

El proceso de liberalización y la regulación de las telecomunicaciones en España

.....

José María Souvirón Morenilla
Málaga

Las telecomunicaciones constituyen, dentro de lo que se ha venido en denominar sociedad de la información y la comunicación, un fenómeno de evidente relevancia que está en la base de las profundas transformaciones sociales y económicas que están teniendo lugar en este fin de siglo. En este trabajo se reflejan las vinculaciones de esta realidad con el campo del Derecho, que en España ha traído como consecuencia la transformación de las facetas tradicionales de regulación de este sector, a lo largo de un cuidadoso proceso, que ha culminado con la reciente Ley General de Telecomunicaciones (LGT).

Hasta hace poco el ordenamiento jurídico español, en la línea inaugurada por las leyes de 22 de abril de 1895 y 26 de octubre de 1907, primeras normas que contemplaron este campo, y luego mantenida durante todo este siglo, configuraba las telecomunicaciones como un ámbito reservado a la titularidad del sector público; fueron luego las correspondientes actividades explotadas por el mismo sector público a través de la llamada gestión directa, o por el sector privado a través de «concesión» otorgada por la Administración pública. Sobre este eje giraba nuestro ordenamiento de las telecomunicaciones, construido hasta su derogación por la LGT, sobre la Ley de 18 de diciembre de 1987, de ordenación de telecomunicaciones (LOT). No obstante, recién aprobada esta última Ley, la Comunidad Europea,

a la que España acababa de incorporarse, inició una política de liberalización progresiva de las telecomunicaciones (plasmada especialmente en la Directiva 90/388/CEE, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones, y sucesivas directivas que, modificándola, fueron ampliando su alcance), a la que nuestro Derecho debió necesariamente adaptarse. Ello tuvo lugar mediante las reformas parciales de la LOT, la regulación legal específica de algunas modalidades de telecomunicación (Ley 42/1995, de Telecomunicaciones por Cable; Ley 37/1995, de Telecomunicaciones por Satélite) o reforma general del sector a través del Real Decreto Ley 6/1996, de 7 de junio, de Liberalización de las Telecomunicaciones, reconvertido luego en Ley 12/1997, de 24 de abril. Todo ello como

obligado camino hacia la finalmente promulgada Ley General de Telecomunicaciones de 1998.

Todo este proceso legislativo estuvo dirigido al establecimiento de un nuevo marco legal que, en las antípodas de los esquemas precedentes (monopolio en la prestación de los servicios de telecomunicaciones y en la explotación de las correspondientes redes e infraestructuras), y la erradicación de un monopolio en manos del sector público consagraba la liberalización de la actividad, es decir, su «despublicación» (la pérdida de su carácter de actividad de titularidad pública y susceptible de explotación sólo en virtud de concesión administrativa para pasar a serlo en virtud de la iniciativa privada) y la plena competencia en la explotación de las correspondientes redes y servicios.

1. El proceso hacia la liberalización

La Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones de 1987 partía de una integración publicante –y estatalista– del conjunto de las telecomunicaciones en manos de la Administración pública, como cobertura jurídica a la declaración de las mismas (salvo algunas excepciones) como un servicio público reservado en exclusiva al Estado al amparo de lo expuesto, de lo prescrito en la Constitución (artículo 128.2). De ahí que nuestro Derecho no estableciera un régimen jurídico de las infraestructuras y redes separado del de los correspondientes servicios, pues conforme a la «vieja concepción», a cada servicio, distinto, separado y publicado, le correspondía su «correspondiente red, pública, en cuanto publicada», por supuesto.

