

Cuadernos CMT
Cuadernos CMT
CMT Cuadernos CMT

La actividad de las AAPP en el sector de las telecomunicaciones

Catálogo de buenas prácticas

EDITA: Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones
Alcalá, 37. 28014 Madrid. www.cmt.es

Depósito Legal: M-940-2005

FOTOMECÁNICA E IMPRESIÓN: **Artegraf, S.A.**
Sebastián Gómez, 5. 28026 Madrid
Tel. 91 475 42 12

ÍNDICE

1	INTRODUCCIÓN	9
2	FUNDAMENTOS DE LA INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN EN MATERIA DE TELECOMUNICACIONES	15
3	LA INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO GARANTE DE LA SATISFACCIÓN DE NECESIDADES DE INTERÉS GENERAL (ACTO DE AUTORIDAD)	21
	3.1 NORMATIVA ESPECÍFICA SOBRE INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN (CUANDO NO ACTÚA COMO OPERADOR)	23
	3.1.1 Servicio universal	25
	3.1.2 Otras obligaciones de servicio público	26
	3.2 NORMATIVA GENERAL SOBRE SUBVENCIONES	29
	3.3 RÉGIMEN NACIONAL Y COMUNITARIO DE COMPETENCIA Y AYUDAS PÚBLICAS	30
4	LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES POR LA PROPIA ADMINISTRACIÓN. LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS COMO OPERADORES ECONÓMICOS QUE EXPLOTAN REDES Y PRESTAN SERVICIOS PÚBLICOS DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS	35
	4.1 RÉGIMEN JURÍDICO GENERAL APLICABLE	39
	4.2 CONDICIONES PREVISTAS EN LA PROPIA LEY	44
	4.3 CONDICIONES ESPECIALES PARA GARANTIZAR LA NO DISTORSIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA EN LOS MERCADOS DE REDES Y SERVICIOS DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS. ESPECIAL REFERENCIA A LA PROBLEMÁTICA DE LOS PRECIOS	47
	4.4 LEGISLACIÓN SOBRE SUBVENCIONES Y AYUDAS PÚBLICAS	50
5	RECOMENDACIONES	53



CATÁLOGO DE BUENAS PRÁCTICAS QUE DEBEN OBSERVAR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y LAS ENTIDADES PARTICIPADAS MAYORITARIAMENTE POR ELLAS CUANDO INTERVENGAN EN LOS MERCADOS DE TELECOMUNICACIONES

Desde fechas recientes, las Administraciones Públicas, en particular las entidades locales y autonómicas, están contribuyendo a desarrollar redes y servicios de telecomunicaciones en sus respectivos territorios, mediante iniciativas que afectan especialmente a la conectividad de banda ancha. Esta progresiva inquietud de las administraciones territoriales por dotar a sus ciudadanos de accesos a los servicios de la sociedad de la información y evitar los efectos negativos de la denominada “brecha tecnológica”, se traduce en la creación de redes destinadas al uso tanto interno de las propias administraciones, como de los ciudadanos.

En los casos donde no existe competencia real o potencial, normalmente la Administración opta por la constitución de empresas públicas para la explotación de estas redes, aunque también puede optar por incentivar a los operadores privados para que las desarrollen. También puede suceder que las redes desplegadas por las Administraciones Públicas compitan directamente con otras establecidas, incluso con anterioridad, por operadores privados.

Una y otra forma de intervención en el sector de las telecomunicaciones habrán de ser compatibles con la normativa que regula las telecomunicaciones como servicios prestados en libre competencia, así como con el marco constitucional y comunitario de la intervención pública en la economía.

Del estudio realizado se han podido extraer las recomendaciones cuya integridad se incluye en el capítulo 5 que, aun sin ser exhaustivas, se estima podrán ser de utilidad para las administraciones públicas.

A modo de resumen introductorio, tales recomendaciones señalan:

1.- Toda intervención de la Administración Pública en el sector de las telecomunicaciones, incluidas las decisiones empresariales públicas, debe venir justificada desde la perspectiva del interés público.

2.- Está justificada la intervención de la Administración cuando la demanda esté insuficientemente atendida por el sector privado (exista un fallo de mercado).

3.- La imposición de obligaciones de servicio público en telecomunicaciones supone la definición por el Gobierno de una obligación de servicio público financiada con cargo a presupuestos públicos, en el marco de una organización unitaria para el territorio español de las necesidades a atender.

4.- La iniciativa pública en la prestación de servicios o la explotación de redes públicas de comunicaciones electrónicas no debe limitar el derecho a la libertad de empresa de los operadores privados ni incumplir las reglas que rigen la economía de libre mercado, excepto en la medida necesaria para cumplir con el objetivo de interés general perseguido y guardando el principio de idoneidad y proporcionalidad.

5.- Las Administraciones Públicas, aun cuando actúen en el mercado de las telecomunicaciones sujetas a la misma normativa sectorial que el resto de operadores privados, deberán cumplir con las normas que regulan la actividad financiera correspondiente a su naturaleza pública, con especial mención a la previsión del gasto público y su control y la Ley General de Subvenciones en lo que les sea de aplicación.

6.- Las Administraciones Públicas que actúen como operadores en el mercado deberán presentar ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con carácter previo al inicio de la actividad, la notificación fehaciente a que se refiere el artículo 6.2 de la Ley General de Telecomunicaciones (LGT).

7.- Las Administraciones Públicas deben llevar cuentas separadas con respecto a sus actividades como operadores de telecomunicaciones.

8.- Las Administraciones Públicas deben atenerse a los principios de neutralidad, transparencia y no discriminación.

9.- Los operadores públicos no deben realizar sus actividades de telecomunicaciones de forma que establezcan barreras de entrada a los operadores privados ni provoquen la salida del mercado de éstos por la imposibilidad de competir en igualdad de condiciones.

10.- Las Administraciones Públicas, constituidas como operadores de servicios o redes públicas de comunicaciones electrónicas que prestan servicios en un entorno de competencia, deben aspirar a obtener un rendimiento normal; es decir, el que todo inversor privado en una economía de mercado trataría de obtener de su inversión de capital.

11.- Las Administraciones Públicas deberán formar sus ofertas de precios a los usuarios de servicios o redes públicas de comunicaciones electrónicas de conformidad con las reglas que rigen los mercados en competencia.

12.- Cuando se trate de servicios prestados en libre competencia, la financiación de la actividad deberá, en todo caso, realizarse por medio de los rendimientos de la explotación de la misma, no pudiendo neutralizarse pérdidas con transferencias de fondos públicos.

13.- La financiación de los servicios considerados de interés económico general (también fuera del ámbito de las telecomunicaciones) por parte de las Administraciones Públicas es legítima si con ella no se está concediendo ventaja alguna a una empresa que compite con otras empresas.

14.- Las subvenciones públicas que tengan por objeto permitir la explotación de servicios de interés general serán legítimas si pueden considerarse una compensación que constituye la contrapartida de las prestaciones realizadas por las empresas beneficiarias para el cumplimiento de obligaciones de servicio público.

15.- La imposición de obligaciones de servicio público a una empresa participada mayoritariamente por la Administración Pública y la financiación de las mismas deberán realizarse de acuerdo con los mismos principios de transparencia, publicidad y concurrencia, a fin de asegurar que no se produzcan discriminaciones entre operadores que sean contrarias a la libre competencia.

1

INTRODUCCIÓN







INTRODUCCIÓN

El presente Informe tiene por objeto analizar las posibilidades de intervención de las Administraciones Públicas en el sector de las telecomunicaciones y, más concretamente, en materia de explotación de redes públicas y prestación de servicios públicos de comunicaciones electrónicas. Su finalidad principal es ofrecer algunas directrices para asegurar que esta intervención resulte conforme con la legislación sectorial y no provoque distorsiones en el mercado.

Desde fechas recientes, las Administraciones Públicas, en particular las entidades locales y autonómicas, están contribuyendo a desarrollar redes y servicios de telecomunicaciones en sus respectivos territorios, mediante iniciativas que afectan especialmente a la conectividad de banda ancha. Esta progresiva inquietud de las Administraciones territoriales por dotar a sus ciudadanos de accesos a los servicios de la sociedad de la información y evitar los efectos negativos de la denominada “brecha tecnológica”, se traduce en la creación de redes destinadas al uso tanto interno de las propias administraciones, como de los ciudadanos.

Lo anterior se materializa en el desarrollo de iniciativas de conectividad para colegios, bibliotecas y otros centros colectivos, o en medidas dirigidas a estimular la economía local, incluida la provisión de servicios públicos de comunicaciones electrónicas a precios “asequibles”. Este tipo de intervención pública puede utilizar infraestructuras ya existentes y/o desarrollarlas.

El fenómeno se ha acelerado con la irrupción en el mercado de tecnologías como wi fi, capaces de sustituir en cierta medida a las tradicionales (cable, ADSL, LMDS...) de forma rápida, económica y con calidades y prestaciones equiparables a las ofrecidas por los operadores establecidos. De ahí que se haya producido una proliferación de redes de acceso wi fi, que se despliegan, por regla general, en territorios donde los operadores privados no se han implantado, entre otros motivos por tratarse de lugares donde los estudios de mercado no aconsejan la realización de las inversiones necesarias.

En los casos donde no existe competencia real o potencial, normalmente la Administración opta por la constitución de empresas públicas¹ para la explotación de

¹ A título de ejemplo pueden citarse las numerosas empresas públicas que aprovechan determinadas infraestructuras de titularidad pública para facilitar a los operadores privados la implantación de redes o la prestación de servicios (ferrocarriles, metro), o las entidades públicas dedicadas a proporcionar, o a favorecer, la extensión de redes de comunicaciones para dar cobertura a medios de comunicación social (Catalana de Telecomunicaciones, Societat Operadora de Xarxes, S.A), o algunas Administraciones Públicas territoriales de ámbito local que estaban habilitadas para prestar servicios de transmisión de datos de acceso a Internet a través de redes públicas de otros

estas redes, aunque también puede optar por incentivar a los operadores privados para que las desarrollen.²

En este contexto, la iniciativa pública se inspira en la consecución de un fin que se identifica, en mayor o menor medida, con el ofrecimiento de una efectiva igualdad de oportunidades para acceder a los servicios de la sociedad de la información a todos los ciudadanos, independientemente de su lugar de residencia.

Frente a estas situaciones, también aparecen casos en los que las redes desplegadas por las Administraciones Públicas compiten directamente con otras establecidas, incluso con anterioridad, por operadores privados sin que su intervención sea lo decisiva que se presume para asegurar la referida igualdad de oportunidades, sino que se dirige más bien a coadyuvar a la consecución de pluralidad de ofertas allí donde no exista o sea escasa. Asimismo, es posible que la Administración territorial intente atraer a su área de influencia a empresas que explotan redes y prestan servicios de telecomunicaciones, facilitando su localización de distintas maneras, incluida la financiación pública.

En todos los casos, es preciso asegurar que esta intervención, en principio destinada a favorecer a los ciudadanos, resulte compatible con el marco regulador sectorial de las telecomunicaciones.

De ahí que resulte útil analizar de qué forma deberían comportarse las Administraciones Públicas cuando actúan en el mercado de las telecomunicaciones, al objeto de evitar posibles distorsiones a la libre competencia e impedir que su concurrencia pueda afectar de forma negativa al desarrollo del sector y la consecución de los objetivos a que se refiere el artículo 3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGT) entre los que se encuentran:

- a) Fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones;
- b) Garantizar el cumplimiento de las obligaciones de servicio público;
- c) 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;

operadores habilitados. Desde el principio, estas entidades públicas eran conscientes, que operaban como empresas de telecomunicaciones en el sector privado, incluso se constituían expresamente para ello y, por tanto, habían obtenido previamente el correspondiente título habilitante de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que, a su vez, les había impuesto las correspondientes condiciones particulares para la salvaguarda de la libre competencia.

² Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de 26 de febrero de 2004, relativa a la consulta planteada por la Secretaría de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información de la Generalidad de Cataluña sobre la posibilidad de alcanzar un acuerdo con el titular de las infraestructuras de telecomunicaciones para extender el acceso a Internet en determinadas localidades mediante financiación pública.

d) Fomentar la neutralidad tecnológica en la regulación.

Para todo ello, se analizarán el marco constitucional de la intervención pública en la economía, la legislación sectorial de telecomunicaciones, la legislación española de subvenciones y competencia, y la normativa europea sobre ayudas de estado y servicios de interés económico general, con la intención de elaborar un catálogo de recomendaciones básicas en relación con la intervención de las administraciones en el sector de las telecomunicaciones.

El presente informe se emite en el ámbito del ejercicio de la función de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de ofertas del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta, y la política de precios y comercialización por los prestadores de los servicios, que le atribuye el apartado 3 del artículo 48 de la LGT, en relación con su objeto de establecer y supervisar las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones que prevé el apartado 2 del mismo artículo.

Para mayor claridad expositiva, se van a tratar por separado los supuestos en los que la Administración actúa en calidad de garante de los servicios de interés general recurriendo a mecanismos de colaboración público-privada, de aquéllos en los que actúa como operador de redes y servicios de telecomunicaciones, aunque –como se verá– no siempre resulte fácil la delimitación. En cualquier caso, ambas modalidades de intervención y su correspondiente financiación tienen amparo constitucional y comunitario, así como tratamiento específico por la legislación de telecomunicaciones.



2

FUNDAMENTOS DE LA INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN EN MATERIA DE TELECOMUNICACIONES





FUNDAMENTOS DE LA INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN EN MATERIA DE TELECOMUNICACIONES

La Constitución Española (en adelante CE) reconoce a un tiempo el derecho a la libertad de empresa en un marco de economía de libre mercado (artículo 38 CE) y la posibilidad de intervención de los poderes públicos detrayendo sectores o recursos del ámbito de la economía del libre mercado sobre la base del interés general (128.1 CE). Asimismo, se permite la iniciativa pública en el marco de la economía de libre mercado (artículo 128.2 CE). Con estos preceptos, la intervención de la Administración se legitima constitucionalmente en sus más amplios términos, sin más límites que el sometimiento al resto del ordenamiento jurídico (artículo 9 CE) y la necesaria motivación de interés público que en cada caso debe concurrir (artículo 103.1 CE). Y ello tanto si se trata de actos de autoridad como de actuaciones empresariales sometidas a derecho privado.

No se consagra, pues, en nuestra Constitución que la intervención de la Administración deba ser necesariamente subsidiaria de la iniciativa privada. Sin embargo, en la medida en que la actividad de las administraciones debe resultar conforme con el ordenamiento jurídico comunitario, la legislación sectorial sobre telecomunicaciones, la legislación sobre subvenciones y la legislación horizontal sobre libre competencia, es posible concluir que la motivación de la Administración habrá de tomar en cuenta y ponderar los distintos bienes jurídicos cuya protección ampara la normativa.

La evolución operada en la legislación del sector de las telecomunicaciones en fechas recientes ejemplifica precisamente los distintos modelos que nuestra Constitución permite y cómo se ha ido delimitando el papel de la Administración en relación con la provisión de estos servicios.

Así, se ha pasado de la consideración de los servicios de telecomunicaciones como servicios públicos prestados en régimen de monopolio, separados por tanto del ámbito de la economía de libre mercado, a considerarlos como servicios de interés general prestados en régimen de libre competencia. En el primer planteamiento, la Administración prestaba directamente los servicios o los encargaba a un ente privado bajo estricta tutela, que delimitaba las condiciones técnicas y económicas en que debían prestarse.

En el segundo escenario, que coincide con la percepción actual, se consideran servicios que pueden ser prestados con mayor eficacia en régimen de libre mercado y que la Administración debe intervenir, en primer lugar para garantizar el funcionamiento del mercado, evitando situaciones de abuso de posición de dominio por parte del antiguo monopolista que impidan la apertura efectiva del mercado, e

incluso para contrarrestar los problemas estructurales que se deriven y no puedan ser convenientemente resueltos mediante medidas ex post.

En segundo lugar, estas medidas liberalizadoras se completan con la atribución a los poderes públicos de la misión de corregir los posibles fallos del mercado en la satisfacción de las necesidades de los usuarios. Para ello, la Administración puede encomendar a determinados operadores unas obligaciones de interés general, concibiendo un mecanismo de financiación de las mismas. Además, la intervención de la Administración debe aplicar el principio de proporcionalidad en virtud del cual las posibles restricciones de la competencia no pueden exceder de lo necesario para garantizar el cumplimiento eficaz de la misión de interés general.³

Por otra parte, y simultáneamente, en este marco de economía de libre mercado, se permite asimismo la iniciativa pública en pie de igualdad con los demás operadores privados, si bien con una serie de cautelas dirigidas a salvaguardar la libre competencia, de manera que sea cual fuere la forma adoptada no puedan prevalerse de su condición de Administración Pública ni del privilegio de recurrir a financiación pública en condiciones discriminatorias. En la legislación liberalizadora de las telecomunicaciones se recogen expresamente algunas de estas cautelas.

De este modo, el delicado equilibrio entre el juego del mercado y la intervención de la Administración para satisfacer necesidades cuya realización se considera de interés general, se concreta, conforme a la Ley General de Telecomunicaciones en los siguientes cauces:

En primer término, la Administración puede imponer obligaciones a los operadores, de acuerdo con la normativa específica de servicio público que se recoge en el título III de la citada ley. De esta forma, la legislación de telecomunicaciones articula fórmulas de colaboración público-privada y, en ocasiones, incluso exclusivamente privada, para cubrir las necesidades sociales. Tal es el caso de la atribución de la prestación del denominado servicio universal y de otros servicios públicos así como sus medios de financiación.

En segundo lugar, la Administración podrá prestar ella misma los servicios de telecomunicaciones como cualquier otro operador privado, pero deberá sujetar sus operaciones a determinadas condiciones con el fin de no distorsionar la competencia en el mercado (artículo 8.4 LGT). Una de las principales condiciones es respetar el régimen general de ayudas públicas.

³ Informe de la Comisión sobre el estado de los trabajos relativos a las directrices sobre las ayudas estatales relacionadas con los servicios de interés económico general, COM (2002) 280, de 5 de junio de 2002. Libro Verde de la Comisión, de 21 de mayo de 2003, sobre los servicios de interés general COM (2003) 270. Documento de la DG de Competencia de la Comisión Europea, de 12 de noviembre de 2002, (documento no oficial) relativo a los servicios de interés económico general y las ayudas estatales disponibles en: http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/others.

Por último, en cualquiera de los anteriores supuestos, la normativa sectorial de telecomunicaciones exige que la actuación de la administración se dirija al cumplimiento de los objetivos establecidos en la ley y a respetar y hacer respetar los principios en ella recogidos, entre los que se encuentran (artículo 3 LGT):

- a) Fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones;
- b) Garantizar el cumplimiento de las obligaciones de servicio público;
- c) 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;
- d) Fomentar la neutralidad tecnológica en la regulación.

De esta forma, dado el interés público que justifica la intervención de la Administración (artículo 103 CE), ésta habrá de tomar en consideración que su intervención no distorsione la competencia y fomente la neutralidad tecnológica y ello, tanto cuando se trata de intervenir como administración garante de los servicios de interés público, como cuando la propia administración actúa como un operador más en el mercado.

Sin perjuicio de todo lo anterior, es justo reconocer que el proceso de liberalización de determinados sectores tradicionalmente regulados, entre los que se encuentran las telecomunicaciones, tiene precisamente su origen en el ordenamiento jurídico comunitario y especialmente el desarrollo jurisprudencial y normativo del actual artículo 86 (anterior artículo 90) del Tratado de Roma (en adelante TCE).

El derecho comunitario no prejuzga el régimen de propiedad pública o privada de las entidades operantes en el mercado (artículo 295 TCE). Ahora bien, en relación con las empresas públicas, se establece (artículo 86.1 TCE) la prohibición a los estados miembros de adoptar o mantener respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, medidas contrarias a las normas del Tratado, especialmente las previstas en los artículos 12 y 81 a 89, ambos inclusive: fundamentalmente, prácticas colusorias, abusos de posición de dominio y ayudas públicas.

El apartado 2 del artículo 86 TCE formula una excepción a esta regla general, cuando establece que las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a lo dispuesto en el Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que su aplicación no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a aquéllas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado de forma que sea contraria al interés de la Comunidad.



De esta excepción se ha deducido la conclusión de que la iniciativa pública en la economía sólo puede limitar el derecho a la libertad de empresa e incumplir las reglas que rigen la economía de libre mercado y, en definitiva, desvirtuar el mercado, cuando el interés público que se trate de proteger así lo exija y la medida sea idónea y proporcional al resultado previsto. Así, con carácter general para cualquier ámbito de la vida económica, la intervención de la Administración no debe alterar las condiciones de competencia, excepto en la medida necesaria para cumplir con la misión específica que se le ha asignado, siempre guardando el principio de proporcionalidad.

Ello supone que, cuando la Administración actúa como un operador más en el mercado, debe sujetarse a las mismas reglas que el resto de operadores, lo que implica que no podrá entrar en acuerdos colusorios ni abusos de posición de dominio ni recibir ayudas públicas que distorsionen la libre competencia. A su vez, la Administración, cuando actúa como autoridad en el ámbito de sus competencias, no podrá incurrir en financiaciones ilegales contrarias al régimen de subvenciones públicas ni en actuaciones discriminatorias contrarias a la competencia.

A partir de estas previsiones normativas sobre los denominados servicios de interés económico general, se han liberalizado los servicios de telecomunicaciones en los países de nuestro entorno, por considerar no compatible con el Tratado la reserva legal y la concesión de derechos exclusivos en materia de telecomunicaciones, pudiendo salvaguardarse mejor los intereses generales con el modelo de provisión de servicios en libre competencia, corregido con la articulación de mecanismos legales que aseguren a los ciudadanos el servicio universal de telecomunicaciones y otros servicios públicos.

Así pues, la legislación interna de liberalización de los servicios de telecomunicaciones participa de los mismos principios que la comunitaria sobre competencia, servicios de interés económico general y ayudas públicas, hasta el punto de constituir un desarrollo específico de ella.

Como veremos en mayor detalle, en el ámbito de las telecomunicaciones estos principios alcanzan distinta concreción según se trate de una iniciativa pública, adoptada en el marco de sus propias competencias como Administración Pública, o de una Administración Pública que compite en el mercado como un operador más.



3

LA INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO GARANTE DE LA SATISFACCIÓN DE NECESIDADES DE INTERÉS GENERAL (ACTO DE AUTORIDAD)





LA INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO GARANTE DE LA SATISFACCIÓN DE NECESIDADES DE INTERÉS GENERAL (ACTO DE AUTORIDAD)

Aunque la Constitución española no dispone expresamente que la iniciativa pública deba ocupar un lugar subsidiario respecto a la privada, en materia de telecomunicaciones la legislación de liberalización desarrollada en los últimos años sí se ha encargado de delimitar esta intervención, en los términos requeridos por el ordenamiento jurídico europeo.

Así, siendo las telecomunicaciones servicios de interés general que se prestan en un régimen de libre competencia, la intervención de la Administración debe dirigirse, tanto a garantizar el adecuado funcionamiento del mercado (establecer y hacer cumplir las normas de entrada y actuación en el mercado y las que garantizan la interconexión y el acceso a las redes), como a asegurar las correcciones a los eventuales fallos de mercado cuando éste no sea capaz de proveer a los usuarios de los servicios que se han considerado fundamentales en la sociedad.

