

EL NUEVO DERECHO DE LAS TELECOMUNICACIONES,
ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO

*Comentario a las SSTs de 14 de octubre de 1999 (privatización de Telefónica)
y 2 de febrero de 2000 (Reglamento del servicio universal)*

En el reciente proceso de transformación (o evolución) de las formas de actuación administrativa en la vida económica, marcado por el signo del abandono de la presencia directa del Estado (bajo la fórmula predominante del servicio público tradicional o formal) en la misma y reconducible de una u otra forma a la idea de liberalización, el Derecho de las telecomunicaciones ocupa un lugar privilegiado para la reflexión y el análisis. En efecto, ha sido en este sector donde por vez primera se han experimentado las reformas y donde éstas seguramente se han desarrollado hasta ahora con mayor detalle e intensidad ¹.

El proceso de liberalización no siempre se ha llevado a la práctica de forma jurídicamente correcta y todavía son muchos los interrogantes abiertos por el nuevo modelo de regulación. No es desde luego nuestro propósito el abordar, siquiera de pasada, toda esta compleja problemática. Nuestro objetivo se centrará aquí tan sólo en apuntar algunos problemas del Derecho de las telecomunicaciones recién surgido y de su proceso de implantación, al hilo del comentario a dos importantes Sentencias de nuestro Tribunal Supremo, cuya lectura resulta, a nuestro juicio, sumamente ilustrativa, y ello tanto por lo que afirman como por lo que silencian. Además, la importancia de estas decisiones jurisprudenciales se acrecienta si tenemos en cuenta que dan respuesta (de forma no plenamente satisfactoria, como veremos) a dos tipos de demandas (representadas respectivamente, en los casos que analizaremos, por los dos sindicatos más importantes del país y por el heredero del antiguo operador monopolista) en gran medida contrapuestas, que se repetirán desde ahora con frecuencia en el nuevo sistema: por una parte, las exigencias sociales de mantenimiento de un mínimo de prestaciones, que el Estado, de una u otra forma, debe finalmente garantizar; por otra, la pretensión del ope-

rador dominante de no verse excesivamente condicionado por mecanismos de intervención estatal ajenos a la lógica del mercado y de obtener el mismo trato que el resto de los agentes que intervienen en el nuevo mercado liberalizado.

I

1. La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1999², resolutoria de los recursos planteados por la Unión General de Trabajadores y por Comisiones Obreras³ contra la decisión gubernamental de privatizar la que fue empresa monopolista del sector de las telecomunicaciones, Telefónica de España, Sociedad Anónima (en adelante, Telefónica), es seguramente la primera decisión jurisprudencial relevante en España (y acaso en Europa) sobre uno de los temas capitales del Derecho público de nuestro tiempo, el de la privatización de las empresas y servicios públicos. La sentencia resulta sobre todo de interés por lo que implica de expresa aprobación de un modo de actuar ya consolidado en la práctica política de los últimos tiempos, generalmente criticado⁴, así como de tácita legitimación de lo que quizás algo exageradamente ha sido calificado de «profundo cambio en la concepción de los fines del Estado», de «cambio ideológico y cultural que afecta al modelo de Estado»⁵.

El acto administrativo recurrido es el Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de diciembre de 1996, cuyo apartado segundo es del siguiente tenor: «Se autoriza a la Sociedad Estatal de Participaciones Patrimoniales, S. A., la venta de hasta 196.738.320 acciones de Telefónica de España, S. A., representativas de un 20,9 por 100 de su capital social, una vez recibidas de la Dirección General del Patrimonio del Estado, y no antes de la entrada en vigor del Real Decreto al que se refiere el artículo 4 del Real Decreto 1525/1995, de 15 de septiembre, de desarrollo reglamentario de la Ley 25/1995, de 23 de marzo».

Para entender el alcance del Acuerdo transcrito convendrá aludir brevemente a la situación jurídica de Telefónica en diciembre de 1996, así como a los antecedentes más inmediatos del Acuerdo:

A) Telefónica era entonces una empresa gestora de servicios públicos esenciales de titularidad estatal reservados al sector público. Aunque revestía la forma jurídica privada (una sociedad anónima desde su constitución) podía ser considerada, en una acepción amplia del término, como una empresa pública⁶, esto es, como

² Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera. Ponente: Manuel Campos Sánchez-Bordona.