Especialmente significativos en el conjunto de las telecomunicaciones son los llamados servicios finales, aquéllos que proporcionan al usuario una directa utilidad o capacidad de comunicación (telefonía, telegrafía, etc.). Respecto de ellos la LOT preveía su gestión directa o indirecta, pero en todo caso en régimen de monopolio, concertándose estas hipótesis –en lo que al servicio telefónico se refie-

re– por la encomienda del mismo a la Compañía Telefónica de España a través de un nuevo contrato con el Estado de 26.12.1991 (a continuación del formalizado en 1946) habilitándose para gestionar en monopolio diversos servicios (telefónico urbano, interurbano e internacional, móvil automático, telefax, videotex, etc.), así como de los correspondientes servicios prestados y el establecimiento de las redes e infraestructuras necesarias a tal efecto. No obstante (y como hipótesis anunciada ya en dicho contrato), las exigencias del Derecho comunitario hicieron que el más importante servicio final (el telefónico: en sus dos vertientes: el básico, y la telefonía móvil automática) fueron objeto de una inicial liberalización: la explotación de los equipos terminales del servicio telefónico fijo quedó sujeto a competencia, desgajándose del ámbito monopolístico de Telefónica, en cuya mano persistió no obstante la gestación de dicho servicio. Por su parte, a partir de 1994 quedó roto el monopolio de explotación por Telefónica de la telefonía móvil automática, y, aún siguiendo concebida como servicio público estatal, fue concedida a dos operadores (en su modalidad digital: Airtel y la propia Telefónica; en su modalidad analógica, Moviline).

En lo que respecta a los servicios de difusión (radio y televisión), configurados con servicios públicos de titularidad estatal por la LOT, previsto en el ERTV, de 1980, pero que fue objeto de un inicial monopolio (RTVE), luego abierto a la explotación por la televisión privada (ley 10/1988); pero en todo caso, no como actividad de libre iniciativa, sino en virtud de concesión estatal.

2. Las medidas liberalizadoras de 1994 y las de 1995.

A partir de 1994 (bajo las exigencias del Derecho comunitario, ya aprobado *o in fieri*), el ordenamiento español va a incorporar una serie de medidas para la implantación de la competencia y/o la liberalización de actividades en el sector de las telecomunicaciones. Se puso así en marcha un camino que progresiva-

mente fructificó con la Ley de Telecomunicaciones por Cable y la Ley de Telecomunicaciones por Satélite, ambas de 1995. La regulación de las telecomunicaciones por cable en nuestro país fue tardía y objeto de más de una controversia. Porque, aún no se regulaba esta actividad, y bajo el argumento de esta anomía, se pusieron en marcha diversas iniciativas para su desarrollo, que la Administración cuestionó por contrarias al carácter monopolístico y público de la explotación que las telecomunicaciones que nuestro Derecho (la LDT de 1987) establecía. Sin embargo, el Tribunal Constitucional (sentencia 31/1994) declaró la licitud –en ausencia de una norma que específicamente la regulara– de la instalación y explotación de la televisión por cable. Ante esta tesitura, su definitiva regulación por Ley de 22 de diciembre de 1995, no se hizo esperar.

La Ley de Telecomunicaciones por Cable reguló esta modalidad de telecomunicación como un servicio público unitario en el conjunto de todas sus modalidades de prestación (incluido el servicio de televisión), a prestar por particulares mediante concesión, y en un marco de competencia restringida (sólo dos operadores, de los cuales uno en todo caso sería Telefónica de España) dentro de cada una de las demarcaciones territoriales a constituir a tal fin.

Se trataba, pues, en gran medida, de dar el primer paso para la instauración de la competencia, hasta que, en efecto (impulsada un tanto más por las medidas del Decreto Ley 6/1996, de Liberalización de las Telecomunicaciones) ésta fue establecida con carácter general por la Ley General de Telecomunicaciones de 1998 (que derogó la de Telecomunicaciones por cable de 1995, previendo las oportunas medidas para la reconstrucción de las concesiones otorgadas a

los sucesivos títulos habilitantes para el desarrollo de la actividad). Similar proceso sufrieron las telecomunicaciones por satélite, aunque en este caso la liberalización fue mucho más efectiva ya desde el primer momento. Hasta 1992 apenas existía en España una regulación de esta modalidad de telecomunicación (integrada pues en el régimen general de intervención establecido por la LOT). Fue bajo las mismas claves de ésta (publicación como servicio público sujeto a concesión administrativa) como, por primera vez, se reguló –y tan sólo esta actividad– la televisión por satélite por Ley 35/1992. Sin embargo, poco tiempo después, y como consecuencia de las nuevas medidas del Derecho Comunitario en esta parcela, la Ley de 12 de diciembre de 1995 abordó una regulación general de todas las telecomunicaciones por satélite, y no sólo el

