



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

CERTIFICA:

Que en la Sesión nº 07/04 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 26 de febrero de 2004, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN 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

I. ANTECEDENTES

Primero.- Con fecha 30 de junio de 2003 y entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el 4 de julio de 2003, la Secretaría de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información de la Generalidad de Cataluña, Departamento de Universidades, Investigación y Sociedad de la Información (en adelante, "la Generalidad") somete a informe de esta Comisión su propuesta de actuación consistente en un Convenio entre la Administración y Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica) mediante el que se subvenciona la dotación de infraestructura para que determinadas centrales telefónicas puedan ofrecer servicios de banda ancha con tecnología ADSL (Adjunta a su escrito de solicitud, una nota de su Asesoría Jurídica y una propuesta de convenio).

Segundo.- Con fecha 29 de julio de 2003, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones solicita ampliación de la información relativa a la iniciativa para un mejor conocimiento del caso. Este requerimiento fue contestado



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

mediante escrito de fecha 8 de agosto y entrada en el Registro de la Comisión el 13 de agosto de 2003.

Tercero.- De acuerdo con la información remitida por la Generalidad, la iniciativa que se pretende sostener con cargo a financiación pública consiste, a grandes rasgos, en lo siguiente:

En cuanto al contenido objetivo del proyecto, la finalidad de la Generalidad es la de extender las redes de comunicaciones electrónicas de acceso a Internet a las localidades de Cataluña para las cuales estima que es necesario el concurso de la financiación pública.

Para ello, propone y somete a consideración de la Comisión la posibilidad de llegar a un acuerdo con el operador titular de las infraestructuras de telecomunicaciones actualmente existentes en dichas localidades, Telefónica, para dotar todas sus centrales de cobertura ADSL. Una vez dotada la central de cobertura ADSL, cualquier operador podría solicitar a Telefónica el servicio mayorista ADSL.

No están previstas medidas de fomento del consumo minorista o la demanda, como puede ser la fijación de un precio máximo para ofrecer los servicios finales, tarifas planas, etc.

La infraestructura que se quiere subvencionar es el equipo DSLAM en todas las centrales (configuración básica) y una parte de ramales de fibra óptica entre centrales equipadas, a las cuales no llega a fibra óptica.

Las únicas infraestructuras subvencionadas que Telefónica podría utilizar para otros usos serían los ramales entre centrales de fibra óptica, situados en entornos rurales.

El proyecto afectaría a unas 68 centrales que serían dotadas con DSLAM y que benefician a 97 municipios y a 10 centrales dotadas de DSLAM e infraestructura de fibra óptica que benefician a 15 municipios.

El importe previsto de la subvención es de un máximo de 2,15 millones de euros, siendo la proporción aproximada del 70% para la inversión en equipos DSLAM y un 30% en infraestructuras secundarias o ramales entre centrales de fibra óptica.

El proyecto pretende adelantar, mediante la subvención, el plan de cobertura y despliegue de medios en la red de Telefónica, de forma que todas las centrales del territorio catalán tengan cobertura en el año 2003.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Para acometer este proyecto se propone adoptar la forma jurídica de un convenio entre la administración autonómica y Telefónica sobre la base de los siguientes razonamientos:

En primer lugar, se toma como criterio fundamental que, con la medida, se consigue posibilitar a la mayoría de los abonados de la zona el acceso al servicio ADSL con el operador que deseen. Así, se expone que *“para dotar a la red pública de Telefónica de cobertura ADSL es necesario actuar en las centrales de Telefónica”,* y que, *“una vez dotada la central, (...) cualquier operador puede solicitar a Telefónica el servicio mayorista ADSL”.* Además, *“cualquier abonado conectado a la central dotada de cobertura ADSL puede solicitar el servicio ADSL al operador que tenga por conveniente”.* Incluso si no tiene esa cobertura, también es posible que cualquier operador preste el servicio mediante la desagregación del par incidiendo sobre el bucle de ese abonado concreto.

En segundo lugar, se destaca el hecho de que *“el objetivo no puede sacarse a concurso pues otros operadores sólo podrían dar el servicio incidiendo en el bucle del abonado que hubiera solicitado el servicio ADSL al operador en cuestión”.*

Por estos motivos, la Generalidad ha decidido que lo más idóneo es subvencionar la cobertura ADSL en la red pública fija de Telefónica.

En cuanto al contenido del convenio propuesto, es muy impreciso en lo que se refiere a las infraestructuras que se pretenden subvencionar, por lo que parece tratarse de un contrato tipo. La cláusula sexta del convenio dice expresamente que *“El presente convenio no tiene la naturaleza de contrato administrativo quedando excluido del ámbito de aplicación del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por R.D.L 2/2000, de 16 de junio, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3.1, letra d) de dicha norma legal.”*

En la presente consulta se somete a Informe de la Comisión la compatibilidad de esta actuación con la normativa sobre telecomunicaciones y el ordenamiento jurídico vigente.