³ Recursos contencioso-administrativos núms. 50/1997 y 51/1997, interpuestos, respectivamente, por la Federación Estatal de Transportes y Telecomunicaciones de la Unión General de Trabajadores y por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras. Su legitimación para recurrir el acto administrativo fue reconocida por el Auto de 23 de abril de 1998.

⁴ Bien es cierto que en la literatura más reciente no faltan elogios a las últimas manifestaciones del proceso privatizador: G. ARIÑO ORTIZ, *Principios...*, cit., pág. 467 y sigs., y L. GAMIR, *Las privatizaciones en España*, Pirámide, Madrid, 1999, *passim*.

⁵ G. ARIÑO ORTIZ, *Principios...*, cit., págs. 445 y 474, respectivamente.

⁶ Si bien no existe un concepto legal de empresa pública, resulta aceptado por la doctrina mayoritaria y consagrado por el Derecho comunitario (Directiva 80/723/CEE, sobre

una empresa a través de la cual el Estado ejercía el control efectivo, en este caso del estratégico sector de las telecomunicaciones.

La presencia del Estado en Telefónica a través del capital, con independencia de su carácter de poder concedente en el supuesto de la concesión administrativa de los servicios públicos encomendados a esta empresa, había sido una constante en el sistema español de telecomunicaciones y un elemento definitorio de su peculiar régimen jurídico, consagrado en normas con rango de ley⁷: gestión indirecta de los servicios a través de una empresa de economía mixta, con participación suficiente para ejercer la función de dirección característica de la gestión de una empresa pública, dirección que aparecía además reforzada por mecanismos adicionales de control⁸.

El esquema de gestión de las telecomunicaciones aparecía así en el marco jurídico anterior a la vigente Ley 11/1998, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGT) integrado por dos elementos básicos de referencia: concesión y empresa pública, que no resultaban incompatibles, sino más bien complementarios en orden al aseguramiento tanto de las específicas obligaciones propias de la gestión de servicios públicos como de las derivadas de la indiscutible posición estratégica del sector de las telecomunicaciones, de la planificación de objetivos y políticas del mismo y de otras obligaciones inherentes a las peculiaridades propias de una empresa de la naturaleza de Telefónica: las relativas a la posición internacional de este operador en su expansión y en el ejercicio de funciones derivadas de su condición de signatario en tratados internacionales de singular importancia (INTEL-

transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas) que pertenece a dicha categoría toda aquella empresa, cualquiera que sea su forma, en la cual el Estado o los poderes públicos tengan la posibilidad de control efectivo sobre la política empresarial, aunque se trate de sociedades mercantiles con participación minoritaria del Estado.

⁷ El origen del accionariado público en Telefónica se remonta a la nacionalización operada mediante la Ley de 14 de mayo de 1945, que autorizaba al Gobierno para adquirir las acciones de soberanía que poseía la ITT de Nueva York en la entonces Compañía Telefónica Nacional de España. El sistema de gestión y de explotación de las telecomunicaciones quedaba completado mediante la Ley de 3 de diciembre de 1945, que autorizaba al Gobierno para celebrar el oportuno contrato con la Compañía Telefónica, lo que finalmente fue llevado a cabo y aprobado por Decreto de 31 de octubre de 1946. Finalmente, la disposición adicional 2.ª de la LOT autorizaba la conclusión de un nuevo contrato, que se formalizó el 29 de noviembre de 1991, sustituyendo al antiguo. Quedaba así perfilado el esquema de gestión de las telecomunicaciones en orden a los dos elementos que habían sido determinantes en la concepción y estructuración del sistema español de ordenación y explotación de las telecomunicaciones: participación del Estado en el capital de la empresa pública, consagrando la fórmula del accionariado gestor, y concesión en exclusiva de un contrato de gestión de servicios públicos, todo ello mediante normativa de rango legal.

⁸ El artículo 15.4 de la Ley 32/1992, de modificación de la LOT, determinaba que «en las entidades concesionarias de servicios portadores y finales, y en atención a las razones de interés público que en la prestación de dichos servicios concurren, con el fin de desarrollar las funciones de supervisión y control precisas para garantizar aquéllos el Gobierno [...] podrá disponer que en el contrato mediante el cual se encomiende la prestación de estos servicios de telecomunicaciones, se le reserve la facultad de designar hasta un máximo de cinco miembros en el órgano de administración de la entidad concesionaria, que serán adicionales a los nombrados, de acuerdo con sus estatutos, por la Junta general de la Entidad», lo que se reiterará en el apartado 5 de la cláusula séptima del contrato de concesión suscrito entre Telefónica y el Estado.