servicio de televisión, y además, desde un cambio radical de perspectiva: dejó de considerarse un servicio público sujeto a concesión administrativa, limitadas en su número, para pasar a ser un auténtico régimen de liberalización (prestación de la actividad por cualquier operador y sólo en virtud de autorización administrativa). Tras la reforma del derecho de las telecomunicaciones en 1998, la Ley de 1995 sobre telecomunicaciones por satélite ha quedado derogada, pero su filosofía persiste (reconvertidas a las nuevas previsiones jurídico-formales establecidas ya para el conjunto del sector

por la Ley de Telecomunicaciones de 1998).

3. El Decreto Ley 6/1996 y la Ley 12/1997, de Liberalización de las Telecomunicaciones

La reforma legislativa tendente a la liberalización de las telecomunicaciones se había

La Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones de 1987 partía de una integración publicificante –y estatalista– del conjunto de las telecomunicaciones en manos de la Administración pública, como cobertura jurídica a la declaración de las mismas.

centrado hasta ese momento, en todo caso, tan sólo en los dos grandes subsectores comentados. Por ello, el verdadero impulso hacia ese objetivo, de carácter general, está constituido por las medidas incluidas en el Real Decreto Ley 6/1996, de 7 de junio, de Liberalización de las Telecomunicaciones, luego convertido en Ley 12/1997, de la misma denominación.

Producto de la elección del nuevo Gobierno surgido de las elecciones generales de 1996 –urgido a tal fin por la política de la Comunidad Europea–, estas dos disposiciones trataron de acelerar la generación de la libre competencia en todo el sector (más que su estricta «liberalización», es decir, la «despublicación» de las actividades), preparando así «el rodaje» hacia una plena liberalización posterior, mediante una serie de modificaciones e innovaciones normativas sobre el ordenamiento entonces vigente. Consecuencia directa de estas medidas (entre otras concomitantes: establecimiento del Plan nacional de numeración para los servicios de telecomunicación; ampliación a tres operadores del servicio de telefonía móvil, etc.) fueron: a) El Establecimiento de la competencia en la prestación de los servicios portadores y finales, con la regulación de la interconexión de las redes; b) La creación de un segundo operador general de telecomunicaciones a partir del Ente Público de la Red Técnica Española de Televisión (Retevisión); c) La creación, como regulador del conjunto del sector, de la comisión del mercado de las Telecomunicaciones.

La liberalización y «despublicación» establecida por la LGT, alcanzará, en este campo, sólo a las infraestructuras, redes y servicios portadas de los de difusión de radiotelevisión, pero no a la actividad radiodifusora como tal que hoy por hoy (y salvo la televisión por satélite, liberalizada por la Ley de 1995) sigue en España configurada como un servicio público de titularidad administrativa gestionado por el propio sector público.

En primer lugar, si anteriormente los servicios finales de telecomunicación (por ejemplo, el servicio telefónico básico) debían prestarse en régimen de monopolio, quedó consagrada la posibilidad legal de su doble gestión (directa por el sector público e indirecta por empresas privadas mediante concesión), abriéndose así un primer paso para su prestación en concurrencia (inicialmente restringida a sólo dos operadores como vamos a ver: Telefónica de España, y Retevisión como nuevo segundo operador general de telecomunicaciones). Lo mismo sucedió con los servicios portadores (incluidos los de difusión de televisión), si bien se estableció para estos últimos la permanencia transitoria de su prestación en monopolio por la entidad pública que hasta entonces los gestionaba (Retevisión).