Esa intervención debe seguir los cauces contemplados por la normativa sobre telecomunicaciones para la prestación de servicios a los usuarios mediante la imposición a determinados operadores de obligaciones de servicio público, las cuales pueden estar sujetas a distintos mecanismos de financiación.

Concretamente, hasta tanto la conectividad de banda ancha no se considere integrada en el servicio universal de telecomunicaciones, la intervención de los poderes públicos puede encauzarse por la imposición de obligaciones de servicio público a determinados operadores, por la actividad subvencionadora allí donde pueda ser legalmente ejercida o por la prestación de estos servicios por la propia administración. En el presente epígrafe nos centramos en los dos primeros casos.

3.1 | **NORMATIVA ESPECÍFICA SOBRE INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN (CUANDO NO ACTÚA COMO OPERADOR)**

Cabe destacar que, cuando la actuación de la Administración recae sobre las telecomunicaciones, no puede obviarse que se trata de una competencia exclusiva del Estado, conforme al artículo 149.1.21 de la Constitución. Además, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la competencia del Estado para actuar en esta materia es general: comprende tanto la actividad normativa como la de ejecución (STC 244/1993, de 15 de julio, F.J. 6). Asimismo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha referido a la radiocomunicación, y a las telecomunicaciones en general, como un fenómeno de regulación unitaria (*Vid.* STC 244/1993, de 15 de julio, STC 278/1993, de 23 de septiembre, y STC 127/1994, de 5 de mayo).

Por ello, cuando los intereses públicos que se pretende proteger abordan tal materia, la actividad subvencionadora puede tener como cauce una colaboración dentro de los planes y programas que, con el fin de fomentar el desarrollo tecnológico, elabora la Administración General del Estado.

Estos planes y programas se refieren a aspectos concernientes, en términos generales, a la sociedad de la información, que es un concepto al que se encuentran vinculados una pluralidad de intereses públicos y constituye una materia más compleja, desde el punto de vista de la distribución constitucional de competencias, ya que se asienta en diferentes títulos, uno de los cuales son las telecomunicaciones.

De otra parte, los aludidos planes y programas prevén el otorgamiento de subvenciones a través de procedimientos públicos, contemplando también la cofinanciación por parte de las diferentes administraciones (se prevé la posibilidad de que comunidades autónomas y corporaciones locales realicen aportaciones con cargo a sus presupuestos), incluyendo en algunos casos financiación procedente del Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER). Recientemente, los medios de comunicación han anunciado el desarrollo de este tipo de iniciativas.

En idéntica línea, la Ley General de Telecomunicaciones especifica los cauces concretos que puede seguir la intervención de la Administración para la provisión y la financiación de servicios de telecomunicación.

Al igual que la legislación precedente, la vigente LGT 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 las circunstancias en que las necesidades de los usuarios finales no se vean atendidas de manera satisfactoria por el mercado (artículo 20).

En este último caso, es decir cuando las necesidades de los usuarios finales no se ven atendidas de manera satisfactoria por el mercado, la Administración puede intervenir, no ya como un operador más de telecomunicaciones (sujeto a determinadas limitaciones, según veremos más adelante), sino ejercitando sus potestades públicas.

El sistema específico que articula la Ley General de Telecomunicaciones para regular la intervención de la Administración consiste en la posibilidad de imponer determinadas condiciones a los operadores.

Es decir, para regular esta intervención administrativa, en tanto que garante de las necesidades de los usuarios allí donde no alcanza el libre mercado, la ley contempla una serie de obligaciones de servicio público que pueden ser impuestas a los operadores (pudiendo incluir en esta categoría a empresas públicas operadores de telecomunicaciones).

Entre esas obligaciones la norma distingue dos tipos: la categoría de “obligaciones de servicio universal” y otra de “obligaciones de servicio público impuestas por razones de interés general”.

3.1.1 Servicio universal

El concepto de servicio universal comprende el conjunto definido de servicios cuya prestación se garantiza a todos los usuarios finales, con independencia de su localización geográfica, con una calidad adecuada y a un precio asequible (artículo 22 LGT).

Bajo el mencionado concepto de servicio universal se deberá garantizar, entre otras cosas, en los términos y condiciones que reglamentariamente se determinen por el Gobierno, que “*todos los usuarios finales puedan obtener una conexión a la red telefónica pública desde una ubicación fija y acceder a la prestación del servicio telefónico disponible al público, siempre que sus solicitudes se consideren razonables en los términos que reglamentariamente se determinen*”.

La prestación de esos servicios puede ser asignada a uno o varios operadores, conforme a los procedimientos descritos en el artículo 23 de la Ley General de Telecomunicaciones (los cuales incluyen un sistema público de licitación cuando existan distintos operadores interesados en prestarlo) y, en el caso en que suponga una carga injustificada para los operadores a los que se impone la obligación, su financiación corresponderá al Fondo Nacional del Servicio Universal, sostenido por las aportaciones de los operadores con obligaciones de contribución a su financiación. (Por el momento, es Telefónica de España el operador obligado a prestar los servicios de telecomunicaciones considerados en el ámbito del servicio universal, sin que estos servicios puedan ser financiados con cargo a fondos públicos).

Entre el conjunto definido de servicios que constituye el servicio universal no se encuentra, en la actualidad, el acceso de banda ancha a servicios de comunicaciones electrónicas, sino que se limita a los servicios necesarios para garantizar una conexión que ofrezca al usuario final la posibilidad de efectuar y recibir llamadas telefónicas y permitir comunicaciones de fax y datos a velocidad suficiente para acceder de forma funcional a Internet.

Con ello, no quiere decirse que esta solución no pueda plantearse en el futuro, dado que estos servicios de acceso a Internet de banda ancha sí podrían llegar a formar parte de las obligaciones de servicio universal. De hecho, la propia LGT, en su artículo 22.4, dispone que el Gobierno, de conformidad con la normativa comunitaria, podrá revisar el alcance de las obligaciones de servicio universal.⁴

⁴ La Ley 34/2002 estableció en la misma Disposición Transitoria duodécima a la entonces vigente Ley 11/1998 General de Telecomunicaciones antes citada que “*las soluciones tecnológicas deberán prever su evolución a medio plazo hacia velocidades de banda ancha sin que ello conlleve necesariamente su sustitución*”.

De todo lo anterior, cabe concluir que, aunque la normativa vigente plantea la posibilidad de que se puedan modificar las actuales condiciones que determinan el acceso funcional a Internet, en el marco del servicio universal de telecomunicaciones, lo cierto es que por el momento no están incluidos los servicios de acceso a Internet mediante tecnologías de banda ancha.

3.1.2 Otras obligaciones de servicio público

Al margen del servicio universal, la Ley General de Telecomunicaciones prevé la posibilidad de que el Gobierno pueda imponer “*otras obligaciones de servicio público*” por razones de cohesión territorial o para facilitar la comunicación entre colectivos que se encuentren en circunstancias especiales y estén insuficientemente atendidos.

Llegamos así a la segunda categoría de obligaciones de servicio público que contempla la ley para el caso de que el mercado no garantice adecuadamente las necesidades de los usuarios. En esta categoría se enmarcan, en primer lugar, las condiciones que hayan de imponerse a los operadores por necesidades de la defensa nacional, la seguridad pública o los servicios que afecten a la seguridad de las personas o a la protección civil. Asimismo, y más relevante a los efectos que aquí interesan, el Gobierno podrá imponer otras obligaciones de servicio público, previo informe de la CMT, motivadas por: a) razones de cohesión territorial; b) extensión del uso de los nuevos servicios y tecnologías, en especial a la sanidad, a la educación, a la acción social y a la cultura; c) facilitar la comunicaciones entre colectivos que se encuentren en circunstancias especiales y estén insuficientemente atendidos con la finalidad de garantizar la suficiencia de su oferta; y d) necesidad de facilitar la disponibilidad de servicios que comporten la acreditación de fehaciencia del contenido del mensaje remitido o de su remisión o recepción (artículo 25.2 LGT).

En estos casos, la ley dispone que mediante decreto se regulará el procedimiento de imposición de estas obligaciones y su forma de financiación.

Aunque todavía no se ha publicado dicho decreto, sus disposiciones deberán respetar lógicamente los principios recogidos, tanto en la Ley General de Telecomunicaciones, como en la Directiva 2002/22/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva Servicio Universal). Entre estos principios, ya se ha adelantado que juegan un papel predominante los de neutralidad tecnológica y fomento de la competencia (artículo 3 LGT). Consecuentemente, puede decirse que el régimen de telecomunicaciones configura un marco de intervención de las Administraciones Públicas en materia de comunicaciones electrónicas que limita su actuación a los casos en que no se estén prestando los servicios en régimen

de libre competencia; es decir, allí donde la demanda esté insuficientemente atendida.⁵

En cuanto a la financiación de estos servicios, la Directiva de Servicio Universal dispone en su artículo 32, bajo el epígrafe “servicios obligatorios adicionales”, que: “Los estados miembros podrán imponer en su propio territorio la disponibilidad al público de otros servicios adicionales al margen de los servicios correspondientes a las obligaciones de servicio universal definidas en el capítulo II. En tal caso, sin embargo no podrán aplicar ningún mecanismo de compensación dirigido a empresas concretas.”

Esta disposición debe interpretarse a la luz del considerando 25 de la propia Directiva, que explica que cada estado miembro es libre de imponer medidas especiales (ajenas al alcance de las obligaciones definidas de servicio universal) y financiarlas de conformidad con el derecho comunitario, si bien no puede hacerlo mediante contribuciones procedentes de los agentes del mercado.

Es decir, iniciativas de las Administraciones Públicas en relación con cuestiones no reguladas por el servicio universal de telecomunicaciones podrían llegar a realizarse a través de la definición por el Gobierno de una obligación de servicio público, financiada con cargo a presupuestos públicos en el marco de una organización unitaria para el mercado español, de las necesidades a atender en el campo al que se refiere la iniciativa.

En este contexto se permite, pues, en nuestro ordenamiento la vía de subvención como mecanismo de colaboración público-privada en la satisfacción de intereses públicos.

Esta financiación deberá, además, ser compatible con las normas generales de aplicación en materia de subvenciones y libre competencia (incluido el derecho comunitario).

⁵ Así lo ha mantenido la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en su Resolución de 5 de junio de 2003, *Localret* 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. “Lo anterior no obsta, para, en aplicación de lo establecido en el artículo 40 de la LGT (Ley 11/1998, de 24 de abril), y, ante circunstancias en las que determinados colectivos de usuarios se encuentren insuficientemente atendidos, se pueda 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 LGT establece que el Gobierno, previo informe de la Comisión, podrá, reglamentariamente, incluir determinados servicios de los previstos en el apartado 2 del mismo artículo en la categoría de servicios obligatorios de telecomunicaciones. El establecimiento y explotación de la red pública de telecomunicaciones objeto del presente informe podría quedar encuadrado dentro de los servicios previstos en el punto b) del citado apartado 2 del artículo 40 de la LGT, esto es, los 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 su oferta. El apartado 3 del mismo artículo prevé que el Reglamento que declare incluidos determinados servicios en esta categoría deberá, además indicar sus formas de financiación, las Administraciones Públicas o los operadores obligados a prestarlos y los procedimientos para su determinación”.

En este contexto, se podrían determinar, conforme al principio de colaboración (que según el Tribunal Constitucional preside el sistema español de distribución territorial del poder público), los aspectos y características que habrá de tener la actividad susceptible de percibir las subvenciones para ser conforme con la legislación general que las regula. Todo ello sin perjuicio de los aspectos que resulten necesarios para la salvaguardia de las condiciones de competencia en el mercado y el derecho comunitario de aplicación.