SAT, INMARSAT, etc.), al desarrollo de redes y servicios dentro de una política de protección de áreas geográficas dispersas y de colectivos especiales, cuando no las relativas a su carácter de titular de una red dominante (la espina dorsal del sistema) que abarcaba prácticamente la totalidad del conjunto de las redes de telecomunicaciones, o las necesidades vinculadas a la defensa nacional, la protección civil, o a los servicios de carácter asistencial en sentido lato, entonces contenidas en los artículos 5 y 12 de la Ley 31/1987, de Ordenación de las Telecomunicaciones (en adelante, LOT).

B) Los antecedentes inmediatos del acto recurrido se encuentran en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de junio de 1996, una de las primeras decisiones clave de la política económica del Gobierno surgido de las elecciones de marzo de 1996. En este Acuerdo se establecen una serie de principios de actuación y de reglas procedimentales a seguir en las privatizaciones que pretenden desarrollarse.

Interesa aquí resaltar los siguientes puntos centrales del Acuerdo ⁹:

a) Determinación de los órganos (denominados Agentes Gestores) que asumirán el protagonismo de los procesos privatizadores: sobre todo, la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales y la Sociedad Estatal de Participaciones Patrimoniales ¹⁰, que deben presentar inicialmente ante la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos y ante el Consejo Asesor de Privatizaciones sus propuestas. Todos los informes se remitirán al Gobierno, que será quien apruebe la puesta en marcha del proceso y ejerza el impulso, dirección y control del mismo.

b) Separación entre la propiedad y la gestión de las empresas privatizadas, de forma tal que sea el accionista quien lleve a cabo el proceso de desinversión.

c) Se pretende garantizar la continuidad del proyecto empresarial anterior, intentándose a un tiempo no minimizar los ingresos públicos.

d) Sometimiento del proceso privatizador al control propio de la actividad gubernamental: de la Administración General del Estado, del Tribunal de Cuentas y del Parlamento.

e) Fijación de un calendario orientativo de los procesos privatizadores, dividido en cuatro fases: empresas rentables e inmediatamente privatizables (Repsol, Gas Natural, Telefónica, Argentaria, Tabacalera), empresas que actúan en sectores que es conveniente desregularizar previamente (Endesa, Red Eléctrica), empresas con procesos de ajuste en curso (Iberia, Casa, Babcock Wilcox) y empresas no privatizables de momento por cuestiones sociales o estratégicas pero que podrían serlo después de la mejora de sus rendimientos (Astilleros, Santa Bárbara, Hunosa).

2. Desde el punto de vista dogmático o de los conceptos que van consolidándose en nuestra Ciencia del Derecho público, en indisociable diálogo aquí con la

⁹ Vid. más ampliamente L. GAMIR, *Las privatizaciones...*, cit., pág. 108 y sigs.

¹⁰ La Agencia Industrial del Estado, citada también en el Acuerdo de 28 de junio de 1996, fue suprimida por el Real Decreto-ley 15/1997. Tanto la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales como la Sociedad Estatal de Participaciones Patrimoniales son empresas íntegramente públicas pero con forma jurídico-privada cuyo objeto social es la tenencia, adquisición y enajenación total o parcial de las acciones o participaciones que, previo Acuerdo del Gobierno o de su Comisión Delegada para Asuntos Económicos, reciban del Estado.

Ciencia económica, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de diciembre de 1996 pertenece a la categoría de la llamada privatización material o privatización en sentido estricto, fenómeno que básicamente consiste en la transferencia de activos del sector público al sector privado ¹¹. Son ya numerosos los estudios doctrinales encaminados a abordar esta importante temática ¹²; obviamente los múltiples y heterogéneos problemas implicados sólo nos interesarán aquí en cuanto se encuentren implícita o expresamente mencionados en las sentencias objeto del presente comentario.

