pudiera satisfacer las necesidades, aunque refiriéndose a preceptos de la Ley 11/1998 (en concreto el artículo 40.2, actualmente artículo 25.2 de la nueva LGTel): "En aplicación de lo establecido en el artículo 40 de la LGTel (artículo 25 de la nueva LGTel) y, ante circunstancias en las que determinados colectivos de usuarios se encuentren insuficientemente atendidos, se puede acudir a la vía de incluir la explotación de este tipo de redes dentro de la categoría de servicios obligatorios de telecomunicaciones, si se producen las circunstancias previstas en el citado precepto.

En efecto, el artículo 40 de la LGTel establece que el Gobierno, previo informe de esta Comisión, podrá, reglamentariamente, incluir determinados servicios de los previstos en el apartado 2 del mismo artículo en la categoría de servicios obligatorios de telecomunicaciones".

En concreto, el establecimiento y explotación de la red y la prestación de los servicios por parte de los Ayuntamientos de Atarfe y Puenteareas podrían quedar encuadrados dentro de los servicios previstos en el punto c) del artículo 25.2 LGTel, esto es, servicios que faciliten la "comunicación entre determinados colectivos que se encuentren en circunstancias especiales y estén insuficientemente atendidos con la finalidad de garantizar la suficiencia de la

oferta". Ahora bien, esta no deja de ser una decisión que debe tomar el Gobierno, atendidas las circunstancias de cada caso y previo informe de la CMT, pues las telecomunicaciones y su regulación es un ámbito de competencia exclusivamente del Estado (artículo 149.1.21 CE), quedando relegadas las Administraciones Autonómica y Local, en este sentido, a un papel de meros espectadores, a merced de lo que el Gobierno decida.

Por último, la actuación de la Administración, cualquiera que sea la forma que adopte (incluida la actividad dispensadora de ayudas públicas) deberá dirigirse al cumplimiento de los objetivos establecidos en la LGTel y respetar y hacer respetar los principios en ella recogidos, entre los que se encuentran los siguientes (art. 3 LGT):

§ Fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones.

§ Garantizar el cumplimiento de las obligaciones de servicio público.

§ Promover el desarrollo del sector de las telecomunicaciones, así como la utilización de nuevos servicios y el despliegue de redes, y el acceso a éstos en condiciones de igualdad, e impulsar la cohesión territorial, económica y social.

§ Fomentar la neutralidad tecnológica en la regulación.

§ Promover el desarrollo de la industria de productos y servicios de telecomunicaciones.

En conclusión, el régimen jurídico de las telecomunicaciones configura un marco de intervención de las Administraciones Públicas que limita la actuación de éstas a los casos en que no se estén prestando los servicios en régimen de libre competencia e, incluso en este caso, que no afecte a la posibilidad de que esto pueda suceder a corto, medio o largo plazo.

III. WI-FI: La Tecnología alternativa

Volviendo a los casos de Atarfe y Puenteareas, nos encontramos ante una situación en que la Administración Local adopta un papel activo ante la necesidad imperante de sus ciudadanos que, por el hecho de residir en zonas geográficas rurales más desfavorecidas y que no presentan atractivo económico de inversión para los operadores en el despliegue de tecnologías de acceso de banda ancha (ADSL, cable,...) y debido a la insuficiencia del modelo de servicio universal actualmente existente (el acceso a Internet mediante tecnología ADSL o de banda ancha no se considera servicio comprendido dentro de la categoría de servicio universal), se ven privados de este tipo de acceso a Internet, que bien podríamos afirmar que es el único, verdadero y real.

Este papel activo de la Administración se traduce en el establecimiento y explotación, por ella misma, de una red inalámbrica con tecnología WI-FI como una alternativa que permita dar acceso de banda ancha a dos municipios que quedan fuera de la cobertura de las tecnologías de acceso a banda ancha más

extendidas y en la prestación del servicio de acceso a Internet a través de dicha red inalámbrica, también por ella misma.

Así, la Tecnología Wi-Fi, supone una notable simplificación en los aspectos de desarrollo y despliegue de infraestructuras de red que la hace especialmente útil en las áreas rurales pues permite conectar puntos dispersos con unos costes económicos asequibles y un tiempo reducido de implantación.

Todo ello, unido a que esta tecnología opera en una banda de frecuencias del espectro radioeléctrico considerada de "uso común" y que, por tanto, no requiere la obtención de título habilitante alguno, ha favorecido la proliferación de agentes, entre los que destacan, cada vez más, los Ayuntamientos.

Generalmente la prestación surge, como en los casos de Atarfe y Puenteareas, asociada a proyectos de desarrollo local y se oferta como una forma de servicio público municipal como sustitutivo de una oferta comercial que no llega a determinados puntos geográficos.