II. COMPETENCIA DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es competente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.3 apartado h) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGT), para asesorar al Gobierno y al Ministro de Ciencia y Tecnología en los asuntos concernientes al mercado y a la regulación de las telecomunicaciones,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

particularmente en aquellas materia que puedan afectar al desarrollo libre y competitivo del mercado. Igualmente, podrá asesorar a las Comunidades Autónomas a petición de sus órganos competentes, en relación con el ejercicio de competencias propias de dichas Administraciones Públicas que entren en relación con la competencia estatal en materia de Telecomunicaciones.

El Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, otorga, en su artículo 25, a esta Comisión la función de ejercer el asesoramiento a las Comunidades Autónomas en los asuntos concernientes a las telecomunicaciones, particularmente en aquellas materias que puedan afectar al desarrollo libre y competitivo del mercado.

La consulta que plantea la Generalidad, se formula al amparo de estas competencias, ya que las cuestiones que son objeto de dicha consulta afectan a la regulación de telecomunicaciones y a las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales telemáticos e interactivos.

III. OBJETO DEL INFORME

El presente informe tiene por objeto dar respuesta a las cuestiones planteadas por la Generalidad, en relación con los hechos expuestos en el escrito de consulta remitido a esta Comisión.

En virtud del acuerdo objeto de consulta, la Generalidad de Cataluña se compromete a aportar a Telefónica una subvención de una determinada cantidad, para que este operador dote, en un determinado plazo, a las centrales telefónicas ubicadas en unos determinados municipios de Cataluña, de la infraestructura necesaria para ofrecer los servicios de banda ancha con tecnología ADSL. De este modo, señala la Generalidad, *“nos encontramos con que la definición del plan de cobertura y despliegue de medios en la red de Telefónica de España que se realiza por la Compañía atendiendo a sus propios criterios estratégicos, y que así se publicita incluso en la Web del Ministerio de Ciencia y Tecnología, se ve alterado por el interés de una Administración Pública, que desea adelantarle en su territorio y subvencionarlo para que todas las centrales de Telefónica de España tengan cobertura ADSL en el 2003”*.

Por tanto, el objeto de la actuación administrativa planteada por la Generalidad sería el otorgamiento de una subvención a un operador de telecomunicaciones predeterminado al objeto de que éste proceda a la instalación de una determinada infraestructura en un determinado plazo.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La finalidad de esta medida, según indica la Generalidad de Cataluña, es *“extender las redes de comunicaciones electrónicas de acceso a Internet”*, para, con ello, *“evitar la fractura digital, tanto territorial como social”*, de Cataluña.

Concretamente, la actividad objeto de consulta consiste en la subvención, por parte de la Generalidad, de las adaptaciones necesarias en la red para proporcionar cobertura ADSL en localidades que ya disponen del servicio telefónico mediante par de cobre, estando disponibles las centrales para prestar los servicios.

Estas adaptaciones serían las siguientes:

- Instalación de los equipos de acceso de banda ancha (comúnmente denominados DSLAMs) que permitan establecer conexiones de alta capacidad con los usuarios. Esta instalación puede requerir el acondicionamiento de espacio adicional si no es suficiente el disponible en la caseta o edificio existente y pueden ser necesarios equipos de alimentación adicionales. Hay que tener en cuenta que es altamente probable que sea un concentrador remoto (y/o una central local) el elemento al que se conectan las líneas, pudiendo en determinados casos ubicarse en contenedores a la intemperie.
- Establecimiento de capacidad de transmisión suficiente, en caso de no estar ya disponible, para admitir el tráfico en los nuevos nodos de banda ancha (los citados equipos de acceso) con la red troncal. Es necesaria la instalación o aumento de capacidad de los correspondientes equipos de transmisión, que se podrá soportar en el enlace radioeléctrico u óptico que, normalmente, estará ya establecido.
- Los núcleos de población no servidos por infraestructura de par de cobre (donde el servicio telefónico se suministra mediante enlaces radioeléctricos, como los del sistema TRAC) no podrían quedar atendidos por tecnologías ADSL, si bien no parece que la iniciativa de la Generalidad se refiera a estos núcleos de población por el énfasis puesto en dichas tecnologías.¹

El convenio de colaboración que la Generalidad plantea para instrumentar esta iniciativa no se rige por la legislación de contratos de las administraciones públicas². Esta exclusión no se produce, como afirma la Generalidad en su

¹ Según el pliego de Telefónica de la licitación para la modernización del sistema, 9.134 abonados acceden al servicio telefónico por medio del sistema TRAC en, al menos, 314 núcleos de población en Cataluña.