Las dos demandas contencioso-administrativas interpuestas contra el Acuerdo de privatización tienen una importante base común ¹³. La presentada por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras es mucho más completa y elaborada e incluye todos los argumentos esgrimidos por la Unión General de Trabajadores, profundizando en los mismos, con la excepción del relativo a la eventual vulneración de la Ley 5/1995, apenas considerado en la demanda de Comisiones Obreras. Ni que decir tiene que ambos recursos (en cuyo juicio crítico no entraremos aquí) incurrir en alguna exageración al presentar tales argumentos, algo que no debe en modo alguno sorprender, pues resulta lógico y natural en toda defensa de parte.

Pero vayamos ya a la exposición sintetizada de los motivos esgrimidos por la Unión General de Trabajadores (A) y por Comisiones Obreras (B a F) para fundamentar la ilegalidad del Acuerdo de privatización, seguida de la respuesta del Tribunal Supremo a cada uno de ellos:

A) *Vulneración del artículo 4.2 de la Ley 5/1995*. Partiendo de que Telefónica se encuentra entre las empresas a las que resulta de aplicación la Ley 5/1995, de régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas ¹⁴, y en especial el artículo 2 de la misma, la representación procesal de la Unión General de Trabajadores sostendrá que el Acuerdo recurrido incumplió la secuencia temporal legalmente exigida en los términos siguientes: «El Real Decreto [sobre el régimen de autorización administrativa previa de los actos futuros de la empresa privatizada; en nuestro caso, el 8/1997, de 10 de enero] deberá estar en

¹¹ Vid., entre otros, M.^a N. DE LA SERNA BILBAO, *La privatización en España*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pág. 80; GÓMEZ ACEBO & POMBO, *Teoría y práctica de las privatizaciones*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pág. 16; A. TRONCOSO REIGADA, *Privatización, empresa pública y Constitución*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 43; J. M. SOUVIRÓN MORENILLA, *La actividad...*, cit., pág. 59; G. ARIÑO ORTIZ, *Principios...*, cit., pág. 440; R. MARTÍN MATEO, *El marco público de la economía de mercado*, Trivium, Madrid, 1999, pág. 113; J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *Nuevo sistema conceptual*, «AFDUAM», núm. 3, 1999, pág. 135.

¹² Además de los trabajos citados en las notas precedentes, podemos destacar las monografías de E. J. RODRÍGUEZ CHIRILLO, *Aspectos jurídicos de la privatización de la empresa pública en España*, IEE, Madrid, 1993, y de D. CANO SOLER, *Políticas de privatización. Aproximación teórica*, CES, Madrid, 1998, así como los artículos de J. CORCUERA ATIENZA, *Estado y economía en época de crisis: las privatizaciones*, «REP», núm. 91, 1996, pág. 9 y sigs., y de S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Reflexiones sobre las privatizaciones*, «RAP», núm. 114, 1997, pág. 7 y sigs.

¹³ Su acumulación fue decidida por Auto de 3 de julio de 1997.

¹⁴ Específicamente sobre esta Ley, vid., entre otros, J. L. PIÑAR MAÑAS, *Reflexiones sobre la privatización de la empresa pública en España*, «REDA», núm. 84, 1994, pág. 569 y sigs.; A. DOMÍNGUEZ RUIZ DE HUIDOBRO, *Observaciones a la Ley 5/1995, de 23 de marzo, de régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas*, «RDBB», núm. 58, 1995, pág. 449 y sigs.; J. PONCE SOLÉ, *Una aproximación al fenómeno privatizador en España*, «RAP», núm. 139, 1996, pág. 353 y sigs.

vigor con anterioridad a la realización de los actos de disposición recogidos en el artículo 2º» (art. 4.2), esto es, antes de la enajenación del porcentaje igual o superior al 10 por 100 del capital social de la empresa o de la reducción, por cualquier forma, de la participación pública en la misma en un porcentaje inferior al 15 por 100 de dicho capital social.

En relación con este argumento, el Alto Tribunal sostendrá que efectivamente la Ley 5/1995 resulta aplicable al proceso de privatización de Telefónica y que dicha Ley ordena una «secuencia temporal», consistente aquí en anteponer la vigencia del Real Decreto 8/1997 al acto de disposición propiamente dicho. Pues bien, en relación con este punto el Tribunal afirmará el cumplimiento de este requisito (FJ 6.º), y ello sobre la base de la interpretación literal del propio Acuerdo; como vimos, éste autorizaba la venta de las acciones «no antes de la entrada en vigor del Real Decreto al que se refiere el artículo 4 del Real Decreto 1525/1995». El acto administrativo puede así entenderse como de eficacia aplazada o sujeto a condición suspensiva, lo que en general resulta permitido por el artículo 57 de la Ley 30/1992 (en adelante, LPC).