Por último, y en todo caso, incluso cuando se está actuando fuera del marco de la regulación de telecomunicaciones por vías alternativas a la imposición y financiación de obligaciones de servicio público, en la medida que la intervención conlleve una financiación pública, de determinadas actividades de contenido económico se habrá de tomar en cuenta, en primer lugar, la competencia para otorgar subvenciones en materia de telecomunicaciones, a la luz del reparto de competencias establecido en la Constitución española. En segundo lugar, se deberá cumplir la normativa general sobre subvenciones que exige, por regla general para su licitud, entre otras cosas un procedimiento de publicidad y concurrencia competitiva en la determinación del beneficiario de la subvención. Por último, esta financiación ha de ser compatible con los regímenes español y comunitario de competencia y ayudas públicas.

Además, sin perjuicio de las normas generales que rigen la atribución de subvenciones, las Administraciones Públicas han de respetar la normativa sectorial de telecomunicaciones, que exige que la intervención de la Administración no distorsione la competencia y fomente la neutralidad tecnológica.

Ello supone que la intervención de la Administración deberá privilegiar las soluciones que, satisfaciendo idénticas necesidades de servicios de interés general, resulten neutrales desde el punto de vista tecnológico, es decir no condicionen en la medida de lo posible la tecnología utilizada para prestarlos, y fomenten y posibiliten la competencia. Así por ejemplo, en su Resolución de 26 de febrero de 2004, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones recomendó no utilizar la vía de la subvención directa al operador dominante para la instalación de equipos en su red para la prestación de servicios de banda ancha, y en su lugar recurrir al concurso para que terceros operadores pudieran prestar idénticos servicios soportados sobre otras tecnologías o utilizando los servicios mayoristas del operador dominante.⁶

Para terminar, cabe añadir que la contratación de los servicios de operadores de telecomunicaciones para la construcción y/o explotación de una Intranet local está sujeta a las normas generales sobre contratación pública⁷.

⁶ Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 26 febrero de 2004, *supra* nota 2.

⁷ Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobada por RDL 2/2000 de 16 de junio que, de conformidad con la disposición final primera tiene carácter básico para las CCAA y las entidades locales.

3.2 | **NORMATIVA GENERAL SOBRE SUBVENCIONES**

Salvo normativa específica aplicable, la financiación de las iniciativas de imposición de obligaciones de servicio público, como cualquier otra vía de financiación de los servicios de interés público por las Administraciones Públicas deberá someterse a la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (en adelante Ley de Subvenciones).

A los efectos de esta ley, se entiende por subvención toda disposición dineraria realizada por las Administraciones Públicas (General del Estado, Comunidades Autónomas y Administración Local) a favor de personas públicas o privadas que se realice sin contraprestación directa de los beneficiarios, tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública, y cuya entrega esté sujeta al cumplimiento de determinado objetivo, ejecución de un proyecto, realización de una actividad, adopción de un comportamiento singular o concurrencia de una situación, debiendo el beneficiario cumplir las obligaciones materiales y formales que se establezcan.

Se excluyen del concepto, entre otras, las aportaciones dinerarias entre diferentes Administraciones Públicas y entre éstas y los organismos y entes públicos de ellas dependientes, destinadas a financiar globalmente actividades en el ámbito propio de sus competencias, resultando de aplicación lo dispuesto de manera específica en su normativa reguladora.

Por el contrario, se incluyen en el ámbito de aplicación de la Ley de Subvenciones las otorgadas por los organismos y demás entidades de derecho público, con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquier Administración Pública, en la medida que las subvenciones sean consecuencia del ejercicio de potestades administrativas. El resto de entregas sin contraprestación que realicen entes sujetos al derecho privado se registrarán por los principios de gestión e información contenidos en la ley.⁸

El artículo 8.3 dispone que la gestión de las subvenciones se realizará de acuerdo con los principios de:

- a) publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad, igualdad y no discriminación;
- b) eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados por la Administración otorgante y eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos.

⁸ En el caso de ayudas en especie, se registrarán por la legislación patrimonial, si bien se aplicará la Ley de Subvenciones cuando la ayuda consista en la entrega de bienes, derechos o servicios cuya adquisición se realice con la finalidad exclusiva de entregarlos a un tercero.

Por último, cabe destacar que la Ley de Subvenciones establece como principio general de actuación de la Administración que, cuando los objetivos que se pretenda conseguir afecten al mercado, la orientación de la subvención debe dirigirse a corregir fallos claramente identificados y sus efectos deben ser mínimamente distorsionadores (artículo 8.2). Como hemos visto, este principio encuentra una expresión más elaborada en la normativa específica sobre telecomunicaciones.

3.3 RÉGIMEN NACIONAL Y COMUNITARIO DE COMPETENCIA Y AYUDAS PÚBLICAS

Además de la normativa relativa a las subvenciones públicas, y como complemento de la misma, en cuanto que la subvención debe dirigirse a corregir fallos del mercado y sus efectos no deben distorsionar la competencia, es preciso que la intervención administrativa sea compatible con el régimen de ayudas públicas.

Conforme a la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, modificada por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, se entiende por ayuda pública las aportaciones de recursos a operadores económicos y empresas públicas o privadas, así como a producciones, con cargo a fondos públicos, o cualquier otra ventaja concedida por los poderes o entidades públicas que suponga una reducción de las cargas a las que deberían hacer frente los operadores económicos y las empresas en condiciones de mercado o que no lleven implícita una contraprestación en condiciones de mercado, así como cualquier medida de un efecto equivalente a éstas que distorsione la libre competencia.

Es decir, el elemento clave del análisis de la intervención pública será el de sus efectos distorsionadores de la libre competencia.

Similar enfoque recibe la financiación pública de los operadores económicos a nivel europeo, pues las aportaciones de recursos públicos estarán prohibidas cuando sean contrarias a la libre competencia, de acuerdo con los artículos 87 a 89 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, desarrollados por el Reglamento número 659 del Consejo, de 22 de marzo de 1999.

Se entiende por ayuda, a efectos del derecho comunitario, toda ventaja conferida por el Estado (u otras Administraciones Públicas) a una o varias empresas que afecte sensiblemente a la competencia⁹ y a los intercambios comerciales en el seno de la Unión Europea.

⁹ Se entiende que habrá afectación de la competencia si la medida altera los costes de la empresa beneficiaria en relación con los de sus competidores, y que tendrá efectos en los intercambios entre los estados si el beneficiario de la ayuda está presente en un mercado donde existen estos intercambios. Sentencia del TJCE, *Philip Morris v. Comisión*, C-730/79; Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, *Vlaamse Gewest v. Comisión*, T-214/95.

El concepto de ayuda, en cuanto que ventaja conferida a una o varias empresas, comprende no sólo las prestaciones positivas (subvenciones), sino también las intervenciones que bajo formas diversas alivian las cargas que normalmente recaen sobre el presupuesto de una empresa, como puede ser un trato fiscal preferencial, entrega de bienes o servicios en condiciones preferenciales y la concesión de préstamos o garantías o participación en el capital de empresas que no resulten aceptables para un inversor privado.¹⁰

No obstante lo anterior, en el caso de las ayudas concedidas para financiar servicios de interés general, conforme al artículo 86 del Tratado, las normas de competencia son aplicables a la financiación de estos servicios en la medida que no impidan el cumplimiento de la misión específica que se les ha confiado.

La práctica comunitaria designa como servicios de interés económico general aquellos de naturaleza económica a los que los estados o la Comunidad imponen obligaciones específicas de servicio público en virtud de un criterio de interés general. Entran dentro de este concepto ciertos servicios prestados por las grandes industrias de redes, entre las que destacan las comunicaciones. (Libro Verde de la Comisión Europea sobre los Servicios de Interés General de 21 de mayo de 2003, párrafo 17).

En la medida que una intervención estatal deba considerarse compensación a modo de contrapartida de las prestaciones efectuadas por las empresas para el cumplimiento de obligaciones de servicio público, de forma que estas empresas no gozan de ventaja económica y, por tanto, dicha intervención no tiene el efecto de situarlas en posición competitiva más favorable respecto a las competidoras, tal intervención no está sujeta al artículo 87.1 CE.

Ésa es la novedad introducida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su sentencia de 24 de julio de 2003,¹¹ en la que ha determinado que las subvenciones públicas que tengan por objeto permitir la explotación de servicios de interés general no están sujetas al artículo 87.1 *“si pueden considerarse una compensación que constituye la contrapartida de las prestaciones realizadas por las empresas beneficiarias para el cumplimiento de obligaciones de servicio público”*.

No obstante, para que a tal compensación no se le aplique la calificación de ayuda de estado deben cumplirse los requisitos siguientes:

¹⁰ La determinación del momento en que nos encontramos ante una ayuda prohibida por el Tratado pasa por la aplicación del principio del inversor en una economía de mercado. Este principio ha sido aplicado por el Tribunal de Justicia desde los primeros años 80 y fue enunciado con claridad en la Sentencia del TJCE en el asunto C-40/85 de 10 de julio de 1986 *Boch-II*.

¹¹ Sentencia del TJCE en el Asunto C-280/00 de 24 de julio de 2003 *Altmark*.

- que la empresa beneficiaria esté efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y que estas obligaciones se hayan definido claramente;¹²
- que los parámetros para el cálculo de la compensación se hayan establecido previamente de forma objetiva y transparente;
- que la compensación no supere el nivel necesario para cubrir los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable;
- cuando la elección de la empresa encargada de ejecutar obligaciones de servicio público no se haya realizado en el marco de un procedimiento de contratación pública, el nivel de la compensación necesaria deberá haberse calculado sobre la base de un análisis de los costes que una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada en medios para poder satisfacer las exigencias de servicio público requeridas, habría soportado para ejecutar estas obligaciones, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable.

3

En el caso de no cumplir los anteriores requisitos y, en consecuencia, no existir relación tan directa y manifiesta entre la financiación estatal y las obligaciones de servicio público, o que éstas no estén claramente definidas, la intervención de la Administración estaría sujeta a los procedimientos del artículo 88.3. Esto es, se consideraría que existe una ayuda que es preciso notificar, en su caso por razón de su cuantía, y se le aplicaría el test de compatibilidad con el Tratado. En estos casos (que pueden ser la mayoría, pues es difícil que se cumplan todos los requisitos anteriormente enunciados), se interpretaría, por regla general, que las ayudas otorgadas para la realización de servicios de interés general pueden entenderse contrarias a la competencia por otorgar una ventaja anticompetitiva cuando su importe exceda del coste de la realización del servicio público a subvencionar.

Por último, del principio anterior, según el cual la financiación de los servicios considerados de interés económico general por parte del Estado es legítima, si con ella no se está concediendo ventaja a una empresa que compite con otras, pueden extraerse las siguientes consideraciones prácticas:

- 1) En principio, será legítima la financiación pública de infraestructuras que reúnen determinadas características:
 - necesarias para prestar un servicio que se considere incluido entre las responsabilidades del Estado para con los ciudadanos y que se limitan a las necesidades de este servicio;

¹² La primera cuestión que plantea, pues, la caracterización de toda subvención, consiste en la efectiva afectación de la ayuda a un servicio público por la entidad competente para ello según la Constitución española.

- las que el mercado nunca realizaría en las mismas condiciones;
 - las que no favorecen selectivamente a una empresa.
- 2) Incluso en estos casos, para no afectar a la competencia y “*no favorecer a determinadas empresas*”, según el Documento de trabajo de la Comisión Europea de 12 de noviembre de 2002 (no oficial):
- la infraestructura no debería reservarse para un único usuario, sino estar abierta a distintos operadores y, si es posible, a diferentes actividades;
 - si las autoridades públicas conservan el control de la infraestructura, debería estar a disposición de posibles usuarios sobre una base no discriminatoria;
 - si se alquila a empresas, se les debería cobrar un canon de un importe apropiado;
 - en caso de utilización limitada a una sola empresa, el estado miembro debería respetar las condiciones en materia de transparencia y no discriminación.
- 3) Además, en relación con el método de designación de la empresa encargada del servicio de interés general, según doctrina comunitaria, el principio de igualdad de trato exige que todas las empresas comunitarias puedan competir en igualdad de condiciones para prestar estos servicios. Las condiciones y criterios deben ser objetivos y aplicarse de manera transparente y no discriminatoria, de igual forma que sucede con los procedimientos de contratación pública.