² Esta subvención puede formalizarse mediante un convenio de colaboración entre la Administración Pública y personas físicas o jurídicas, convenio cuyo objeto no se encuentra comprendido en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobada por RDL



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

escrito, porque Telefónica sea la única entidad capaz de prestar los servicios (y, por lo tanto, pueda prescindirse de la publicidad y la concurrencia en el procedimiento), sino porque la iniciativa, aunque se formalice mediante un convenio de colaboración con la Administración Pública, posee la naturaleza jurídica de subvención, puesto que consiste en una disposición gratuita de fondos públicos a favor de una persona privada, Telefónica, para fomentar un servicio que la Generalidad ha considerado de utilidad social: la disponibilidad del acceso a Internet a una velocidad superior al acceso funcional a Internet.

Esta actividad de la Generalidad se enmarca, pues, en la actividad subvencional de las Administraciones Públicas y, como tal, suscita una serie de cuestiones de carácter general entre las que se encuentra, en primer lugar, la competencia para otorgar subvenciones en materia de Telecomunicaciones a la luz del reparto competencial establecido en la Constitución Española.³ En segundo lugar, se plantea la compatibilidad del convenio con la normativa general sobre subvenciones que exige para su licitud por regla general, entre otras cosas, un procedimiento de publicidad y concurrencia competitiva en la determinación del beneficiario de la subvención.⁴ Por último, sería preciso analizar la compatibilidad de esta subvención con el régimen español⁵ y

2/2000 de 16 de junio (artículo 3.1 letra d) que, de conformidad con la disposición final primera, tiene carácter básico para las CCAA). Este parece ser el caso que nos ocupa, puesto que el servicio y suministro objeto del convenio no se prestan a la Administración para el cumplimiento de su actividad sino a los administrados para la consecución de fines que la Administración ha considerado de utilidad pública y se enmarcan, por tanto, en la actividad de fomento. Tampoco se trata de un contrato de gestión de servicios públicos, mediante el cual la Administración gestiona indirectamente servicios de su competencia.

En todo caso, el hecho de que un convenio de la Administración no se encuentre, sujeto a la normativa sobre contratación pública no supone la posibilidad de arbitrariedad los poderes públicos en la actividad administrativa. De hecho, el mismo artículo que los excluye dispone, en su apartado 2, que estos supuestos se regularán por sus normas especiales aplicándose los principios de la Ley para resolver dudas y lagunas que pudieran presentarse. Entre estos principios, ocupan un lugar predominante los de publicidad y concurrencia. Del mismo modo, la legislación autonómica dispone que, excepcionalmente, la concesión de subvenciones públicas se puede producir mediante acuerdos, pactos, convenios y contratos con entidades de derecho público o privado, si estos medios son más eficientes para lograr los objetivos fijados, pero serán exigibles los mismos requisitos.

³Conforme al artículo 149.1.21 de la Constitución Española, la actuación sobre la materia "telecomunicaciones" es competencia exclusiva del Estado y comprende tanto la actividad normativa como la actividad de ejecución (STC 244/1993, de 15 de julio, F.J. 6). Además, 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.).

⁴ Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones y el Real Decreto Legislativo 3/2002, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Finanzas Públicas de Cataluña.

⁵ Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (art. 19). 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

comunitario⁶ de competencia y ayudas públicas que exigen el sometimiento a los principios de transparencia y no discriminación, lo que incluye, entre otras cosas, la previa notificación.

Sin embargo, ninguna de estas cuestiones se abordarán en el presente expediente, que, en virtud de la habilitación competencial establecida en el artículo 48.3 apartado h) de la LGT, se limitará a analizar la compatibilidad de la medida propuesta y sus posibles efectos en el mercado con la actual regulación sobre telecomunicaciones, y ello tanto en relación con el procedimiento propuesto para financiar la actividad en materia de telecomunicaciones como sobre la propia elección de privilegiar una determinada tecnología en detrimento de otras.

Sin perjuicio de las normas generales que rigen la actividad subvencional, las Administraciones Públicas han de respetar asimismo la normativa sectorial de telecomunicaciones, que exige que la intervención de la Administración no distorsione la competencia y fomente la neutralidad tecnológica, tanto cuando se trata de intervenir como Administración garante de los servicios públicos como cuando la propia Administración actúa como un operador más en el mercado.

Esta normativa que rige la actuación de la Administración en materia de telecomunicaciones se concreta, de un lado, en que, aunque se permite a la Administración actuar como operador en un entorno de prestación de servicios en régimen de competencia, esta actuación está sujeta a numerosas cautelas como más adelante se expondrá. Por otra parte, cuando la propia dinámica del mercado no es capaz de prestar un servicio en régimen de competencia, la intervención de la Administración 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.

