

Tomás de la Quadra-Salcedo

## Liberalización de las telecomunicaciones, servicio público y constitución económica europea

[Colección: Cuadernos y Debates núm. 56, 1995, 173 págs.]

**L**A decisión de los órganos comunitarios de liberalizar totalmente las telecomunicaciones antes de enero de 1998 es, sin duda, una de las decisiones más trascendentales adoptadas por la Comunidad Europea desde que España forma parte de la misma. Es cierto que —como afirmaba Hauriou hace ahora un siglo— según las épocas, se puede ser liberal de muy distintas maneras, y, de acuerdo con ello, lo que hoy en la Unión Europea se entiende por liberalizar guarda ya escasa relación con lo que por liberalismo pudo haberse entendido en otros momentos de la Historia. No se trata ahora, evidentemente, de entregar al libre juego del mercado sectores o actividades en los que la naturaleza y las obligaciones de interés público continúan estando presentes. Nadie discute la necesidad de una “neo-regulación”. Pero, hoy por hoy, en el Derecho y en la Política Comunitaria, conceptos como “servicio público”, o “servicio de interés público”, o los que aspiran a sustituir

a aquellos, como los de “servicio universal”, o “servicio básico” son conceptos confusos en su contenido y mucho más confusas están todavía las técnicas necesarias para garantizarlos. De ahí la importancia del análisis que Tomás de la Quadra nos propone sobre la idea de servicio público en el contexto de la liberalización.

En nuestro país, la liberalización de las telecomunicaciones no ha sido hasta ahora objeto del debate que la trascendencia del tema hubiera requerido. Como había ocurrido en su día con la propia adhesión a la Comunidad, o, en su momento, con la ratificación del Tratado de Maastricht, la discusión sobre las razones y las consecuencias de la liberalización de las telecomunicaciones no había salido hasta ahora del estrecho círculo de los especialistas, algunos políticos, y las empresas interesadas en el sector. Hay que felicitarse, por consiguiente, de la publicación de este libro de Tomás de la Quadra, que ofrece la posibilidad de

interesar en el tema a un público mucho más amplio, lo que habrá de llevar, como es lógico, al consiguiente enriquecimiento de la discusión.

El autor de la obra, Tomás de la Quadra, apenas necesita ser presentado: discípulo de Eduardo García de Enterría y Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Madrid, era ya un reconocido especialista en materia de telecomunicaciones desde la publicación de su monografía sobre el servicio público de la televisión, en 1976; ha sido también, sucesivamente: Ministro de Administración Territorial, Ministro de Justicia, y Presidente del Consejo de Estado: es, pues, un español sobradamente conocido, de cuya seriedad y rigor da muestra, una vez más, el libro que con estas líneas nos proponemos comentar.

La obra pretende ser un conjunto de reflexiones sobre la idea de servicio público en el marco de la liberalización. Para el autor, “algunos de los instrumentos conceptuales utilizados en la batalla por la liberalización han quedado algo maltrechos; tal es el caso de los servicios de interés económico general y de la concesión de derechos especiales o exclusivos” (33). “A medida que van surgiendo las dificultades y oposiciones por parte de los Estados miembros, se invocan cada vez más los preceptos del Tratado como justificación de la liberalización y se

olvida el carácter de decisión política que esta tuvo en sus comienzos” (25), y “esa utilización de los más diversos preceptos del Tratado para justificar como fuera la operación de liberalización ha dejado maltrecha la interpretación tradicional, y probablemente original, de esos preceptos en muchos puntos, y más en concreto en lo que se refiere al art. 90 del Tratado CEE y al concepto de servicio público que allí aparece bajo el término de servicio de interés económico general o de concesión de derechos especiales” (19).

Para Tomás de la Quadra, “la opción de la Comunidad por la apertura de los mercados en este campo está plenamente justificada en los argumentos de tipo económico y técnico” (25), que son los que la Comisión aduce en el *Libro Verde de las Telecomunicaciones*, de 30 de junio de 1987: que ningún país de la Comunidad representa en el contexto mundial más del 6% del mercado de las telecomunicaciones, en tanto que los Estados Unidos representan el 35% y Japón el 11%; que, sin embargo —afirma la Comisión— juntos, los países de la comunidad significarían el 20%; y que un mercado amplio es requisito imprescindible para abordar las importantísimas inversiones en investigación que en la actualidad requiere el desarrollo de la técnica en el sector. “Era preciso —dice Tomás de la Quadra— crear un auténtico merca-

do común en el sector de las telecomunicaciones que, al romper la compartimentación (que hasta principios de los ochenta había venido impuesta por la existencia de los monopolios nacionales), hiciese posible a los operadores europeos tener un mercado de dimensiones óptimas, que fuese punto de partida para estar presentes en la competencia por el mercado mundial. Ese puede decirse que es un objetivo prioritario de la Comunidad que la lleva a avanzar en los años sucesivos en la vía de la liberalización. Se trata, además —añade el autor— de un objetivo plausible y razonable, que justifica por sí mismo la política de liberalización de las telecomunicaciones”. (24)