4

**LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS
DE TELECOMUNICACIONES
POR LA PROPIA ADMINISTRACIÓN**

**LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS
COMO OPERADORES ECONÓMICOS
QUE EXPLOTAN REDES
Y PRESTAN SERVICIOS PÚBLICOS
DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS**





LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES POR LA PROPIA ADMINISTRACIÓN

LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS COMO OPERADORES ECONÓMICOS QUE EXPLOTAN REDES Y PRESTAN SERVICIOS PÚBLICOS DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS

Tanto el marco constitucional como la regulación sectorial de telecomunicaciones permiten la intervención de la Administración Pública como operador económico.

La forma que puede adoptar la actuación de las Administraciones Públicas como operadores en un mercado puede ser muy variada, en correspondencia con los diversos modos de gestión que aquéllas tienen para la consecución de sus fines. En este sentido, la actuación puede llevarse a cabo mediante una intervención directa (que asumiría la propia Administración como persona jurídica, o una entidad de Derecho Público de ella dependiente, creada o no específicamente para dicho objeto), o también mediante una intervención indirecta (a través de un concesionario, o de la creación de una sociedad de capital público, mixto u otras fórmulas diferentes). A los efectos de este informe, se denomina a todas: empresas públicas/operadores públicos, con independencia de su forma.

La interpretación conjunta de los artículos 38 y 128 CE nos lleva, como ya se señaló, a la aceptación de un modelo mixto que permite la cohabitación en el mercado de empresas públicas y privadas en un plano de igualdad o, por el contrario, y sobre la base de lo dispuesto en el apartado primero del artículo 128, la sustracción al mercado de determinados sectores, mediante ley y en aquellos casos en los que se considere (y justifique) que existen razones de interés general.

La vinculación de la Administración al servicio de los intereses generales, conforme al artículo 103 de la Constitución, obliga a que cualquier decisión empresarial pública venga justificada desde la perspectiva del interés público y, en la medida de lo posible, a la eficiencia en el gasto conforme al artículo 31 de la propia CE.

Pero, además, en un ámbito de economía de mercado, la iniciativa empresarial de los poderes públicos ha de desenvolverse con igualdad de condiciones respecto a las empresas privadas que compiten en el mismo mercado.

Estas previsiones constitucionales vienen completadas por el ordenamiento jurídico comunitario que limita, en cierto modo, la capacidad del Estado para la detracción de sectores o recursos al mercado, si bien reserva un tratamiento específico a los servicios considerados de interés general.

En derecho comunitario no existe un planteamiento apriorístico acerca de la titularidad de las empresas (artículo 295 TCE). Así, tratándose de servicios prestados en régimen de libre mercado, el derecho comunitario considera a la entidad pública que los provee como una empresa que actúa en el mercado sobre la base del respeto a sus reglas de funcionamiento. Las menciones realizadas en el Derecho

Comunitario a las empresas participadas por los estados miembros sólo han tenido por objeto la delimitación del comportamiento adecuado en el mercado comunitario (así por ejemplo, el artículo 86 TCE antes citado, y la Directiva de 25 de junio de 1980 que viene a regular las condiciones de transparencia de las relaciones financieras entre los estados y las empresas públicas)¹³. De la regulación comunitaria pueden extraerse dos consecuencias principales: el Derecho Comunitario reconoce la existencia de empresas públicas (puesto que establece un mandato a los estados en relación con su gestión) y las coloca (o, al menos trata de colocarlas) en una situación competencial similar a las empresas privadas.

Todas estas cuestiones han obtenido su reflejo jurisprudencial en la STS de 10 de octubre de 1989, cuyo Fundamento Tercero señala:

“(...) mientras los particulares pueden crear sus empresas con plena libertad de criterios, sin más condición que la de que sus fines sean lícitos (artículo 38 de la Constitución), todas las actuaciones de los Órganos de la Administración Pública deben responder al interés público que en cada caso y necesariamente siempre ha de concurrir (art. 103.1 de la Constitución), tanto si se trata de actos de autoridad, como de actuaciones empresariales, pues en cuanto a estas últimas el art. 31.2 de la propia Constitución también exige una equitativa asignación de los recursos públicos y que su programación y ejecución responda a criterios de eficiencia y de economía, lo cual no es compatible con actuaciones empresariales públicas carentes de justificación. Por otra parte, la coexistencia de empresas públicas con fines empresariales (artículo 128.2 de la Constitución) y de empresas privadas (artículo 38 de la misma) en el marco de una economía de mercado, y la pertenencia de España a la Comunidad Económica Europea, exigen que se garantice y salvaguarde la libre competencia, y para ello han de regir las mismas reglas para ambos sectores de producción público y privado. Por tanto, las empresas públicas que actúen en el mercado, se han de someter a las mismas cargas sociales, fiscales, financieras y de toda índole que afecten a las privadas y a sus mismos riesgos, sin poder gozar de privilegios de ningún tipo, pues ello podría impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia del mercado vulnerando el artículo 85 del Tratado de Roma, no pudiendo tampoco estas empresas de capital público prevalecerse de ninguna forma de posición dominante ni subordinar la celebración de contratos a la aceptación por los otros contratantes de prestaciones suplementarias que por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos (art. 86 del mismo Tratado); y no pueden por último estas empresas privadas de capital público recibir ayudas ni subvenciones de

¹³ El artículo 2 de la Directiva define como pública toda empresa sobre la que los poderes públicos pueden ejercer directa o indirectamente una influencia dominante por razón de la propiedad, de la participación financiera o de las reglas que la rigen.

fondos públicos de ninguna clase, con las solas salvedades que enumeran los apartados 2 y 3 del artículo 92 del Tratado, y aun siempre sometiendo previamente las excepciones (con una antelación mínima de 3 meses antes de poder aplicarlas) a la consideración de la Comisión del Mercado Común –artículos 93.3 del Tratado y 1.º, 1 del Real Decreto 1755/1987 de 23 de diciembre–. En resumen: la creación de empresas públicas para fines empresariales es legalmente posible, pero está sujeta a la doble condición de que la actividad empresarial que se vaya a desarrollar con la empresa pública sea una actividad de indudable interés público apreciable y apreciado en el momento de su creación, y que en el ejercicio de la actividad económica empresarial de que se trate la empresa pública se someta sin excepción ni privilegio alguno directo ni indirecto a las mismas reglas de libre competencia que rigen el mercado”.

En este contexto, la intervención de las Administraciones Públicas como operadores económicos en el sector de las comunicaciones electrónicas se ha venido produciendo, en mayor o menor medida, desde el inicio de la liberalización misma del sector. Esta intervención pública se debe producir, por tanto, dentro de un marco de libre competencia. En este apartado se analizará el régimen jurídico aplicable.

En primer término, se examinará la perspectiva general de cómo el vigente marco legal contempla la actuación de las administraciones como operadores de redes y servicios públicos de comunicaciones electrónicas, y cómo los preceptos específicos de esta regulación responden a los objetivos generales marcados por la LGT y la normativa comunitaria. A continuación, se señalarán brevemente las condiciones que la Ley General de Telecomunicaciones impone a todos los operadores públicos. Posteriormente, se analizarán las competencias de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para imponer obligaciones especiales, dirigidas a asegurar que la actuación de estos operadores públicos no pueda vulnerar la libre competencia en el sector o a corregir posibles vulneraciones. Por último, este apartado concluirá con un breve análisis de la forma en que deben producirse las subvenciones públicas.

4.1 | RÉGIMEN JURÍDICO GENERAL APLICABLE

La Ley General de Telecomunicaciones incorpora al ordenamiento jurídico español la nueva regulación comunitaria en materia de comunicaciones electrónicas. Esta nueva regulación se inspira en principios orientados a mantener un mercado en libre competencia, cuya finalidad última es velar por los intereses de los consumidores y usuarios, a través del fomento de la sociedad de la información.

La nueva filosofía aparece recogida en la exposición de motivos de la propia LGT, cuando declara que la regulación de las comunicaciones electrónicas se inspirará

en profundizar los objetivos ya logrados bajo la normativa anterior y, concretamente, mantener el régimen de libre competencia, al tiempo que asegurar una mínima intervención de la Administración en el sector. Tales principios se traducen en una clara disminución de la regulación específica y el consecuente aumento del control en el sector, mediante la aplicación horizontal del derecho de defensa de la competencia.

Las pautas de la regulación de la actividad de las Administraciones Públicas como operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas se recogen en el artículo 8.4 de la Ley, que establece: *“la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas, directamente o a través de sociedades en cuyo capital participen mayoritariamente, se ajustará a lo dispuesto en esta ley y sus normas de desarrollo y se realizará con la debida separación de cuentas y con arreglo a los principios de neutralidad, transparencia y no discriminación. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá imponer condiciones especiales que garanticen la no distorsión de la libre competencia”*.

El citado artículo admite expresamente la intervención de las Administraciones Públicas en el mercado de las telecomunicaciones como unos operadores más, ya sea de forma directa o indirecta a través de empresas públicas.

La posibilidad de actuación por parte de las administraciones en la economía se admite, pues, tanto por el marco constitucional español, como por el Tratado de la Comunidad Europea. El artículo 86 de éste contempla expresamente la intervención de los poderes públicos en la economía, pero admitiéndola con la prohibición de que, mediante su actuación, incumpla las normas de competencia que se establecen en el propio Tratado. Se observa así que la intervención de los poderes públicos en la economía está plenamente reconocida, pero ha de someterse a las mismas reglas de actuación que los inversores privados, para concurrir con ellos en igualdad de condiciones.

Para responder a estas exigencias, el legislador español ha establecido, en el artículo 8.4 de la LGT, determinadas condiciones exigibles a todos los operadores públicos que decidan entrar en el sector. Así, ha considerado que, aunque las Administraciones Públicas pueden actuar como operadores de comunicaciones electrónicas, dicha actuación debe someterse a unas condiciones mínimas que aseguren que la especial situación de que gozan por su naturaleza no va a ocasionar, de por sí, situaciones de quiebra de la competencia efectiva en el sector.

Aunque ya en la anterior legislación sectorial (Ley General de Telecomunicaciones de 1998) se preveía un régimen similar de imposición de determinadas condiciones a los operadores públicos, la entrada en vigor de la actual Ley General de Telecomunicaciones supone, necesariamente, una modificación significativa en la aplicación de dicho régimen especial.

En efecto, el anterior sistema de acceso al mercado, al exigir a los operadores la obtención de una autorización o licencia con carácter previo al inicio de la actividad, posibilitaba que, en el caso de que fuera una Administración Pública, la CMT pudiera imponer las condiciones que considerara oportunas para asegurar que no pudiera prevaler su condición de administración o empresa pública, en detrimento de las condiciones de competencia efectiva en el mercado de telecomunicaciones donde se proponía actuar.

Estas condiciones se imponían, por tanto, en el momento de otorgar la licencia o autorización, antes de que el operador iniciara su actividad, y podían variar según las circunstancias y en función de la información (para determinadas actividades bastante profusa) que tenía que aportar el aspirante a operador con carácter previo para la obtención del título habilitante.

El nuevo régimen, sin embargo, elimina la posibilidad de imponer condiciones diferentes a las legalmente previstas, con carácter previo al ejercicio de la actividad. Es así porque el nuevo régimen de acceso al mercado impide que el organismo regulador pueda exigir más información que la estrictamente prevista en el artículo 3 de la Directiva de Autorización¹⁴.