De conformidad con la normativa vigente, no cabe duda de que tanto Proyecto Atarfe como el Ayuntamiento de Puenteareas se han erigido en operadores de telecomunicaciones tal y como los define la LGTel en su Anexo de definiciones: "Toda persona física o jurídica que explota redes públicas de comunicaciones electrónicas o presta servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público..."

En el mismo Anexo la LGTel también define el concepto de red pública de comunicaciones, no desde el punto de vista de la titularidad de la red, sino de la naturaleza de los servicios que se van a prestar sobre ella. Conforme a dicha norma, una red pública de comunicaciones electrónicas es aquella que se utiliza como soporte para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público.

Por lo tanto, en el caso de Atarfe y Puenteareas resulta obvio que, aunque las redes sean explotadas por ayuntamientos y los servicios (acceso a Internet) también sean prestados por éstos (directa o indirectamente), la actividad no se realiza en régimen de autoprestación y ello con independencia de que haya o no contraprestación económica por parte de los usuarios (cuestión ésta sobre cuya conformidad con la regulación analizaremos más adelante).

Por todo ello, las redes inalámbricas de tecnología WIFI son redes públicas de comunicaciones electrónicas que sirven de base para la prestación de un servicio al público en general como es el acceso a Internet de banda ancha para todos los ciudadanos del municipio.

Sin embargo, también debe afirmarse que ambas entidades públicas se han convertido en operadores de telecomunicaciones "de hecho", no "de derecho", pues en ningún caso notificaron a la CMT el inicio de su actividad, incumpliendo así la normativa vigente que establece los requisitos exigibles para la explotación de las redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.

IV. Régimen de prestación de servicios de telecomunicaciones por las Administraciones Públicas

Llegados a este punto, se establecerán a continuación los cauces que debe seguir la Administración en cuanto a la provisión e incluso financiación de servicios de telecomunicaciones, de conformidad con el nuevo régimen de acceso al mercado establecido en la LGTel, de tal manera que puedan operar en el mercado como un agente económico más, sin prevalerse de su especial condición de Administración Pública.

La prestación de un servicio de telecomunicación es una actividad de interés general liberalizada, no un servicio de titularidad pública. Por lo tanto la cuestión que debemos plantearnos es hasta qué punto una corporación municipal, o cualquier otra Administración Pública, directamente o a través de un tercero, puede intervenir en el mercado de las telecomunicaciones como un agente económico más, compitiendo con el resto de operadores en la actividad de provisión al público de servicios de acceso a Internet y estableciendo y explotando redes de telecomunicaciones.

Dado el régimen establecido por la LGTel, de prestación de servicios y explotación de redes en libre competencia, el régimen legal no podía dejar de regular la posición de las Administraciones ante la realización de esas actividades, directamente por ellas o a través de sociedades en cuyo capital participen mayoritariamente. Y, efectivamente, el apartado 4 del artículo 8 de la LGTel se ocupa de esta cuestión, al igual que lo hizo la anterior LGTel, en términos totalmente coherentes, evitando que esas Administraciones Públicas gocen de cualquier ventaja o privilegio frente a los operadores privados, sometiendo su actuación a las cautelas necesarias para no distorsionar la competencia.

Como es obvio, la necesidad de garantizar el funcionamiento correcto y sin distorsiones de la competencia obliga a sujetar esa actuación de las Administraciones Públicas al régimen jurídico general. Por ello, en primer lugar, y con anterioridad al inicio de la actividad, deberán notificarle fehacientemente a la CMT su intención de explotar una determinada red o prestar un determinado servicio de comunicaciones electrónicas, salvo que lo fueran a hacer en régimen de autoprestación, de conformidad con el artículo 6.2 LGTel.

La necesidad de garantizar la no distorsión de la libre competencia impone que, también en el caso de las Administraciones Públicas, el control pertenezca a una entidad independiente e imparcial, como es la CMT, que podrá imponerles las condiciones especiales que garanticen esa libre competencia. La misma necesidad justifica, aparte de la aplicación de los principios generales exigidos por Ley a todos los operadores de neutralidad, transparencia y no discriminación que, en materia contable, el régimen de las Administraciones Públicas sea más estricto que el

general, pues la prestación de los servicios o la explotación de las redes la deberán realizar con la debida separación de cuentas, para las distintas actividades que realice. La razón: El dominio económico y el inherente a las Administraciones Públicas, por su propia naturaleza y posición privilegiada. En definitiva, la separación contable implica, por supuesto, una mayor transparencia y, además, permite una intervención expost de la CMT más fácil por el acceso a la información que necesite para dilucidar posibles distorsiones de la competencia.