B) *Vulneración del artículo 2.1 de la entonces vigente LOT, en cuanto consideraba a las telecomunicaciones como «servicios esenciales de titularidad estatal reservados al sector público».* Partiendo de que el legislador de 1987 realizó una actividad de ejecución del artículo 128.2 de la Constitución española (en adelante, CE), al que expresamente remitía¹⁵, resultaba preciso optar por una interpretación de dicho precepto constitucional. A juicio del recurrente, esa interpretación no podía ser otra que la de considerar que el precitado artículo 128.2 no hace alusión al servicio público en sentido estricto sino a la propiedad o titularidad pública de sectores de actividad o de bienes económicos, de forma tal que la gestión de los mismos permanezca bajo el efectivo control y dirección del Estado, bien directa, bien indirectamente, pero en este caso siempre a través de una empresa en la que los aludidos control y dirección resulten posibles. Ello incluiría el caso de Telefónica antes del Acuerdo de privatización, donde nos encontrábamos con la fórmula de la sociedad de economía mixta, en la que la participación del Estado resultaba suficiente (empresa pública) en orden a garantizar los fines de interés general y el resto de las obligaciones derivadas de la declaración formal y solemne de las telecomunicaciones como «servicios esenciales de titularidad estatal reservados al sector público».

El Alto Tribunal, que no discute la exigibilidad de la LOT en el momento de la privatización, opta sin embargo por una interpretación distinta del artículo 128.2 CE, en cuya virtud la reserva de recursos o servicios esenciales allí prevista «nada tiene que ver [...] con que la gestión de esos servicios o recursos se confieran a entidades privadas, ni con la participación que el Estado pueda tener en aquéllas, ni [con] que una disminución en la participación o una eliminación cambien la titularidad del bien o servicio» (FJ 8.º). En este punto debemos mostrarnos necesariamente críticos con la argumentación de la sentencia, sobre todo por dos motivos:

¹⁵ Rezaba literalmente el artículo 2.1 LOT: «Conforme a lo previsto en el artículo 128.2 de la Constitución, y en los términos de la presente Ley, las telecomunicaciones tienen la consideración de servicios esenciales de titularidad estatal reservados al sector público, con las excepciones que se establecen en los artículos 9, 10 y 21».

a) Se opta de forma unilateral por una de las interpretaciones posibles del artículo 128.2 CE, rechazándose así implícitamente todas las demás, sin aportar fundamento alguno para ello. Como se demuestra con detalle en la demanda de Comisiones Obreras, la tesis contraria (entender que la reserva al sector público exige la intervención directa del Estado en la gestión de los recursos o servicios reservados) resultaba más razonable y coherente con los criterios de interpretación jurídica al uso, tal y como mantiene un importante sector de la doctrina desde hace tiempo ¹⁶.

b) En cuanto a la afirmación del Tribunal Supremo de que «ni la participación accionarial del Estado en la Compañía Telefónica antes de la autorización de venta garantizaba plenamente, por sí misma, el control estatal del servicio esencial de telecomunicaciones, ni la reducción o supresión de aquella participación priva al Estado, por sí sola, de ejercer sus facultades de garante último del servicio», debemos señalar que sólo podría aceptarse con muchas matizaciones: como indicábamos con anterioridad, el control efectivo del Estado sobre Telefónica había sido hasta la privatización una constante histórica de indiscutible evidencia y, de otro lado, al realizarse la privatización antes que la liberalización ¹⁷, resulta evidente que las facultades estatales sufrían un importante menoscabo. Insertando el problema en su contexto social, económico y político, no puede afirmarse de forma tan tajante como hace el Alto Tribunal que los «instrumentos de regulación y control en poder del Estado [...] no resultan afectados por el hecho de que éste participe o deje de participar accionarialmente, en más o menos porcentaje, en el capital social de [la empresa privatizada]». Desde luego, parece claro que una empresa pública concesionaria está sometida a un mayor control (en el sentido amplio del término) que una empresa meramente concesionaria, en cuya gestión el Estado no participa de forma directa ¹⁸.