Es evidente que con la información que la nueva normativa señala obligada para la notificación que deben realizar los operadores antes de iniciar su actividad, la CMT no puede analizar, a priori, en qué medida la actuación de la Administración o empresa pública que notifica puede distorsionar o distorsionará la libre competencia en el mercado en que va a intervenir. A diferencia de lo que ocurría con el sistema anterior, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no conoce, de antemano, los parámetros técnicos de la actividad, el plan de inversión, los recursos financieros con los que cuenta el operador, la procedencia de estos recursos, etcétera.

En suma, la nueva normativa, al eliminar la posibilidad de imponer condiciones *ex ante* distintas de las previstas directamente por la ley antes del inicio de la actividad notificada, impide la imposición de condiciones específicas a todos los operadores, incluidos los públicos, en el –ya desaparecido– título habilitante, como se hacía anteriormente. La exposición de motivos de la nueva LGT explica el sentido de esta modificación en los siguientes términos: “*el control ex ante que suponía la obtención de una autorización individualizada para cada operador con la Ley 11/1998,*

¹⁴ El artículo 3 de la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, establece que el trámite de la notificación consistirá solamente en la declaración de la intención de iniciar el suministro de redes o servicios de comunicaciones electrónicas y la entrega de la información mínima necesaria para que se pueda mantener un registro o una lista de suministradores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y deberá limitarse a lo necesario para la identificación del proveedor, como los números de registro de la empresa, y de sus personas de contacto, el domicilio del proveedor y una breve descripción de la red o servicio que suministrará, así como la fecha prevista para el inicio de la actividad.

de 24 de abril, General de Telecomunicaciones viene a ser sustituido por uno ex post, mediante el incremento de la potestad sancionadora e inspectora de la CMT.”

No obstante, en atención a la particular situación de los operadores públicos, la ley establece determinadas obligaciones de aplicación específica y *ex lege* a las administraciones públicas que operen en el mercado, así como la posibilidad de imponer condiciones especiales para garantizar la libre competencia; condiciones estas últimas que, en buena lógica, habrán de venir precedidas de un análisis de los efectos de las conductas de las administraciones en la competencia.

Así, el nuevo artículo 8.4 impone determinadas condiciones que deben cumplir todas las Administraciones Públicas que entren en el sector, pero para la imposición de otras distintas a las recogidas por la propia ley la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha de esperar a analizar la actuación del operador público en el sector. Si la Comisión determina que dicha actuación no asegura el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado, puede imponerles otras condiciones especiales para la continuación de sus actividades.

Para la consecución de este análisis, la Comisión tendrá en cuenta que el sector de las comunicaciones electrónicas ha contado tradicionalmente con la presencia de las Administraciones Públicas. Hay que recordar que las telecomunicaciones son un servicio de interés general, tal y como establece el artículo 2 de la LGT. Pero, como también se prevé en este artículo, son servicios que se prestan en régimen de libre competencia y, por lo tanto, las administraciones han intervenido en el sector concurriendo con inversores privados. Como se ha señalado con anterioridad, la intervención de las administraciones en el mercado de accesos en banda ancha (preferentemente para dar acceso a Internet a través de redes tipo wi fi) se produce cada vez con mayor frecuencia y en dos tipos de escenarios diferentes.

La Administración puede prestar un servicio de comunicaciones electrónicas en zonas donde ningún inversor privado esté prestando dicho servicio. En estos casos, el objetivo perseguido por la Administración sería siempre de interés público; esto es, perseguir la igualdad de oportunidades de los ciudadanos, para que puedan tener acceso a los servicios de la sociedad de la información: no hay competencia privada porque son zonas donde el inversor privado no considera rentable realizar la actividad económica. Este interés público se halla contemplado expresamente como un objetivo de la propia LGT: *“promover el desarrollo del sector de las telecomunicaciones, así como la utilización de los nuevos servicios y el despliegue de redes, y el acceso a éstos en condiciones de igualdad, e impulsar la cohesión territorial, económica y social”*. Las administraciones, al responder a un objetivo de interés público y no tanto de maximización de beneficios, deciden prestar servicio en zonas desabastecidas.

No obstante, pueden presentarse supuestos en los que una entidad pública decida prestar el servicio en una zona donde ya se está prestando por parte de operadores privados, en concurrencia con ellos. En este caso, el objetivo fundamental

de la actuación pública ya no sería el prestar el servicio en una zona desabastecida y estaría actuando como un operador más. A primera vista, se podría pensar que no existiría una de las premisas justificadoras de la intervención pública referidas en el apartado anterior: existencia de un interés público en la actuación empresarial pública. No obstante, el interés público en este sector no se termina en el hecho de procurar el acceso a los servicios por parte de todos los ciudadanos, sino que puede haber (los hay) otros indicadores de este interés público, como por ejemplo propiciar el incremento de las ofertas, promover la inversión eficiente en nuevas infraestructuras, fomentar la innovación tecnológica y, en definitiva, impulsar beneficios para los ciudadanos derivados del régimen de libre competencia (todos estos intereses se hallan contemplados en el artículo 3 de la LGT).

Ya sea en uno u otro supuesto, dicha intervención pública acarrea ciertos riesgos para la competencia en el sector que el legislador ha intentado resolver. Estos riesgos, además, no encuentran total cobertura en la aplicación de las previsiones legales sobre el control del gasto público.

Estos riesgos están presentes siempre que la acción de la Administración puede crear una clara barrera a la entrada de inversores privados en el mercado o provocar la salida de los ya establecidos por imposibilidad de competir en igualdad de condiciones. Habrá que atender a las circunstancias del mercado y el modo de prestación del servicio, pero es fácil imaginar que si la administración está prestando un servicio en una determinada zona podría caer en la tentación de imponer precios públicos o, en todo caso, precios más bajos de los que aplicaría un inversor privado que decidiera establecerse o los que ya aplica el establecido en la zona; hay que tener en cuenta que el inversor privado necesita, al menos, amortizar su inversión inicial.

Esa necesidad del inversor privado no sería tal, o al menos no constituiría una prioridad para la Administración, que no está sujeta al binomio –beneficio/riesgo–, sino que dispone de los fondos para financiar los costes iniciales de establecimiento sin necesidad de repercutirlos inmediatamente en los usuarios. Lo único que ha de hacer la Administración es justificar la necesidad del gasto y realizar la correspondiente provisión presupuestaria.

Todo esto, puede tener efectos negativos para la competencia en el mercado y para la consecución de los objetivos previstos en el artículo 3 de la LGT, ya que, junto al riesgo de eliminar la competencia, se podría dificultar o impedir la inversión eficiente y la innovación tecnológica. Además, esta disposición de fondos podría suponer un caso de ayuda de estado en los términos mencionados en un apartado anterior de este Informe.

Por estos motivos, la legislación reguladora de las telecomunicaciones, a la vez que reconoce el derecho de las Administraciones Públicas a actuar como operadores, establece condiciones específicas para asegurar que no vulneren la competencia en el sector y facilitar, al mismo tiempo, el control de su actuación a tales efectos.

4.2 | CONDICIONES PREVISTAS EN LA PROPIA LEY

Conforme al ya citado artículo 8.4 de la Ley General de Telecomunicaciones, la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas, directamente o a través de sociedades en cuyo capital participen mayoritariamente, se realizará con arreglo a los principios de neutralidad, transparencia y no discriminación, y con la debida separación de cuentas.

Los principios de neutralidad, transparencia y no discriminación son de aplicación general a la actuación de las Administraciones Públicas, pues derivan del principio constitucional de igualdad (artículo 14 CE) y de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9 CE). Además, cuando la Administración interviene en la vida económica, la aplicación de estos principios de neutralidad, no discriminación y transparencia tiene como objetivo adicional promover la competencia, precisamente uno de los objetivos de la LGT. Se trata, pues, de una responsabilidad de las Administraciones Públicas de la que se pueden deducir obligaciones específicas para ellas.

Por otra parte, con la aplicación de estos principios se persigue que el operador público presente en el mercado no reciba un trato privilegiado, debiendo someter su actuación a las mismas normas que el resto de los operadores privados, de forma que no se distorsione la competencia como consecuencia de su actuación.

La imposición de condiciones *ex lege* para la actuación como operadores de los poderes públicos responde por tanto, desde ambas perspectivas, a la necesidad de preservar la competencia efectiva en el mercado. En el artículo 3 de la LGT se establece que el fomento de la competencia efectiva se debe llevar a cabo de forma tal que se asegure la promoción de la inversión eficiente en materia de infraestructuras y el fomento de la innovación y, asimismo, se promueva el desarrollo del sector de las telecomunicaciones. Para asegurar la consecución de estos objetivos, es importante concebir la intervención de la administración operadora con ciertas cautelas porque su intervención podría ser susceptible de vulnerar la competencia en el mercado.

El sistema jurídico español admite la intervención de las administraciones en la economía, no tanto con carácter subsidiario (es decir, si los agentes privados no pueden por sí solos asegurar el servicio), sino concurriendo con los inversores privados (aunque con ciertos matices, como se ha visto). Pero al actuar en la economía, la Administración está obligada a actuar siempre en pro de la consecución de un objetivo de interés público y en las mismas condiciones que lo haría un agente privado; es decir, siguiendo las mismas reglas que rigen la actuación de los inversores privados.

Esto supone, por tanto, que a la Administración Pública se aplican las mismas normas de competencia: tanto la prohibición de realizar acuerdos anticompetitivos

del artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea, como la prohibición de abusar de una posición de dominio, tal como se establece en el artículo 82 del mismo tratado. Más importante aún es que la administración está asimismo obligada a respetar la normativa en materia de ayudas de estado (artículos 87 y 88 TCE).¹⁵

Al estar sometida la actuación pública a tales reglas, sobre todo en lo que respecta a la prohibición de aplicar financiación pública indebida a estas actividades, el legislador ha considerado necesario establecer condiciones que han de ser cumplidas obligatoriamente en la realización por la Administración de toda actividad como operador de redes y servicios de comunicaciones electrónicas. Su intención es asegurar que actúe en las mismas condiciones que la intervención privada, a la vez que facilitar el control de ello.

Junto con el respeto a los principios de neutralidad, no discriminación y transparencia, la ley menciona la debida separación contable en el desarrollo de la actividad.

La separación de cuentas es una obligación de transparencia que permite detectar la posible realización de prácticas que puedan distorsionar la libre competencia. Sobre esta condición, resulta interesante recordar lo manifestado por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en su Resolución de 5 de junio de 2003, cuando afirma: *“precisamente, debido a la especial posición que ostenta toda Administración Pública, esta separación contable constituye un medio adecuado para detectar la posible realización de prácticas anticompetitivas que puedan distorsionar la libre competencia. Esta mayor transparencia que implica la separación contable no sólo permite una intervención ex post más fácil por el acceso a la información, sino que evita, la mayoría de las veces, que se produzca la distorsión de la libre competencia ya que tiene el efecto directo de dificultar la ocultación de la misma.”*

La separación contable es una condición que se exige frecuentemente en el ámbito del derecho comunitario, en relación con las empresas que disfrutan de derechos especiales o exclusivos para la prestación de servicios de interés económico general¹⁶. Estas empresas reciben a menudo compensaciones económicas, que se corresponden con el gasto que les supone prestar estos servicios económicamente no rentables¹⁷. Esta obligación se dirige a las empresas que prestan otro servicio o están realizando otra actividad diferente a la prestación para la que se les ha con-

¹⁵ En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de octubre de 1989 (RJ1989/7352), declara expresamente que “no pueden [...] estas empresas privadas de capital público recibir ayudas ni subvenciones de fondos públicos de ninguna clase, con las solas salvedades que enumeran los apartados 2 y 3 del artículo 92 del Tratado (actual artículo 87), y aun siempre sometiendo previamente las excepciones [...] a la Comisión del Mercado Común.”