A modo de ejemplo, entre las condiciones que, a través de sus resoluciones, la CMT ha impuesto a las Administraciones Públicas para garantizar que esta intervención pública no distorsione la libre competencia, cabe destacar las siguientes:

§ Formar y presentar anualmente a la CMT cuentas separadas auditadas referidas a las actividades que realicen.

§ Explotar las redes y prestar sus servicios con arreglo a los principios de neutralidad, transparencia y no discriminación.

§ No prevalerse de su condición de Administración Pública para imponer u obtener condiciones comerciales que resulten discriminatorias en los contratos que suscriba con clientes y proveedores y, en particular, en los acuerdos de compartición de infraestructuras y de colaboración en el desarrollo conjunto de las redes, estableciendo, igualmente, condiciones y requisitos transparentes y no discriminatorios para la ocupación de dominio público por los distintos operadores de redes públicas.

§ Las cláusulas de los contratos que tuviera concluidos con diversas compañías y organismos de la Administración Pública que contuvieran cláusulas discriminatorias se considerarán no compatibles con la libre competencia en el mercado.

§ Posibilidad de solicitar informe de experto independiente que refleje los activos y pasivos segregados de la actividad de telecomunicaciones del titular de la licencia y, en su caso, la comparecencia de la persona que haya auditado las cuentas con el fin de que realice las oportunas aclaraciones y aporte información complementaria sobre sus estados financieros y separaciones de cuentas por actividades y servicios.

§ Llevar contabilidad separada de la actividad objeto de prestación, poniendo de manifiesto los ingresos netos de explotación, los precios de las operaciones con otros servicios o actividades de la entidad, el estado de resultados, y los activos afectados a la prestación del servicio considerado.

V. La gratuidad de los servicios y su financiación pública

Atendiendo a las anteriores condiciones, resulta necesario abordar, aunque sea sucintamente, un fenómeno cada vez más en auge, y que podría distorsionar la libre competencia, como es el de la gratuidad de los servicios prestados por Administraciones Públicas, así como su posible financiación pública.

En primer lugar, no cabe duda que con la liberalización del sector de las telecomunicaciones se estableció un régimen de actividad económica que no sería tal si los operadores no pudieran esperar el lógico retorno de sus inversiones, esto es, percibir contraprestaciones económicas por las actividades que prestan a los usuarios.

En este escenario, la libertad en la fijación de precios por los operadores se convierte en el principio general establecido por el ordenamiento jurídico, salvo en el caso de determinados servicios y operadores (antiguos monopolistas). Ahora bien, este principio deberá ser aplicado respetando siempre las reglas de la libre competencia, de tal manera que el ejercicio del derecho a establecer libremente los precios por los operadores no pueda distorsionar la libre competencia.

La propia Directiva Marco 2002/21/CE define el servicio de comunicaciones electrónicas como "el prestado por lo general a cambio de una remuneración". Así la Directiva entiende que la regla general es que la actividad sea remunerada pero también deja abierta la posibilidad de que la actividad se salga de la norma general y se preste sin remuneración económica.

Por lo tanto, se puede afirmar, y así lo ha establecido la propia CMT en su resolución de 27 de mayo de 2004, que "el régimen establecido en la LGTel y su normativa de desarrollo en cuanto a la remuneración por la prestación de servicios y la explotación de redes de telecomunicaciones es que estas actividades se prestan, por regla general, a cambio de la correspondiente remuneración económica por parte de los usuarios aunque, en principio no está prohibida la prestación gratuita siempre que ello se haga de forma excepcional y no implique distorsiones de la libre competencia, en cuyo caso, será necesaria la intervención a posteriori del órgano competente".

Finalmente, la CMT concluye que, como regla general "la gratuidad de un servicio de telecomunicaciones puede constituir, en cualquier caso, una conducta prohibida por los principios que rigen las normas de defensa de la competencia y ello por la posibilidad de constituir una práctica desleal o exclusionista. No obstante, teniendo en cuenta que la citada regla admite excepciones, la cuestión deberá ser estudiada caso por caso, en función de las características del servicio y de la posición en el mercado que ocupa para el Ayuntamiento en cuanto a su condición de operador en el sector de las telecomunicaciones y la existencia de otros operadores del mismo servicio, u otro que lo pueda sustituir, interesados a concurrir en el mismo ámbito territorial".

Ahora bien, en muchas ocasiones la gratuidad de los servicios debe ser calificada, cuanto menos, como relativa o encubierta. Es decir, que un servicio sea prestado de forma gratuita a los usuarios no quiere decir que el operador no obtenga una contraprestación económica por el citado servicio sino que la contraprestación económica es obtenida por el operador de forma indirecta. En efecto, lo normal en estos casos es que el usuario pague por el uso de la red que da acceso al servicio y no por el servicio propiamente

dicho. Pues bien, en estos casos, la CMT es más benévola, admitiendo que este tipo de prácticas no tienen necesariamente que vulnerar la libre competencia.