c) *Vulneración de los artículos 20.1.a) y d), 27.1 y 44.1 CE, conforme a la determinación del contenido que de los mismos impone el artículo 9.2 del mismo cuerpo legal.* Según la representación procesal de Comisiones Obreras, íntimamente conectados al artículo 128.2 CE se encuentran todos aquellos preceptos que desarrollan en nuestra norma fundamental el principio del Estado social, considerado como auténticamente central en nuestra estructura constitucional. Pues bien, el mencionado principio ha de utilizarse como elemento interpretativo esencial en la

¹⁶ Podemos considerar como valedores de esta tesis, con unos u otros matices, a G. FERNÁNDEZ FARRERES, *Libertad de empresa y nacionalizaciones en la Constitución*, «Cuadernos Aragoneses de Economía», 1979, pág. 219 y sigs.; L. MARTÍN REBOLLO, *De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica*, «RAP», núms. 100-102, 1983, pág. 2514 y sigs.; M. BASSOLS COMA, *Constitución y sistema económico*, Tecnos, Madrid, 2.ª ed., 1988, pág. 180 y sigs.; S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Derecho administrativo económico I*, «La Ley», Madrid, 1988, pág. 251 y sigs. Al menos los dos primeros van incluso más allá de la tesis sostenida en el recurso: para ellos la reserva del artículo 128.2 CE incluye necesariamente la gestión directa, no sólo el control efectivo del Estado.

¹⁷ Por liberalización entendemos aquí la *despublicatio* del sector, operada en nuestro caso por el artículo 2 LGT. Suele haber acuerdo, especialmente en la Ciencia económica, sobre la conveniencia de liberalizar antes de privatizar; por todos, A. CUERVO GARCÍA, *La privatización de las empresas públicas. Cambio de propiedad, libertad de entrada y eficiencia*, «ICE», núm. 772, pág. 52 y sigs.

¹⁸ En general, sobre los controles específicos de las empresas públicas, *vid.* A. TRONCOSO REIGADA, *Privatización...*, cit., pág. 319 y sigs.

determinación del contenido de todos los derechos reconocidos en la Constitución, de lo que se deduce que los poderes públicos se encuentran obligados a dotar de garantía real a los derechos de libertad, los cuales sin intermediación del Estado podrían en otro caso quedar reducidos a libertades formales de las que sólo serían titulares un número reducido de ciudadanos. En consecuencia, prosigue la demanda, al menos en la medida en que la efectiva garantía de los derechos fundamentales lo imponga, los poderes públicos deben llevar a cabo una actuación positiva en defensa de aquéllos, no estando legitimado el poder público en general ni la Administración en particular para suprimir sin justificación constitucional garantías encaminadas a hacer posible el disfrute efectivo y en condiciones de igualdad de los derechos fundamentales. En otras palabras, el Estado puede renunciar a desempeñar actividades económicas típicamente empresariales y dirigidas al logro del beneficio, pero no está legitimado para dejar de prestar *directamente* servicios dirigidos a garantizar derechos reconocidos en la Constitución ¹⁹.

Aplicando las consideraciones precedentes a nuestro caso, se impondría al intérprete una concreta concepción del derecho fundamental «a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción» [art. 20.1.a) CE], derecho cuya función, por imperativo de los artículos 1.1 y 9.2 CE, no puede quedar reducida, según la representación procesal de Comisiones Obreras, a la garantía de la formación de la opinión pública libre, como a veces de un modo unilateral y reduccionista se hace: desde el dato sociológico indiscutible de que las necesidades de los ciudadanos evolucionan y que no es evidentemente comparable la situación del hombre del siglo XIX con la situación actual, debe resaltarse que la necesidad del ciudadano de nuestros días de comunicarse directamente con otras personas que no se encuentran en el radio de acción de su voz aparece como algo tan íntimamente conectado con la concepción actual de la libertad ²⁰, que parece indiscutible que el Estado, como siempre ha hecho, deba suministrar *por sí mismo* los medios necesarios para que la libertad de los ciudadanos de expresar a sus semejantes los propios pensamientos, ideas y opiniones, sea real y efectiva, también cuando el proceso de la comunicación se realiza entre interlocutores que no se encuentran en presencia física. En otras palabras, del artículo 20.1.a) CE, en su conexión con el artículo 9.2 del mismo cuerpo legal, cabe deducir el deber de los poderes públicos de proporcionar en condiciones de igualdad a todos los ciudadanos los medios necesarios para poder comunicarse a distancia con los demás. No puede olvidarse que la Constitución literalmente se refiere a «cualquier medio», por lo que los servicios de telecomunicación en general y la telefonía vocal en particular no son medios instrumentales al servicio de la libertad de expresión sino que se trata de medios indispensables cuya disponibilidad jurídica es un derecho implícito en el