¹⁶ En este sentido, la Directiva 80/723/CEE, relativa a la transparencia en las relaciones financieras entre los estados miembros y las empresas públicas, declara las empresas que están obligadas a llevar a cabo sus actividades a través de la separación de cuentas.

¹⁷ Sobre el importe de la compensación para la prestación de los servicios de interés general, ver la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 24 de julio de 2003 en el asunto C-280/00, *Altmark Trans GMBH y Regierungspräsidium Magdeburg / Nahverkehrsgesellschaft Altmark GMBH*.

cedido un derecho especial o exclusivo. En efecto, la separación de cuentas trata de impedir que la empresa atribuya gastos que pertenecen a la segunda actividad que realiza, o que atribuya gastos comunes a las dos actividades, íntegramente, a los costes de la actividad para la que disfruta de un derecho especial o exclusivo, y por tanto, de compensación.

La separación de cuentas se muestra como un método a priori eficaz, tanto para evitar alteraciones en la competencia, como para facilitar el control de la actividad ya que, como establece la Directiva 80/723/CE, sólo la separación de cuentas permite determinar los costes atribuibles a la actividad y verificar las condiciones en las que la empresa está actuando.

En el ámbito de las comunicaciones electrónicas, para el caso de las empresas con derechos especiales o exclusivos, la Directiva Marco¹⁸ establece, en su artículo 13, la obligación de la separación contable y determina que ha de realizarse en la misma forma que se exigiría para empresas jurídicamente independientes: identificando todas las partidas de costes e ingresos, especificando la base de cálculo y los métodos de asignación utilizados, con un desglose pormenorizado del activo fijo y de los costes estructurales.

A diferencia de la LGT que exige expresamente la separación contable para las Administraciones Públicas, la Directiva Marco únicamente hace referencia a su situación en el artículo 11.2, donde establece que los estados miembros velarán porque, cuando las autoridades públicas o locales mantengan la propiedad o el control de empresas explotadoras de redes o servicios de comunicaciones electrónicas, exista una separación estructural efectiva entre la función de otorgamiento de los derechos a que se refiere el apartado 1 (de paso) y las actividades asociadas con la propiedad o el control.

Esta exigencia de separación estructural deriva de la especial posición de las administraciones públicas y el riesgo que existe de que: a) se discrimine a favor de las propias operaciones, vulnerando los derechos de terceros operadores; y b) se financien indebidamente las actividades que llevan a cabo a partir de fondos públicos, falseando en uno y otro caso las condiciones de la competencia. En este sentido, el cumplimiento de esta obligación, garantizará a la CMT un acceso eficaz a la información necesaria para controlar la forma en que la administración desarrolla su actividad.

Esta separación contable busca, por lo tanto, dificultar que se discrimine e incumpla la legislación en materia de ayudas de estado, y la formación de los precios que se apliquen como contraprestación de la actividad ofrecida a los usuarios, a la vez que facilita

¹⁸ Directiva 2002/21/CE, de 7 de marzo de 2002 relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.

en gran medida el control de la actividad de la administración operadora por parte de la CMT. Responde esta regulación a la evolución seguida en el sector examinada previamente. Se autoriza la actuación de la Administración, pero el legislador, consciente de los riesgos que plantea, establece determinadas condiciones para su intervención. Estas condiciones, como se ha visto, intentan evitar conductas anticompetitivas, a la par que facilitar la función controladora de su actividad por parte de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Si estas condiciones se revelasen insuficientes para el mantenimiento de la libre competencia en el sector, la CMT está autorizada a intervenir e imponer condiciones adicionales adecuadas a cada caso concreto.

4.3 | **CONDICIONES ESPECIALES PARA GARANTIZAR LA NO DISTORSIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA EN LOS MERCADOS DE REDES Y SERVICIOS DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS. ESPECIAL REFERENCIA A LA PROBLEMÁTICA DE LOS PRECIOS**

La última previsión del artículo 8.4 que resta por examinar es la que encarga a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que vele para que la actuación de las entidades públicas en el sector no produzca perjuicios a la libre competencia.

El citado artículo establece: “*la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá imponer condiciones especiales que garanticen la no distorsión de la libre competencia*”.

De esta forma, se autoriza la intervención de la Administración Pública como operador de telecomunicaciones con ciertas condiciones que se imponen *ex lege* para prevenir que su actuación se lleve a cabo en las mismas circunstancias que la privada y facilitar a su vez el control de dicha actuación. Pero estas condiciones pueden no ser suficientes para asegurar que la intervención de los organismos públicos en el sector de las telecomunicaciones no actúe en detrimento de la competencia, por lo que se establece esta última previsión.

Se otorga a la CMT la función de velar que la competencia siga siendo efectiva y no se vea falseada en el mercado en que interviene la Administración. Por ello, la Comisión tiene la facultad de imponer condiciones especiales para continuar con la prestación del servicio a dichas administraciones.

Mientras que en virtud de la legislación anterior la CMT podía imponer condiciones específicas a cada operador, además de las previstas legalmente, en el momento de otorgar el título habilitante, con la nueva legislación se ve privada, de facto, de esta facultad, pudiendo imponer a las Administraciones Públicas condiciones especiales con posterioridad, si se revelan necesarias para garantizar la no distorsión de la competencia.

La Administración puede intervenir en el sector de las comunicaciones electrónicas, pero ha de comportarse como un operador económico más, siguiendo las mismas reglas que cualquier inversor privado. Esta posibilidad de control que se otorga a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones permite asegurar que la actuación de la Administración no falsee las condiciones de la competencia.

No existen, por el momento, ejemplos concretos de intervención de la Comisión para corregir conductas que distorsionen la competencia por parte de operadores públicos, ya que la nueva regulación fue aprobada recientemente y la intervención de las Administraciones Públicas como operadores de telecomunicaciones no ha sido muy significativa hasta la fecha. No obstante, como señala el apartado introductorio de este Informe, la situación está cambiando rápidamente y la intervención del sector público en el mercado de acceso a Internet en banda ancha se está multiplicando. También se aprecia cómo las ofertas comerciales de estos operadores públicos pueden contener elementos (sobre todo por los precios o “no precios” que pretenden aplicar) que pueden distorsionar la libre competencia en el sector, ya sea porque crean barreras de entrada o porque se fundamentan en financiaciones que pueden suponer verdaderas ayudas de estado.

4

A modo de ejemplo de posible intervención de la CMT, cabe plantear el supuesto de que una determinada administración, constituida como operador de comunicaciones electrónicas, esté prestando un servicio de acceso Internet mediante tecnología wi fi a precio inferior al necesario para asegurar la rentabilidad del negocio. Esta conducta podría generar la imposición de ciertas obligaciones por parte de la Comisión. Ciertamente, hemos visto que se busca evitar que la Administración tenga una conducta privilegiada en su condición de operador por la posibilidad con que cuenta de autofinanciarse a través de ayudas públicas. En el caso de prestar dicho servicio con carácter gratuito o a precio inferior al que establecería el mercado, estaríamos ante un caso claro de financiación pública de la actividad, ya que la Administración no estaría recuperando los gastos generados por la prestación del servicio y, por otro lado, estaría renunciando a los beneficios que todo inversor en una economía de mercado trataría de obtener.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá, en estos casos, considerar la imposición de alguna condición adicional. La prestación de servicios a precios distintos a los de mercado por una empresa pública, cuando no estén justificados, puede tener como consecuencia impedir el desarrollo de la competencia efectiva en el sector, ya que en el supuesto de que no exista ningún competidor se establecería una importante barrera a la entrada. Ningún operador privado podría instalarse para prestar un servicio similar en dicho mercado, porque ninguno podría competir contra un precio cero o inferior a costes. En el supuesto de que ya hubiera otros operadores prestando el citado servicio, la actuación de la Administración podría eliminar a sus competidores ya que un operador privado difícilmente estaría en situación de competir contra un precio que se fundamenta en un proyecto empresarial que cuenta con fuentes de financiación que no son accesibles a los operadores privados.

Tras la liberalización del sector de las telecomunicaciones, culminada con la entrada en vigor de la LGT, el nuevo marco legal que rige la prestación de servicios y la explotación de redes de telecomunicaciones las contempla como de interés general que se prestan en régimen de libre competencia, lo que conlleva naturalmente un régimen de actividad económica que no sería tal si los operadores no pudieran esperar el lógico retorno de las inversiones que realizan.

De lo anterior se puede deducir que el régimen establecido en la LGT y su normativa de desarrollo, en cuanto a 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 responda a un proyecto empresarial asumible por un operador privado de forma que no implique distorsiones de la libre competencia.

Aplicando la regla general anteriormente señalada, de un primer análisis hay que concluir que la gratuidad o el precio por debajo del coste de un servicio de telecomunicaciones pueden 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 excluyente. 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 la posición en el mercado de la administración pública de que se trate, 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 en concurrir en el mismo ámbito territorial.

En el ámbito de la Administración local (al que pertenecen los casos que han sido analizados con más detalle por la CMT), de conformidad con lo establecido en el artículo 57 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004 de 5 de marzo 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”*. La actividad que nos ocupa no tiene 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.

En cuanto a la financiación de la actividad con cargo a los presupuestos de las entidades públicas, cabe señalar una vez más que, como ya se ha indicado anteriormente, las Administraciones Públicas, al establecer y explotar una red pública o prestar un servicio público de comunicaciones electrónicas, habrán de operar en el mercado de las telecomunicaciones como un agente económico más, sin prevaler-

se de su condición de Administración Pública; es decir, neutralizando pérdidas con transferencias de fondos públicos municipales. Ello podría, además de contravenir las normas que rigen la actividad financiera de las Administraciones Públicas, 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, en un régimen de libre competencia, la financiación de la actividad deberá, en todo caso, realizarse por medio de los rendimientos de explotación de la misma

4.4 | LEGISLACIÓN SOBRE SUBVENCIONES Y AYUDAS PÚBLICAS

Por otra parte, la legislación española sobre subvenciones y ayudas públicas permite también la imposición de distintas condiciones, según exista o no riesgo de distorsión de la competencia.

La Ley 38/2003 de Subvenciones antes citada se aplica a las subvenciones otorgadas por los organismos y demás entidades de derecho público, con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, en la medida en que las subvenciones que otorguen sean consecuencia del ejercicio de potestades administrativas. El resto de las entregas sin contraprestación que realicen estos entes que se rijan por derecho privado se regirá por los principios de gestión y de información contenidos en la ley.¹⁹

No pudiendo considerar que la explotación de redes y la prestación de servicios de telecomunicaciones consiste en un ejercicio de potestades administrativas, no será de aplicación la Ley 38/2003 en su integridad. Ahora bien, sí que han de regirse las entregas sin contraprestación de estas entidades a los principios de gestión e información contenidos en la norma. Ello implica, en primer lugar, conforme al artículo 8.2, que cuando los objetivos que se pretende conseguir afecten al mercado, su orientación debe dirigirse a corregir fallos claramente identificados y sus efectos deben ser mínimamente distorsionadores.

En segundo lugar, conforme al artículo 8.3, la gestión de las subvenciones se realizará de acuerdo con los principios de: a) publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad, igualdad y no discriminación; y b) eficacia en el cumplimiento de los ob-

¹⁹ En el caso de ayudas en especie la disposición adicional quinta establece que se regirán por la legislación patrimonial, si bien se aplicará la Ley de Subvenciones cuando la ayuda consista en la entrega de bienes, derechos o servicios cuya adquisición se realice con la finalidad exclusiva de entregarlos a un tercero.

jetivos fijados por la administración otorgante y eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos.