En segundo lugar, y como una de las medidas más significativas, se institucionalizó un segundo operador general de telecomunicaciones que pudiera desarrollar la actividad en concurrencia con el hasta entonces operador general monopolístico (Telefónica). La condición de segundo operador fue atribuida a una entidad del sector público (Retevisión), pero con la determinación legal de su privatización parcial: Retevisión, como entidad pública, debería crear una sociedad filial de Derecho privado, y enajenar al sector privado una participación mayoritaria en el capital de ésta, a la que se traspasarían asimismo los títulos administrativos habilitados para actuar en el sector. Quedaba así instaurada la competencia en éste, poco tiempo después incrementada con el

reconocimiento de un tercer operador general de telecomunicaciones habilitado para prestar el servicio telefónico básico y los servicios portadores (Real Decreto 769/1997, de 30 de mayo).

Finalmente y dentro de la política de base que presidía esta fase (transición hacia la plena competencia mediante la concurrencia restringida de diversos concesionarios, especialmente en el campo de los servicios postales y finales, configurados, no obstante, todavía, como servicios públicos de titularidad estatal), se constituyó la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, a la que, como organismo regulador independiente, no integrado en El Ejecutivo, se atribuyó la misión de «salvaguardar, en beneficio de los ciudadanos, las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos, velar por la correcta formación de los precios en este mercado, y ejercer de órgano arbitral en los conflictos que semejan en el sector».

Conviene subrayar en todo caso que, consagrada así la competencia en el sector (distante ya del sistema monopolístico de la explotación de las infraestructuras, redes y servicios regidos por la antigua ley básica: la LOT de 1987), por el momento se trataba tan sólo de una competencia entre concesionarios de unas actividades que seguían estando configuradas como servicio público de titularidad estatal y cuyo número se limitaba al de las concesiones que el Poder público entendiera resultaban oportunas. No había pues ni estricta liberalización de la actividad ni auténtica plena competencia. El ordenamiento de las telecomunicaciones quedaba prefijado como un marco de transición, de competencia inducida por el propio legislador entre una serie restrictiva de operadores, sin duda con vistas a un momento ulterior en que —con la experiencia de ese «rodaje»— pudiera ya consagrarse, tal y como preveía para 1988 el Derecho comunitario europeo, los principios de la libre iniciativa y la plena competencia (suprimiendo los «dere-

chos exclusivos»), de manera que el acceso a la actividad y la explotación de las redes no dependiera de una concesión desde los poderes públicos.

4. El nuevo marco legal: la Ley General de Telecomunicaciones de 1998

Este nuevo marco legal fue el definitivamente establecido por la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones. Sus innovaciones son de calado:

- Las Telecomunicaciones (prestación de servicios y establecimiento y explotación de redes) pasan, en su conjunto y con carácter general, de reservadas a la titularidad del sector público, a liberalizadas, es decir, susceptibles de ser desarrolladas en virtud de la libre iniciativa privada y en libre competencia, si bien sujetas a autorización (sea una autorización general, sea una «licencia», según los casos).

- Ahora bien, siendo así, esa liberalización (al cabo, el desarrollo de la actividad en régimen de mercado) se hace compatible con determinadas exigencias del interés público y de su adecuada prestación a los usuarios, a través de las llamadas «obligaciones de servicio público» impuestas a los operadores de redes y servicios de telecomunicaciones disponibles para el público.

- El sistema de ordenación del sector es ahora justamente el contrario del tradicional en España. La configuración de estas actividades como propias del sector público y prestadas por éste, o por empresas privadas mediante concesión, en monopolio, se fundaba en un criterio técnico (la necesidad técnica de su integración en una única mano gestora) y en otro finalista. Siendo así, sólo si esa mano era «pública» podían asegurarse adecuadamente las prestaciones a los ciudadanos, ahora se invierten las tornas: la tecnología ha arrumbado la coartada técnica para mantener el monopolio, la garantía de los ciudadanos puede asegurarse con tales «obligaciones de servicio público» impuestas a los distintos operadores privados en competencia. Por ello la gestión directa

por el Estado o la intervención administrativa sobre los servicios y las redes queda tan sólo como una solución excepcional: se aplicará solamente si ello fuera necesario para garantizar la seguridad pública o la defensa nacional, o en el caso de incumplimiento por los operadores privados de las citadas «obligaciones de servicio público».