Cuestión distinta, aunque directamente relacionada con la gratuidad de los servicios, es la financiación pública de los mismos, ya sea con cargo a fondos públicos municipales o, incluso, mediante el establecimiento de tasas municipales "ad hoc".

En cuanto a la financiación mediante el establecimiento de una tasa municipal "ad hoc", como ya hemos visto, tanto el establecimiento y explotación de una red, como la prestación de servicios de telecomunicaciones, son actividades liberalizadas que se prestan en régimen de libre competencia y no pueden ser consideradas como un servicio público.

En este sentido, y en el ámbito de la Administración Local, de conformidad con lo establecido en el artículo 58 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, las tasas podrán establecerse y exigirse por los Ayuntamientos a cambio de "la prestación de servicios o la realización de actividades de su competencia y por la utilización privativa o el aprovechamiento especial de los bienes del dominio público municipal".

Como quiera que la actividad que nos ocupa no tiene la naturaleza de servicio público ni se encuentra entre las enumeradas como de competencia municipal en el artículo 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, no siendo, por tanto, susceptibles de financiarse mediante el establecimiento de una tasa municipal "ad hoc", ni con cargo a fondos públicos municipales, neutralizando pérdidas con transferencias a estos fondos. Ello podría suponer una clara ventaja competitiva respecto de sus posibles competidores en el mercado y una barrera de entrada para éstos en el mismo mercado ya que no podrían replicar la actividad al no poder obtener, ni siquiera, el retorno de la inversión que deben realizar.

Por lo tanto, la financiación de la red deberá, en todo caso, realizarse por medio de los rendimientos de la explotación de la misma en un régimen de libre competencia.

VI. Conclusión

En conclusión, la desregulación y reestructuración actual del mercado como condiciones necesarias para la consolidación de la libre competencia en el sector, devienen en muchos casos insuficientes para garantizar la existencia de una competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones, y una oferta de servicios en igualdad de condiciones para todos los usuarios, con independencia de su localización geográfica, como hemos visto.

La liberalización del sector de las telecomunicaciones es una realidad en el ámbito jurídico. Sin embargo, todavía existen barreras que obstaculizan la competencia efectiva entre operadores, entendiendo por ésta, aquella situación del mercado caracterizada por un número suficiente de empresas, razonablemente comparables por su dimensión y que la entrada de nuevas empresas en el mercado sea relati-

vamente fácil, sin barreras, de modo que la presión competitiva entre operadores sea suficiente.

En este escenario, la intervención del sector público sólo puede ser admitida en presencia de los denominados "fallos de mercado"; es decir, se trata de una intervención necesaria porque existe un servicio que se considera de interés general y que el mercado por sí mismo no tiene un interés en cubrir o porque el entorno económico no es competitivo.

Ahora bien, en estos casos, es decir, en el establecimiento o explotación de redes y prestación de servicios de telecomunicaciones por parte de las Administraciones Públicas resulta necesario estudiar los posibles efectos distorsionadores sobre la competencia en términos de existencia de otras alternativas "privadas" y del modo de tarificación del servicio, en el caso de que se pretenda prestarlo sin contraprestación económica alguna.

En definitiva, cuando las Administraciones Públicas, adopten un papel activo en la financiación de infraestructuras de acceso o en la prestación directa de servicios, deberán hacerlo como un agente económico más, compitiendo con el resto de operadores, siempre desde el respeto de la legalidad vigente, de las reglas de la competencia y con transparencia de actuación y cooperación con el sector privado.

Por todo ello, tal y como se ha expuesto, la sustitución de la noción de servicio público por la de servicio de interés general y la consiguiente liberalización del mercado, no supone, "per se", la exclusión de la intervención pública en la economía, siendo ésta, en muchos casos, necesaria y perfectamente compatible con la libre competencia.

Como reflexión final, y atendiendo al modelo económico establecido por nuestra Constitución en su artículo 38, cabe preguntarse sobre el papel que deben asumir los poderes públicos en una economía de mercado en cuyo marco se reconoce expresamente la libertad de empresa y, sobre todo, sobre la "convivencia" de la iniciativa económica pública y la iniciativa privada en la economía. De lo que no cabe duda es de la compatibilidad entre ambos sectores económicos en aras de la defensa del interés general, aunque con el respeto, dada la preeminente posición del sector público, de los principios de competencia y libre concurrencia.

Próxima entrega: Cómo afrontar una crisis por PwC