Además, habrán de aplicarse estos principios, tanto a los servicios que estas empresas subvencionen, como a la financiación que ellas mismas reciban de otras Administraciones Públicas, teniendo siempre presente que su orientación debe dirigirse a corregir fallos de mercado y no deben distorsionarlo.

Implícitamente, en esta normativa se permite la subvención directa o indirecta de las actividades de estas entidades, sea para cubrir sus costes o para subvencionar los precios a usuarios finales, siempre y cuando se haya detectado un fallo de mercado. Esto significa que allí donde el libre juego de la competencia cubre la demanda de los servicios de telecomunicaciones no habría lugar para este tipo de subvenciones. Asimismo, si de lo que se trata es de estimular esta demanda, es posible la subvención de las actividades de los operadores, pero su gestión y otorgamiento deberán cumplir con los principios de publicidad, transparencia, objetividad, igualdad y no discriminación que exigen que puedan concurrir todas las empresas interesadas, en igualdad de condiciones.

En cuanto a la eficacia en el cumplimiento de objetivos, la articulación de este tipo de medidas habrá de tomar en cuenta los de la Ley General de Telecomunicaciones, entre los que figuran, además del fomento de la competencia, la neutralidad tecnológica así como la promoción de inversiones eficientes en materia de infraestructuras, y el fomento de la innovación. Por ejemplo, se trataría de estimular los servicios de banda ancha, con independencia de la tecnología utilizada para su prestación.

Por último, en lo que se refiere a la constitución y financiación de las actividades de las empresas públicas, será necesario que la inversión responda al principio del inversor en una economía de mercado.

Ahora bien, esta prohibición decaería para aquellos servicios en determinadas áreas geográficas donde no existe una oferta de servicios real o potencial, y donde la apertura de un procedimiento de concurso para otorgar una subvención, abierto a los distintos operadores, no fuera posible porque no hubiera ninguno interesado.

5

RECOMENDACIONES





RECOMENDACIONES

El objeto de este último epígrafe es ofrecer algunas recomendaciones, derivadas de todo lo anterior, sobre la forma en la que las Administraciones Públicas, o las entidades por ellas participadas mayoritariamente, podrían intervenir en el sector de las telecomunicaciones. Esta lista de recomendaciones no tiene carácter cerrado sino meramente indicativo. Contiene, por lo tanto, sólo algunas de las cuestiones más importantes que, a juicio de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, han de tomar en consideración las Administraciones Públicas cuando actúen en el mercado. Todo ello sin perjuicio del ejercicio por la Comisión de sus competencias para la supervisión de las obligaciones que han de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y la imposición, en su caso, de obligaciones específicas.

1.- Toda intervención de la Administración Pública en el sector de las telecomunicaciones, incluidas las decisiones empresariales públicas, debe venir justificada desde la perspectiva del interés público.

Este interés público puede concretarse en: la promoción del desarrollo del sector de las telecomunicaciones; la utilización de los nuevos servicios y el despliegue de redes, así como el acceso a éstos en condiciones de igualdad; y el impulso de la cohesión territorial, económica y social. También podrá consistir en propiciar el incremento de las ofertas, promover la inversión eficiente en nuevas infraestructuras, el fomento de la innovación tecnológica y, en definitiva, los beneficios para los ciudadanos derivados del régimen de libre competencia.

Cuando existan intereses concurrentes, este interés público habrá de valorar los objetivos previstos en la legislación sobre telecomunicaciones y ponderar los distintos intereses en juego. Así se deberá privilegiar las soluciones que, satisfaciendo las mismas necesidades:

- a) Fomenten la competencia en el mercado; por ejemplo, utilizando el concurso público como forma de selección y adjudicación de las empresas encargadas de satisfacer las necesidades no cubiertas debidamente por el mercado;
- b) Promocionen las inversiones eficientes en materia de infraestructuras y el fomento de la innovación;
- c) Resulten neutrales desde el punto de vista tecnológico: es decir, no condicionen la tecnología utilizada para prestar los servicios (por ejemplo, que afecten a los servicios de banda ancha con independencia de la tecnología utilizada).

2.- Está justificada la intervención de la Administración cuando la demanda esté insuficientemente atendida por el sector privado (exista un fallo de mercado).

3.- La imposición de obligaciones de servicio público en telecomunicaciones supone la definición por el Gobierno de una obligación de servicio público financiada con cargo a presupuestos públicos, en el marco de una organización unitaria para el territorio español de las necesidades a atender. Con esta fórmula es posible financiar el coste, de modo que se ofrezcan los servicios a un precio asequible.

4.- La iniciativa pública en la prestación de servicios o la explotación de redes públicas de comunicaciones electrónicas no debe limitar el derecho a la libertad de empresa de los operadores privados ni incumplir las reglas que rigen la economía de libre mercado, excepto en la medida necesaria para cumplir con el objetivo de interés general perseguido y guardando el principio de idoneidad y proporcionalidad.

Ello implica que cuando la Administración actúa como tal en el ámbito de sus competencias (actos de autoridad), no podrá incurrir en financiaciones ilegales contrarias al régimen de subvenciones públicas ni otras actuaciones discriminatorias igualmente contrarias a la libre competencia.

Por su parte, cuando la Administración actúa como un operador más en el mercado debe sujetarse, al menos, a las mismas reglas que el resto de los operadores, lo que implica que no podrá entrar en acuerdos colusorios ni abusos de posición de dominio ni recibir ayudas públicas que distorsionen la competencia.

Junto con estas obligaciones que son propias de todos los operadores, la Administración que actúe como operador público deberá además gestionar estos servicios con la debida separación de cuentas y respeto a los principios de neutralidad, transparencia y no discriminación.

5.- Las Administraciones Públicas, aun cuando actúen en el mercado de las telecomunicaciones sujetas a la misma normativa sectorial que el resto de operadores privados, deberán cumplir con las normas que regulan la actividad financiera correspondiente a su naturaleza pública, con especial mención a la previsión del gasto público y su control y la Ley General de Subvenciones en lo que les sea de aplicación.

6.- Las Administraciones Públicas que actúen como operadores en el mercado deberán presentar ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con carácter previo al inicio de la actividad, la notificación fehaciente a que se refiere el artículo 6.2 de la LGT. En el caso de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el momento del inicio de la actividad se corresponde con el momento de la oferta del servicio a los usuarios a los que va destinado (no está previsto un tratamiento diferente para las ofertas de servicios en pruebas). En el caso de la ex-



plotación de redes públicas de comunicaciones electrónicas, el inicio de la actividad se corresponde con cualquiera de los siguientes momentos: 1) el inicio de la creación de la red; 2) el inicio de su aprovechamiento; 3) la toma del control de la red; o 4) la puesta a disposición de la red a los posibles usuarios.

7.- Las Administraciones Públicas deben llevar cuentas separadas con respecto a sus actividades como operadores de telecomunicaciones.

Esta separación contable se ha de concretar de la misma manera que se exigiría para empresas jurídicamente independientes: identificando todas las partidas de costes e ingresos, especificando la base de cálculo y los métodos de asignación utilizados, con un desglose pormenorizado del activo fijo y de los costes estructurales.

8.- Las Administraciones Públicas deben atenerse a los principios de neutralidad, transparencia y no discriminación.

Con carácter general, no deberán favorecer, en el ejercicio de sus funciones públicas, sus propias actividades como operadores de telecomunicaciones en detrimento de los derechos del resto de operadores privados que concurren o puedan concurrir con ellas en el mismo mercado.

9.- Los operadores públicos no deben realizar sus actividades de telecomunicaciones de forma que establezcan barreras de entrada a los operadores privados ni provoquen la salida del mercado de éstos por la imposibilidad de competir en igualdad de condiciones.

10.- Las Administraciones Públicas, constituidas como operadores de servicios o redes públicas de comunicaciones electrónicas que prestan servicios en un entorno de competencia, deben aspirar a obtener un rendimiento normal; es decir, el que todo inversor privado en una economía de mercado trataría de obtener de su inversión de capital.

Lo anterior es de aplicación, tanto a los precios como a la financiación obtenida.

11.- Las Administraciones Públicas deberán formar sus ofertas de precios a los usuarios de servicios o redes públicas de comunicaciones electrónicas de conformidad con las reglas que rigen los mercados en competencia.

La Administración, aunque no sea declarada operador dominante, no puede vender por debajo de coste en un mercado en competencia, a menos que se trate de una estrategia comercial asumible por cualquier operador privado sin recurrir a la financiación pública de las pérdidas.

12.- Cuando se trate de servicios prestados en libre competencia, la financiación de la actividad deberá, en todo caso, realizarse por medio de los rendi-

mientos de la explotación de la misma, no pudiendo neutralizarse pérdidas con transferencias de fondos públicos. La única financiación externa permitida es la que cumpla con el principio del inversor privado en una economía de mercado (también en lo que se refiere a la constitución de la sociedad), salvo que se impongan obligaciones de servicio público, en cuyo caso es lícita la financiación que no exceda del coste ocasionado por la obligación y cumpla los requisitos de la recomendación 14.

13.- La financiación de los servicios considerados de interés económico general (también fuera del ámbito de las telecomunicaciones) por parte de las Administraciones Públicas es legítima si con ella no se está concediendo ventaja alguna a una empresa que compite con otras empresas. De este principio pueden extraerse las siguientes consideraciones prácticas:

- En principio, será legítima la financiación pública de infraestructuras que sean necesarias para prestar un servicio que se considera incluido entre las responsabilidades de la Administración para con los ciudadanos y que se limitan a las necesidades de este servicio, o que el mercado nunca realizaría en las mismas condiciones y en general las que no favorecen selectivamente a una empresa.

- Incluso en estos casos, la infraestructura no debería reservarse a un único usuario, sino estar abierta a distintos operadores y, si es posible, distintas actividades. Si se alquila a empresas, se deberá cobrar un canon de importe apropiado.

- En caso de utilización limitada a una sola empresa, se deberían respetar las condiciones en materia de transparencia y no discriminación. Además, en relación con el método de designación de la empresa encargada del servicio de interés general, todas las interesadas deberían poder competir en igualdad de condiciones para prestar dichos servicios. Los criterios y condiciones deben ser objetivos y aplicarse de manera transparente y no discriminatoria.

14.- Las subvenciones públicas que tengan por objeto permitir la explotación de servicios de interés general serán legítimas si pueden considerarse una compensación que constituye la contrapartida de las prestaciones realizadas por las empresas beneficiarias para el cumplimiento de obligaciones de servicio público.

No obstante, para que tal compensación sea legítima debe existir total transparencia respecto de sus contenido, coste y financiación, para distinguirse de la explotación de redes y prestación de servicios que se prestan en competencia con otros operadores, para lo que deberá reunir los siguientes requisitos:

- que la empresa beneficiaria esté efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y que estas obligaciones se hayan definido claramente;

- que los parámetros para el cálculo de la compensación se hayan establecido previamente de forma objetiva y transparente;
- que la compensación no supere el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones;
- cuando la elección de la empresa encargada de ejecutar obligaciones de servicio público no se haya realizado en el marco de un procedimiento de contratación pública, que el nivel de la compensación necesaria se haya calculado sobre la base de un análisis de los costes que una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada en medios de transporte para poder satisfacer las exigencias de servicio público requeridas, habría soportado para ejecutar estas obligaciones, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones.

15.- La imposición de obligaciones de servicio público a una empresa participada mayoritariamente por la Administración Pública y la financiación de las mismas deberán realizarse de acuerdo con los mismos principios de transparencia, publicidad y concurrencia, a fin de asegurar que no se produzcan discriminaciones entre operadores que sean contrarias a la libre competencia.

der nos CMT Cuadernos CMT Cuadernos CMT
CMT Cuadernos CMT Cuad
uadernos CMT Cuadernos CMT Cuadernos CMT Cuadernos