De formalizarse el convenio al margen de estos mecanismos previstos expresamente por la Ley, se podría producir un resultado contrario a los objetivos de fomento de la competencia efectiva y de la neutralidad tecnológica en los mercados de telecomunicaciones que establece la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, en su artículo 3.

que deberían hacer frente los operadores económicos y las empresas en condiciones de mercado que no lleven implícita una contraprestación en condiciones de mercado.

⁶ Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (arts. 87 a 89) y normativa de desarrollo: Reglamento núm. 659 del Consejo de 22 de marzo de 1999, Reglamento CE 69/2001 de la Comisión de 12 de enero de 2001 "de minimis" y Jurisprudencia del TJCE, en particular la sentencia de 24 de julio de 2003, Asunto C-280/00 Altmark.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

IV. RÉGIMEN ESPECÍFICO APLICABLE A LA INTERVENCIÓN PÚBLICA EN MATERIA DE TELECOMUNICACIONES

La Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, establece como principio general de actuación de la Administración en materia de subvenciones que, cuando los objetivos que se pretendan conseguir afecten al mercado, la orientación de la subvención debe dirigirse a corregir fallos claramente identificados y sus efectos deben ser mínimamente distorsionadores (art. 8.3).

Este principio de actuación encuentra una expresión más elaborada en la normativa sobre telecomunicaciones y, concretamente, en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (LGT), que establece los concretos cauces que puede seguir la intervención de la Administración en cuanto a la provisión y financiación de servicios de telecomunicación.

Con carácter previo a cualquier otro análisis, hay que destacar, como particularidad del mercado de las telecomunicaciones frente a otros mercados tradicionalmente no sujetos a intervención administrativa, el gran cambio que ha supuesto pasar de una consideración de los servicios como monopolio natural y, por lo tanto, susceptibles de ser prestados directamente por la Administración (o por un ente privado bajo la estricta tutela de la Administración que delimitaba las condiciones técnicas y económicas de prestación de los servicios) a su caracterización como servicios que pueden ser prestados con mayor eficacia en régimen de libre mercado. Este cambio implica que, en principio, la Administración sólo habrá de intervenir cuando el mercado no sea capaz de satisfacer la demanda existente, así como para evitar situaciones de abuso de posición de dominio por parte del antiguo monopolista que impidan la apertura efectiva del mercado.

De ahí que, sin perjuicio del régimen general aplicable a las subvenciones públicas, el delicado equilibrio entre el juego del mercado y la intervención de la Administración para satisfacer necesidades que se consideran de interés público se concreta en el sector de las telecomunicaciones, conforme a la Ley General de Telecomunicaciones, en los siguientes cauces:

- 1) En primer lugar, la Administración puede imponer obligaciones a los operadores de acuerdo con la normativa específica sobre obligaciones de servicio público que se recoge en el Título III de la Ley General de Telecomunicaciones.
- 2) En segundo lugar, la Administración podrá prestar ella misma los servicios de telecomunicaciones, pero deberá sujetar sus operaciones a



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

determinadas condiciones con el fin de no distorsionar la competencia (art. 8.4 LGT)

- 3) Por último, y en cualquiera de los anteriores supuestos, la actuación de la Administración deberá dirigirse al cumplimiento de los objetivos establecidos en la Ley General de Telecomunicaciones y respetar y hacer respetar los principios en ella recogidos, entre los que se encuentran los siguientes (art. 3 LGT):
- Fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones (apartado a);
 - Garantizar el cumplimiento de las obligaciones de servicio público (apartado b);
 - 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 (apartado c);
 - Fomentar la neutralidad tecnológica en la regulación (apartado f).

1. La imposición de obligaciones de servicio público a los operadores

La Ley 32/2003 de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, al igual que la legislación anterior, contempla la necesidad de garantizar la existencia de servicios de telecomunicaciones electrónicas disponibles al público, de adecuada calidad en todo el territorio nacional a través de una competencia y una libertad de elección reales, y tratar las circunstancias en que las necesidades de los usuarios finales no se vean atendidas de manera satisfactoria por el mercado (artículo 20 LGT).

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 se expondrá más adelante), sino como Administración en el ejercicio de sus potestades públicas.

A tal efecto, el sistema específico que articula la Ley General de Telecomunicaciones para regular la intervención de la Administración en esta área consiste en la posibilidad de imponer determinadas condiciones a los operadores de telecomunicaciones.