¹⁹ La tesis apuntada no es desde luego novedosa: enlaza tanto con la concepción social de los derechos fundamentales como con el llamado deber estatal de protección de los mismos. Para una primera aproximación a ambas categorías, *vid.* E. W. BÖCKENFÖRDE, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos, Baden-Baden, 1993, págs. 63-66 y 114-116, respectivamente.

²⁰ La demanda toma así implícitamente partido por una concepción multifuncional de la libertad de expresión: este derecho no sólo sirve para hacer efectivo el proceso democrático sino también para la autorrealización individual.

reconocimiento de aquella libertad, hasta el punto de que forma parte de su propia sustancialidad.

Por último, a juicio del recurrente ni es necesario demostrar daño concreto alguno, por encontrarnos en presencia del carácter objetivo de los derechos en juego (la demanda recuerda el Auto de 23 de abril de 1998, que reconoce la legitimación del sindicato para defender *en abstracto* intereses de los trabajadores, no una lesión específica) ni resulta preciso poner de manifiesto (casi una *probatio diabólica*) la disminución de las garantías correspondientes, añadiéndose expresivamente: «¿o es que debe demostrarse que derechos antes satisfechos por una empresa controlada por el Estado (garante en última instancia del interés general) sufren por definición un menoscabo cuando los mismos quedan en manos de una empresa enteramente privada, sometida lógicamente a las leyes del mercado y a la búsqueda del beneficio?».

Junto a la libertad de expresión, otros derechos fundamentales exigirían también, en opinión del recurrente, ser garantizados *directamente* por los poderes públicos: los servicios de telecomunicación, en su amplia definición del Derecho internacional, consagrada en su día por la LOT, exceden con mucho el ámbito tradicional de la telefonía vocal, para dar entrada en su seno a servicios que, en el marco de las necesidades sociales actuales, resultan necesarios para hacer efectivo y en condiciones de igualdad el ejercicio, entre otros, de los derechos a recibir información [art. 20.1.d) CE], a la educación (art. 27.1 CE, concretado en su faceta prestacional fundamentalmente en el art. 27.5 del mismo cuerpo legal) y a la cultura (art. 44.1 CE). No puede el Estado, concluye la demanda, renunciar a la prestación de servicios tan necesarios para la garantía real de derechos de la aludida relevancia constitucional.

En relación con este argumento, que trae a colación la importante problemática de la eventual incidencia de los procesos privatizadores sobre la garantía del Estado social ²¹, la respuesta del Tribunal Supremo es parca en exceso: «La censura es claramente exagerada, sin que sean necesarios demasiados argumentos para justificar su rechazo», y «ni siquiera un enfoque prestacional por parte del Estado de estas libertades [...] autorizaría a derivar de la norma fundamental la exigencia de que el Estado fuera precisamente accionista», pues existen «técnicas diferentes del control accionario de las empresas, de los intereses públicos inherentes» (FJ 11.º). Quedan sin embargo por precisar importantes cuestiones, imprescindibles para responder adecuadamente a la argumentación del recurrente: cuáles son esas «técnicas diferentes», si éstas otorgan la misma protección a los ciudadanos que las anteriores y, sobre todo, si la configuración constitucional del Estado social autoriza la no intervención *directa* de los poderes públicos en la gestión de servicios indispensables para dotar de contenido efectivo a determinados derechos fundamentales ²².

²¹ Entre nosotros, unos primeros apuntes pueden encontrarse en M.ª N. DE LA SERNA BILBAO, *La privatización...*, cit., págs. 190-193 y, sobre todo, en A. TRONCOSO REIGADA, *Privatización...*, cit., págs. 296-304.

²² Téngase en cuenta que el Tribunal Supremo parece aceptar la entrada en juego de los derechos fundamentales, al argumentar sobre sus mecanismos de garantía.