• Debe desecharse en todo caso la idea de que ello suponga la «desregulación», en sentido literal, del sector. Todo lo contrario. En este campo, como en otros, la otra cara de la liberalización es una «neorregulación» de actividades que, aún desarrolladas conforme al mercado y la competencia, están minuciosamente ordenadas en beneficio de los consumidores, del respeto del propio principio de la libre competencia para evitar los abusos de posición dominante por parte de los operadores, y de la necesaria interconexión entre las redes de los distintos operadores y el acceso de éstos a unas y otras (como requisito necesario para compatibilizar la libre competencia y la integración técnica del sistema). Neorregulación concretada en España en el último trimestre de 1998, a través de las disposiciones del Ministerio de Fomento que han establecido el marco específico para el desarrollo de las correspondientes actividades en dos grandes niveles: las actividades sujetas a «autorización general» (como campo menos intervenido) o a «licencia individual» (donde los controles regulativos son más intensos).

Quintaesencia de esta «neorregulación» y su fines implícitos es la configuración del llamado «servicio universal de telecomunicaciones». Se denomina así «el conjunto definido de servicios de telecomunicaciones con una calidad determinada, accesibles a todos los usuarios con independencia de su localización geográfica y a un precio asequible» (artículo 37.1 de la LGT).

Bajo este concepto se garantiza que todos los ciudadanos, en todo el territorio nacional, puedan conectarse a la red telefónica pública fija y accedan a la prestación del servicio telefónico fijo disponible al público y disponer

gratuitamente de guía telefónica actualizada; la existencia de una oferta suficiente de teléfonos públicos de pago situados en el dominio público (cabines telefónicas), y que las personas discapacitadas o con necesidades sociales especiales tengan acceso al servicio telefónico en condiciones que les equiparen al resto de los usuarios (las prestaciones que integran el servicio universal pueden ser revisadas y ampliadas por el gobierno). En cuanto a la asequibilidad de sus precios, se considerará cubierta esta exigencia si los mismos en las zonas de alto coste (zonas rurales, por ejemplo) son comparables a los de las zonas urbanas y garantizan el acceso al servicio a los discapacitados en condiciones equivalentes al resto de los usuarios en los términos que fije el gobierno.

Así concebido, la prestación del «servicio universal» se atribuye al propio mercado, a los operadores en competencia, y en concreto al operador dominante en la zona de que se trate, los cuales deberían sufragar los déficits de explotación que se generen por la prestación de dichos servicios a los llamados «Tramos no rentables» del mismo. A tal fin, y para que la absorción de tales déficits se reparta entre el conjunto de los operadores del sector, se crea el Fondo Nacional del Servicio Universal de Telecomunicaciones, al que los operadores aportarán sus correspondientes contribuciones y que distribuirá entre ellos las transferencias correspondientes para sufragar la comentada prestación deficitaria del servicio.

5. Nuevo régimen de las telecomunicaciones y régimen de la radiodifusión y la televisión

Hasta la Ley General de Telecomunicaciones de 1998, la regulación de la radiodifusión y la televisión en España estaba presidida por un abigarrado conjunto de normas, conectado en todo caso al régimen básico de la LOT de 1987. Pues bien la LGT ha clarificado ese régimen: la radiodifusión y la televisión se regirán, en cuanto medio de comunicación social, por sus disposiciones específicas (no por la legislación de telecomunicaciones), pero las infraestructuras de red que se utilicen como

soporte de los servicios de radiodifusión y de televisión si quedarán sujetas a la nueva LGT.

En cualquier caso, conviene subrayar que por ello mismo, la liberalización y «despublicación» establecida por la LGT, alcanzará, en este campo, sólo a las infraestructuras, redes y servicios portadas de los de difusión de radiotelevisión (con alguna excepción transitoria), pero no a la actividad radiodifusora como tal que hoy por hoy (y salvo la televisión por satélite, liberalizada por la Ley de 1995) sigue en España configurada como un servicio público de titularidad administrativa gestionado por el propio sector público (RTVE en la cobertura estatal, las televisiones de las Comunidades Autónomas) o por el privado en virtud de concesión administrativa (televisión hertziana estatal, televisión por cable).