Es decir, para regular esta intervención de la Administración Pública como garante de las necesidades de los usuarios allí donde no alcanza el libre mercado, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

contempla una serie de obligaciones de servicio público que pueden ser impuestas a los operadores. Entre estas obligaciones, la Ley distingue dos tipos: la categoría de *“obligaciones de servicio universal”* la de *“obligaciones de servicio público impuestas por razones de interés general”*.

a) Servicio universal

En el primer caso, el concepto de *“servicio universal”* comprende el conjunto definido de servicios cuya prestación se garantiza para 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 estos servicios puede ser asignada por la Administración a uno o varios operadores, conforme a los procedimientos descritos en el artículo 23 de la LGT (que incluyen un sistema de licitación público 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 de prestarlos, su financiación corresponderá al Fondo Nacional del Servicio Universal, que es sostenido por las aportaciones de los operadores con obligaciones de contribución a su financiación.

No obstante lo anterior, la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 11/1998 declaraba como operador inicialmente dominante a efectos de la prestación del servicio universal a Telefónica hasta el 1 de enero del año 2006. Por su parte, la Disposición Transitoria Segunda de la nueva LGT ha dispuesto que la prestación del servicio universal, en el ámbito definido por la Ley 11/1998, seguirá correspondiendo a Telefónica hasta la aprobación del Reglamento que sustituya al actualmente en vigor en lo relativo al servicio universal. De acuerdo con la Resolución de la Comisión de 3 de julio de 2003, la prestación del servicio universal por parte de Telefónica no constituye una desventaja competitiva, por lo que Telefónica no recibe contraprestación alguna.

De todo lo anterior se concluye que, 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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Entre este 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.

En efecto, la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, introdujo en nuestro ordenamiento el concepto de acceso funcional a Internet. Así, se entiende por velocidad suficiente para acceder de forma funcional a Internet *“la que se utiliza de manera generalizada para acceder a Internet por los abonados del servicio telefónico fijo disponible para el público con conexión a la red mediante pares de cobre y módem para banda local”* (Disposición Final Primera de la Ley 34/2002).

Por último, esta Ley 34/2002 introdujo una Disposición Transitoria Duodécima a la entonces vigente Ley 11/1998, General de Telecomunicaciones, sobre *“criterios para el desarrollo del plan de actualización tecnológica de la red de acceso de la red telefónica pública fija”*, que estableció que Telefónica, como operador designado para la prestación del servicio universal, debe presentar un plan de actuación para garantizar que las conexiones a la red telefónica pública fija posibiliten a sus abonados el acceso funcional a Internet y, en particular, a los conectados mediante telefonía rural de acceso celular. Este plan debe cubrir al 100% de los abonados al servicio telefónico fijo disponible al público antes del 31 de diciembre de 2004 (Esta Disposición Transitoria duodécima se mantiene vigente en virtud de la Disposición Derogatoria de la nueva Ley General de Telecomunicaciones).

En consecuencia, en la actualidad, el acceso a Internet mediante tecnología ADSL no forma parte del referido plan de actualización tecnológica, puesto que no se considera servicio comprendido dentro de la categoría de servicio universal.

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.

Por su parte, la Ley 34/2002 estableció, en la misma Disposición Transitoria Duodécima a la entonces vigente Ley General de Telecomunicaciones antes citada, que *“las soluciones tecnológicas deberán prever su evolución a medio*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 en el concepto de “acceso funcional a Internet” contenido en el “servicio universal” los servicios de acceso a Internet mediante tecnologías de banda ancha, como es el acceso ADSL indirecto, que es el que se corresponde con la descripción que figura en la “Nota Jurídica sobre Subvenciones” que acompaña la Generalidad a su escrito de 30 de junio como objetivo del convenio.

b) 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, precisamente, 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, de la seguridad pública o de 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) de 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) de 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, d) por 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 Real Decreto, se regulará el procedimiento de imposición de estas obligaciones y su forma de financiación.

Aunque todavía no se ha publicado este Real Decreto, sus disposiciones deberán respetar los principios recogidos en la Ley General de Telecomunicaciones y Directiva 2002/22/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo, relativa al Servicio Universal y los derechos de los



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 el principio de neutralidad tecnológica y el fomento de la competencia (art. 3 LGT).

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

En este sentido, la Resolución de la CMT 5 de junio de 2003, en relación con una consulta sobre el título necesario para el establecimiento y explotación de una red de telecomunicaciones inalámbrica para posibilitar la cobertura de acceso a Internet de alta velocidad, ya hacía referencia a esta vía para los casos en que el mercado no pudiera satisfacer las necesidades (refiriéndose a similares preceptos de la Ley 11/1998):

“Lo anterior no obsta, para, en aplicación de lo establecido en el artículo 40 de la LGTel [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 LGTel establece que el Gobierno, previo informe de esta Comisión, podrá, reglamentariamente, incluir determinados servicios de los previstos en el apartado 2 del mismo artículo en la categoría de servicios obligatorios de telecomunicaciones. 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 LGTel, 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 cuanto a la financiación de estos servicios, la Directiva de Servicio Universal, en su artículo 32, dispone, 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 de financiarlas de conformidad con el derecho comunitario, si bien no puede hacerlo mediante contribuciones procedentes de los agentes del mercado.