No es, pues la decisión de la Comunidad de acabar con los monopolios, que, como decisión de política económica, el autor encuentra “plenamente justificada” (24), sino la “discutible interpretación que del art. 90 del Tratado se ha hecho para que fuera posible esa operación liberalizadora” (24-5), lo que preocupa a Tomás de la Quadra. Con la estrategia jurídica que se ha seguido “se ha producido, probablemente, una lesión al sentido y alcance de los Tratados originales y a la idea de servicio público que conviene analizar, porque ésta sigue figurando en el Tratado y puede seguir siendo operativa en la medida en que no afecte a los intereses de la Comunidad o en la medida en que

ésta no se decida a asumir tareas de servicio público de nivel comunitario” (33).

El libro contiene una descripción pormenorizada de etapas y los contenidos de la liberalización: liberalización de los equipos terminales (1988); liberalización de los servicios y apertura de las redes sobre las que se han de prestar los servicios liberalizados (1990); y ampliación sucesiva de la liberalización a los servicios de telefonía vocal y a las infraestructuras, entre otros (1993).

Dado que el contenido de la liberalización afecta ya a todos los servicios e infraestructuras relacionados con las telecomunicaciones, y que en el sector podrá seguir habiendo operadores públicos, o encargados de funciones públicas (y, en todo caso, de la gestión de unas infraestructuras que tienen un valor estratégico de primera magnitud), pero “en condiciones de competencia” —no discriminatorias— con aquellos otros titulares de autorizaciones que quieran prestar los mismos servicios, la cuestión estriba en “saber como pueden regularse estas funciones de servicio público en un contexto liberalizado y cual es su forma de financiación en el caso de que se trate de actividades deficitarias que, sin embargo, se entiende que son indispensables en nuestra sociedad para alcanzar determinados fines que no pueden ser desatendidos por los Estados” (42).

Para averiguarlo, el autor entiende imprescindible revisar en profundidad las distintas interpretaciones que hasta ahora se han hecho del art. 90 del Tratado. La interpretación de dicho artículo en su fase inicial, en la segunda etapa de la liberalización (auténtico banco de pruebas de dicha política, en el que las resistencias de los Estados se ven- cen, sobre todo, con las decisiones del Tribunal de Justicia), y en la etapa actual (“apoyada más en el impulso del Consejo que en la acción pretoriana del Tribunal de Luxemburgo”) constituyen, así, la parte sustantiva y más detallada de la obra, a la que, como es lógico, sólo de manera sucinta podemos referirnos aquí.

El art. 90 del Tratado de la Comunidad —en el que implícitamente se reconoce el servicio público— ha sido objeto en los últimos años de una interpretación que Tomás de la Quadra no duda en calificar que “sorprendente”, en la medida en que “ha cambiado la interpretación inicial y en cuanto supone una reducción de los derechos de los Estados” (43) y porque “cuestiona gravemente y con carácter general uno de los instrumentos de política económica que los Tratados reservaban a los Estados: la declaración como servicios públicos de determinadas actividades, por una parte, y la configuración de un sector público con actividades en

conurrencia con particulares, pero con misiones de carácter público, por otra” (43).

La evolución jurisprudencial del Tribunal de Luxemburgo, que en algunos momentos parece que roza “la presunción de ilegitimidad de los derechos singulares” (92), la explica el autor, sentencia a sentencia, y, finalmente, al hilo de la posición de la Comisión, tal y como esta figura en el preámbulo de la Directiva sobre liberalización de los servicios de telecomunicación. La clave de aquella jurisprudencia la ve Tomás de la Quadra “en la postergación del art. 90 a un papel residual respecto del que —a juicio de la Comisión— juegan los arts. 56 y 59 en relación con el art. 66 del Tratado. Estos constituyen el punto de partida de la argumentación (...), y se comprende fácilmente (el art. 90) dedicado por el Tratado a los derechos singulares que pueden ser concedidos por los Estados (...) que situarse o poner el acento en el régimen común de los servicios para desde ahí analizar las restricciones que operan de forma restrictiva en cuanto sólo por causas justificadas que tiene que ver con el orden público, seguridad y salud pública pueden aplicarse a los extranjeros medidas especiales por su condición de tales” (97)

Enfrentándose a esa interpretación, sostiene, con razón, nuestro autor que “la perspectiva del art. 90

nada tiene que ver, en principio, con la seguridad, el orden público, o la salud; tiene que ver con opciones de política económica y con políticas más o menos redistributivas, o con la concepción acerca del Estado de bienestar que cada país miembro pueda legítimamente tener” (98). Jurídicamente, la consecuencia es clara: “si se piensa que *el art. 90 configura un régimen singular o un régimen especial* por razón de la función de los Estados en una Comunidad que no se proponía sustituirlos en la universalidad de sus fines, sino realizar los objetivos más modestos de un mercado común, entonces *el art. 90 constituye todo él un régimen singular o particular* en el que la referencia genérica a las demás normas del Tratado se hace desde la primacía de los objetivos públicos legítimos que se consagran en dicho precepto con sustantividad propia y distinta de la salud, seguridad u orden público” (98-99).