Referencias

- ANGEL, J. y WALDEN, F. (1997): *Telecommunications law handbook*. London.
- ARIÑO, G. y OTROS (1996): *Las telecomunicaciones por cable. Su regulación actual y futura*. Madrid.
- BENZO, I. (1993): *Telecomunicaciones y medios de comunicación social. Régimen de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas*. Madrid.
- CERVIO, G.J. (1997): *Derecho de las telecomunicaciones*. Buenos Aires.
- CHINCHILLA, C. (1997): «El régimen jurídico de las telecomunicaciones», en *Ordenación de las telecomunicaciones*. Madrid.
- CREMADES, B. (1997): *Derecho de las telecomunicaciones*. Madrid.
- EIJSWOOGEL, P.V. (1997): *Telecommunications regulation in the Netherlands*. The Hague.
- FERNANDO, M. (1997a): «Sobre el dominio público radioléctrico», en *RAP*, 143.
- FERNANDO, M. (1997b): «Red y servicio de telecomunicaciones. La necesidad de una congruente diferenciación jurídica», en *REDA*, 96.
- GILLES, D. y MARSHALL, R. (1996): *Telecommunications Law*. London.
- INSTITUTO DE ESTUDIOS DEL TRANSPORTE Y LAS COMUNICACIONES (1996): *Telecomunicaciones 1991-1995*. Madrid.
- KENNEDY, C. (1996): *An Introduction to international telecommunication law*. London.
- LAVILLA, J. (1996): «Primer paso hacia la liberalización de las telecomunicaciones espaciales (Real Decreto 6/1996, de 7 de junio)», en *Reforma y liberalización económica. Los Decretos Leyes de junio de 1996*. Madrid.
- LAVILLA, J. (1997): «El fenómeno de las telecomunicaciones en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Ordenación de las Telecomunicaciones*. Madrid.
- LLANEZA, P. (1995): *Telecomunicaciones. Régimen general y evolución normativa*. Pamplona, 1998.
- LONG, C.D. (1995): *Telecommunications Law and practice*. London.
- MALARET, E. (1996): «Servicios públicos y Unión Europea: los servicios públicos en el marco de la liberalización de las telecomunicaciones. La reducción del monopolio, paso previo a su desaparición», en *Régimen Jurídico de los Servicios públicos*. Madrid.
- MANZANARES (1997): *Interpretación legal de las telecomunicaciones en la Unión Europea*. Madrid.
- MAYOR, P. (1997): «Las telecomunicaciones por satélite», en *Ordenación de las Telecomunicaciones*. Madrid.
- MERINO, J.F. y PEREZ UGENA, M. (Coords.) (1998): *Régimen jurídico de las telecomunicaciones*. Madrid.
- MONTERO, S. (1997): «Aspectos sustanciales de la ley de Telecomunicaciones por Cable», en *Ordenación de las Telecomunicaciones*. Madrid.
- MUÑOZ MACHADO, S. (1998): *Servicio público y mercado de las Telecomunicaciones*. Madrid.
- PEÑA, P.J. (1996): «Desregulación y competencia en la ley de Telecomunicaciones norteamericana de 1996», en *RAP*, 141.
- QUADRA SALCEDO, T. (1995): *Liberalización de las telecomunicaciones, servicio público y constitución económica europea*. Madrid.
- QUADRA SALCEDO, T. (1997): «El derecho europeo de las telecomunicaciones», en *Ordenación de telecomunicaciones*. Madrid.
- RUIZ, B.R. (1997): *Privacy in telecommunications. An European and American approach*. The Hague.
- SOUVIRÓN, J.M. (1998): *El proceso de liberalización y la nueva regulación de las telecomunicaciones*. Granada.
- TRUCHET, D. (1994): *Droit et politique des réseaux cables*. Paris.
- VARIOS (1996): *Telecomunicaciones*. Madrid, Civitas.

• José María Souvirón Morenilla es profesor de Derecho de la Universidad de Málaga.

Reflexiones
desde el butacón