Es decir, la iniciativa de la Generalidad podría encontrar su cauce en la regulación de las obligaciones de servicio público, si bien su concreción se requiere un desarrollo reglamentario previo y la compatibilidad de su financiación con las normas generales de aplicación en materia de subvenciones y libre competencia (incluido el derecho comunitario).

En definitiva, la actividad subvencional prevista por la Generalidad, o por otras Comunidades Autónomas, podría plantearse 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 subvención planteada.

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 de subvenciones. Todo ello, sin perjuicio de los aspectos que resulten necesarios para la salvaguardia de las condiciones de competencia en el mercado y con el derecho comunitario de aplicación.

2.- La prestación de los servicios de telecomunicaciones por la propia Administración

Como ya se ha expuesto, la legislación de telecomunicaciones permite a la Administración prestar ella misma los servicios de telecomunicaciones, pero condiciona sus operaciones a determinados requisitos dirigidos a evitar que se distorsione la competencia.

Así, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, prevé, en su artículo 8.4, relativo a las *Condiciones para la prestación de servicios o explotación de redes de comunicaciones electrónicas*, los supuestos de actuación de las Administraciones Públicas en la explotación de redes o en la prestación de servicios de telecomunicaciones. En concreto, el artículo 8.4 establece que “La explotación de redes o la prestación de servicios de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas, directamente o a través de sociedades en cuyo capital participen mayoritariamente, se ajustarán 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 artículo 7.3 de la Ley 11/1998, de 24 abril, General de Telecomunicaciones se manifestaba en similares términos⁷ y, al amparo de este artículo, esta Comisión ha venido imponiendo a las Administraciones Públicas una serie de condiciones a su actuación en el sector de las telecomunicaciones con independencia de la forma adoptada.

Esta forma que puede adoptar la actuación de las Administraciones Públicas en el sector de las telecomunicaciones puede ser muy variada, en correspondencia con los diversos modos de gestión que tienen las Administraciones para la consecución de sus fines. En este sentido, la actuación de la Administración puede llevarse a cabo mediante una intervención directa (que asumiría la propia Administración, como persona jurídica, o una entidad de Derecho Público perteneciente a la misma, 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 o mixto, u otras fórmulas diferentes).

En todos los casos en que se ha considerado necesario, la Comisión ha impuesto condiciones para garantizar que la intervención pública, cualquiera que sea la forma que adopte la actuación de la Administración, no distorsione la libre competencia. Así, entre las condiciones impuestas destacan las siguientes:

- Formar y presentar anualmente a esta Comisión cuentas separadas auditadas referidas a las actividades que realice al amparo de la licencia con arreglo a los principios de neutralidad, transparencia y no discriminación⁸.

⁷ Artículo 7.3 Ley 11/1998, de 24 de abril: “Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo anterior, la prestación o explotación en el mercado de servicios o de redes de telecomunicaciones por las Administraciones públicas o sus Entes públicos, directamente o a través de sociedades en cuyo capital participen mayoritariamente, requerirá la previa obtención del título habilitante que corresponda, de entre los regulados en este Título. Dicha prestación o explotación deberá ser autorizada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, que establecerá las condiciones para que se garantice la no distorsión de la libre competencia. Y se realizará por la Administración o el ente habilitados, con la debida separación de cuentas y con arreglo a los principios de neutralidad, transparencia y no discriminación”.

⁸ Resoluciones de la Comisión de 25 de marzo de 1999 *Catalana de Telecomunicaciones, Societat Operadora de Xarxes, S.A.*; de 14 de enero de 2002 *Servicios Ferroviarios de*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Explotar las redes y prestar sus servicios con arreglo a los principios de neutralidad, transparencia y no discriminación⁹.
- No prevalerse de su condición de Administración Pública para imponer u obtener condiciones comerciales que resulten discriminatorias en los contratos que suscriba con clientes y proveedores y, en particular, en los acuerdos de compartición de infraestructuras y de colaboración en el desarrollo conjunto de las redes, estableciendo, igualmente, condiciones y requisitos transparentes y no discriminatorios para la ocupación de dominio público por los distintos operadores de redes públicas¹⁰.
- Las cláusulas de los contratos que tuviera concluidos con diversas compañías y organismos de la Administración Pública que contuvieran cláusulas discriminatorias se considerarán no compatibles con la libre competencia en el mercado¹¹.
- Posibilidad de solicitar informe de experto independiente que refleje los activos y pasivos segregados de la actividad de telecomunicaciones del titular de la licencia y, en su caso, la comparecencia de la persona que haya auditado las cuentas con el fin de que realice las oportunas aclaraciones y aporte información complementaria sobre sus estados financieros y separaciones de cuentas por actividades y servicios¹².
- Llevar contabilidad separada de la actividad objeto de la licencia, poniendo de manifiesto los ingresos netos de explotación, los precios de las operaciones con otros servicios o actividades de la entidad, el estado de resultados, y los activos afectados a la prestación del servicio considerado¹³.