Que los elementos de servicio público persisten el marco de la liberalización es evidente también para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que en 1993 y 94 ha comenzado a reelaborar su propia doctrina al analizar los motivos de fondo de la concesión de derechos exclusivos o especiales para controlar los eventuales excesos. Pero el problema no es ni mucho menos sencillo. “La posibilidad de imponer cargas de interés general en un marco de competencia permitirá

obtener las ventajas de la competencia en un mercado libre sin sus inconvenientes, y en eso consiste la apuesta de la Comunidad; su único riesgo consiste en la puesta a punto de técnicas no bien conocidas ni ensayadas, que permitan cohonstar la libertad de empresa con las cargas de servicio universal o propias, en definitiva, del servicio público que las atendía precedentemente. El riesgo puede consistir también en que dentro de un sector, ahora globalmente liberalizado y desregulado, aparezcan segmentos con distinta densidad de intereses públicos a cubrir —lo que es perfectamente normal— y que los segmentos con fines públicos a satisfacer y el alcance de estos mismos sean tan reducidos que no se garanticen necesidades esenciales de la población” (167-8).

La liberalización no está, pues, exenta de riesgos. A la vista de la confusión reinante en nuestro país, en donde ha habido y continúa habiendo quienes confunden la liberalización de las telecomunicaciones con la “primavera de las mil flores”, resulta de la mayor importancia el resaltar, como hace el autor, que “la liberalización de las telecomunicaciones supondrá cambios radicales en la estructura de la oferta y fenómenos de concentración inevitables para encontrar el tamaño óptimo en la producción de bienes y servicios de telecomunicación” (28); en

menos palabras: que “la liberalización no pretende eludir, sino más bien provocar, los oportunos procesos de concentración” (29). Conviene no olvidar este hecho que, al parecer, algunos de los predicadores de las (sin duda necesarias) leyes anticoncentración, pura y simplemente, ignoran. En materia de telecomunicaciones, la Comunidad Europea no sólo quiere el libre mercado, sino también, y como consecuencia ineludible de aquél, un proceso de concentración.

Que esa apuesta de la Comunidad por la concentración esté “plenamente justificada” como decisión de política económica —qué es lo que afirma Tomás de la Quadra— no quiere decir que la opción no presente problemas: “Si la función de la competencia es que el mercado funcione ello implica que expulse a los no eficientes, lo que supone una reducción del número de competidores y, en el límite, la presencia, tal vez, sólo de unos pocos, los más eficientes, que, paradójicamente, pueden entonces comenzar a abusar de esa posición de dominio del mercado adquirida a base, tal vez, sólo de eficiencia” (29).

Las disfunciones que se habían puesto de manifiesto por la coexistencia de sectores liberalizados y sectores sin liberalizar aconsejaron finalmente la liberalización total del sector de las telecomunicaciones. Pero ello no debe hacernos olvidar que aún cuando el desarrollo de la técni-

ca lleve ahora a la confluencia de distintos servicios a través de las mismas redes de comunicación, los distintos monopolios estatales y los distintos servicios que aquellos ofrecían habrían tenido orígenes distintos, se justificaban por diferentes razones y guardaban relaciones diferentes con los derechos fundamentales de la persona y con los principios constitucionales de nuestra forma de gobierno. El monopolio de las telecomunicaciones y el monopolio de ciertos medios de comunicación servían a fines diferentes en el Estado, no sólo social, sino también democrático, que los españoles habían configurado con la Constitución de 1978. El estudio de las técnicas que han de hacer posible la persistencia del servicio público en el contexto de la liberalización obligará también a distinguir, ya que no según el medio, sí según el servicio que se quiera prestar. Y en ese sentido —y ojalá me equivoque— al respecto del pluralismo político parece que va a corresponderle la peor parte.

Por estas razones, y por otras muchas que no resulta posible mencionar en el reducido espacio de estas líneas, recomiendo muy vivamente la lectura de este oportuno libro de Tomás de la Quadra, que no sólo es una excelente monografía sobre el tema, sino que contiene, interesantes sugerencias que conviene conocer y discutir en profundidad.

José Juan GONZÁLEZ ENCINAR