Del sentido de las condiciones anteriores puede deducirse que sería contraria a la regulación de telecomunicaciones una política de financiación de la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas cuyos resultados distorsionen la libre competencia.

3.- Alternativas de intervención pública acordes con los principios y objetivos del artículo 3 de la Ley General de Telecomunicaciones: fomento de la competencia y respeto de la neutralidad tecnológica

Mallorca, Empresa Pública; de 14 de marzo de 2002 M.I. Ayuntamiento de Baena; de 13 de noviembre de 2003 Consell Comarcal de Les Garrigues.

⁹ Resoluciones de la Comisión de 27 de julio de 2000 *Difusió Digital Societat de Telecomunicacions, S.A.*; de 3 de octubre de 2002 *Ayuntamiento de San Juan de Aznalfarache*.

¹⁰ Resoluciones de la Comisión de 22 de marzo de 2001 *Ferrocarriles de Vía Estrecha*; de 9 de octubre de 2003 *Ayuntamiento de Cassá de la Selva*.

¹¹ Resoluciones de la Comisión de 19 de abril de 2001 *Redes de Telecomunicaciones Galegas, RETEGAL, S.A.*; de 30 de abril de 2002 *Telecom Castilla-La Mancha, S.A.*

¹² Resoluciones de la Comisión de 21 de diciembre de 1999 *Red Nacional de Ferrocarriles Españoles*; de 29 de junio de 2000 *Metro de Madrid, S.A.*

¹³ Resoluciones de la Comisión de 3 de octubre de 2002 *Ayuntamiento de San Juan de Aznalfarache*; e 3 de octubre de 2002 *Calviá 20000, S.A.*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Conforme al artículo 3 de la LGT, la actuación de la Administración, cualquiera que sea la forma que adopte, deberá dirigirse al cumplimiento de los objetivos establecidos en la Ley General de Telecomunicaciones y respetar y hacer respetar los principios en ella recogidos, entre los que se encuentran los de:

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

En el concreto caso que nos ocupa, en principio, la actuación de la Generalidad parte de la premisa de que la intervención es necesaria porque existe un servicio que se considera de interés general y que el mercado por sí mismo no tiene un interés en cubrir. Así, si se ha decidido subvencionar la infraestructura es debido a que, en principio, el servicio no puede ser cubierto por los operadores en condiciones de mercado, motivo por el cual se considera necesaria la actuación de la Administración. Se entiende que si se subvenciona esta instalación de infraestructura, tanto el destinatario de la subvención como los demás operadores tendrán un mayor interés en ofrecer un servicio a los usuarios de las poblaciones a las que afecta la medida.

No obstante lo anterior, la forma concreta que propone la Generalidad, que consiste en la subvención directa al operador dominante y antiguo monopolista, dirigida, además, a fomentar directamente determinada tecnología, resulta incompatible con el marco previsto en el artículo 3 de la Ley General de Telecomunicaciones antes citado.

Así, la decisión de subvencionar directamente a Telefónica para la implantación de servicios ADSL tiene la potencialidad de incidir negativamente sobre la competencia en el mercado y ello tanto en relación con otros operadores que podrían prestar el servicio mediante la misma tecnología ADSL como en relación con los operadores que prestan servicios de banda ancha a través de distintas tecnologías.

Así, en primer lugar, existen otros operadores que podrían estar interesados en instalar la infraestructura que se quiere subvencionar y que tienen la capacidad técnica y económica para hacerlo gracias a las condiciones introducidas por el Real Decreto 3456/2000, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece las condiciones para el acceso al bucle de abonado



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de la red pública telefónica fija de los operadores dominantes y el Reglamento Comunitario número 2887/2000, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, sobre el acceso desagregado al bucle local. En virtud de dicho proceso, se ponen las infraestructuras de par de cobre implantadas a lo largo de décadas a disposición de los operadores competidores de Telefónica a fin de que se encuentren en condiciones equivalentes a la hora de desplegar servicios avanzados en la red de cobre ya existente.

Resultaría contradictorio con esta regulación dirigir la subvención únicamente a las infraestructuras del operador dominante en estas circunstancias .

En segundo lugar, la subvención de las infraestructuras de ADSL no es necesariamente la única vía para alcanzar el objetivo deseado, pues existen otras alternativas técnicas.

En efecto, el acceso a las redes de datos a alta velocidad, o acceso de banda ancha puede apoyarse en muy variadas tecnologías. Así, puede ofrecerse a los usuarios una elevada velocidad de conexión mediante líneas alquiladas convencionales, bucle inalámbrico LMDS, módem de cable, ADSL, SDSL, y, muy pronto, Wi-fi o PLC.

La intervención de la Administración debería, en la medida de lo posible, asegurar la neutralidad tecnológica, esto es, no privilegiar innecesariamente determinadas tecnologías. La Ley General de Telecomunicaciones enumera en su artículo 3, entre los objetivos y principios de la Ley, el de fomentar, en la medida de lo posible, la neutralidad tecnológica en la regulación.

En este sentido, existen en el mercado operadores con una vocación general de despliegue de infraestructuras que, si bien en la actualidad pudieran no estar presentes en determinadas poblaciones, no deben ser automáticamente excluidos de iniciativas como las planteadas por la Generalidad, sobre todo cuando los despliegues de red van a ser subvencionados, ya que podrían mostrarse dispuestos a aumentar su despliegue alcanzando a dichos núcleos de población en caso de gozar de ciertas subvenciones.

Por otra parte, privilegiar el acceso indirecto al bucle supone una opción que limita las posibilidades de diferenciación de los operadores que lo utilizan, mientras que el acceso desagregado y el acceso compartido al bucle, al igual que el despliegue de infraestructuras alternativas, permiten la configuración de ofertas innovadoras y hacen posible operar sin depender de las soluciones de banda ancha de Telefónica.

Por todo ello, aunque la tecnología ADSL goza de la ventaja de hacer uso de las infraestructuras de cobre ya instaladas (característica compartida por la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

tecnología SDSL), constituye sólo una más de las alternativas que se han de valorar por la Administración a la hora de tomar este tipo de decisiones.

En consecuencia, sería más acorde con los objetivos de la Ley General de Telecomunicaciones de garantía de la neutralidad tecnológica y fomento de la competencia que la intervención de la Administración se limitase a fomentar la prestación de determinados servicios, sin condicionar la elección de la tecnología utilizada. En la medida de lo posible, la intervención de la Comisión debe fomentar y posibilitar la competencia. Por ejemplo, si la imposición de obligaciones de servicio público exigiese, como es la norma general en el otorgamiento de subvenciones, la convocatoria de un concurso, podría exigirse la apertura de un servicio mayorista a terceros operadores de forma que se posibilitase la competencia en precios.

VI. CONCLUSIONES

De conformidad con la normativa reguladora de las telecomunicaciones, procede contestar a la consulta formulada por la Generalidad lo siguiente:

- 1.- La iniciativa objeto de la presente consulta encuentra su regulación específica en el artículo 25 de la Ley General de Telecomunicaciones, que permite la imposición de obligaciones de servicio público a los operadores.
- 2.- La Ley General de Telecomunicaciones también permite a la propia Administración actuar como un operador de telecomunicaciones, sometiendo su actuación a las cautelas necesarias para no distorsionar la competencia.
- 3.- La intervención Administrativa no puede privilegiar, sin mayor justificación, unas tecnologías frente a otras mediante medidas regulatorias, pues incurriría en contradicción con los principios del artículo 3 de la Ley General de Telecomunicaciones (fomento de la competencia y de la neutralidad tecnológica de las decisiones regulatorias).

Así, semejante intervención puede ser contraria a la competencia, pues se afecta al desarrollo del mercado, al subvencionar, sin justificación, a determinados operadores en detrimento de otros.

Por otra parte, esta intervención resultaría, además, contraria al principio de neutralidad tecnológica, puesto que el acceso a las redes de datos a alta velocidad o acceso de banda ancha puede apoyarse en muy variadas tecnologías. Puede ofrecerse a los usuarios una elevada velocidad de conexión mediante líneas alquiladas convencionales, bucle inalámbrico LMDS, módem de cable, ADSL, SDSL, Wi-fi o PLC.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

4.- Incluso en el caso de que se entienda que está justificada la elección de la tecnología ADSL para conseguir un despliegue de redes que permita la prestación de servicios de banda ancha en el ámbito de Cataluña afectado por la iniciativa, el procedimiento no podría ser, sin más justificación, el de adjudicación directa de la subvención a Telefónica.

En este sentido, existen otros operadores que podrían estar interesados en instalar la infraestructura que se quiere subvencionar y que tendrían la capacidad técnica y económica para hacerlo gracias a las condiciones introducidas por el Real Decreto 3456/2000, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece las condiciones para el acceso al bucle de abonado de la red pública telefónica fija de los operadores dominantes y el Reglamento Comunitario número 2887/2000 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, sobre el acceso desagregado al bucle local.

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

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

Carlos Bustelo García del Real

Jaime Velázquez Vioque