D) *Vulneración de los artículos 9.3 y 103.1 CE, en sus referencias al principio de legalidad.* La exigencia constitucional²³ de una norma de rango legal que fundamente el Acuerdo de privatización no puede, a juicio de Comisiones Obreras, ser colmada por ninguno de los instrumentos normativos eventualmente aplicables. Así, la Ley 5/1995, dictada para los casos de privatización de las empresas que, siendo material o funcionalmente públicas, cumplen determinados requisitos, por su propia naturaleza, finalidad, contenido y alcance, no puede servir como soporte a dicho Acuerdo, pues se inscribe en una esfera distinta, obedeciendo, en sus objetivos y contenido, a determinar un régimen de autorización administrativa previa *pro futuro*, una vez culminada la operación de privatización de las empresas reguladas, para evitar operaciones especulativas o de concentración de capital. No sirve tampoco como cobertura legal, prosigue la demanda, el Real Decreto-ley 6/1996, de liberalización de las telecomunicaciones, pues este texto se limita al reconocimiento de la existencia de un segundo operador de telecomunicaciones, aparte de otras medidas, preparatorias si se quiere, pero no definitivas, con la rotundidad y claridad que sería necesario, de la nueva naturaleza de los servicios de telecomunicaciones, como es la creación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, o ciertas modificaciones puntuales y perentorias de algunas leyes sectoriales.

El argumento da así entrada a la pregunta por el rango de la norma que aprueba la privatización. Aceptando la deslegalización de la materia operada por la Ley General Presupuestaria de 1977, sólo quedaría la Constitución como fundamento de la necesidad de una norma con rango de ley²⁴, cuestión lacónicamente saldada por el Tribunal Supremo en los siguientes términos: a la vista del artículo 6.3 de la citada Ley de 1977, «la elección entre una u otra alternativa pertenece al ámbito de las facultades del Gobierno que, en defecto de previsión constitucional al respecto, no nos corresponde enjuiciar» (FJ 12.º). Sobre todo, llama aquí la atención el escamoteo flagrante del problema constitucional, pues ese «defecto de previsión constitucional» debía haber sido objeto de demostración, aunque sólo fuera para contestar adecuadamente a las alegaciones del recurso.

E) *Vulneración del artículo 54 LPC, en cuanto a la ausencia de motivación, y del artículo 9.3 CE, en su referencia a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.* La demanda considera que el Acuerdo recurrido se encuentra entre los comprendidos en el artículo 54.1 LPC, no sólo porque dicho acto limita derechos subjetivos, sino también porque fue claramente dictado «en el ejercicio de potes-

²³ En el momento de la privatización parecía además existir una implícita autorreserva de ley o reserva impropia en el hoy expresamente derogado artículo 103 de la Ley del Patrimonio del Estado de 1964, cuya vulneración alega también el recurrente. En relación con este tema, el Alto Tribunal se limitará a confirmar su doctrina sobre la tácita derogación del precepto por el artículo 6.3 de la Ley 11/1977, General Presupuestaria (FJ 15.º).

²⁴ En realidad, sólo la CE podría fundamentar la existencia de una reserva de ley estrictamente considerada. Desde esta perspectiva, la respuesta pasa en todo caso por resolver la previa cuestión del alcance de la reserva en nuestro sistema constitucional, y en particular si existe una reserva general de ley o si sólo contamos con reservas específicas. Desde este segundo punto de vista resulta obvio que las dificultades de exigir que todo proceso privatizador se apruebe por ley resultan mayores. En nuestra doctrina, S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (*Reflexiones...*, cit., pág. 29) parece apuntar en favor de la inconstitucionalidad de la deslegalización de esta materia, si bien no desde la existencia de una reserva de ley sino desde el Estado de Derecho.

tades discrecionales». Se entienda la motivación, bien en términos rigurosos, como la reconducción de la decisión que en el acto administrativo se contiene a una regla de Derecho que autoriza tal decisión o de cuya aplicación surge, bien en términos más flexibles, como la mera exteriorización o expresión de las razones que han llevado al autor del acto a aprobarlo, a juicio del sindicato recurrente el acto administrativo contravino no sólo el citado artículo 54.1 LPC, sino también el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos consagrado en el artículo 9.3 CE, y ello porque no aparece mención alguna a los fundamentos jurídicos de la decisión, ausencia que desde un entendimiento riguroso de la exigencia de motivación, bastaría para declarar la radical nulidad del acto. Además, la medida no habría ponderado adecuadamente los intereses en juego, pues la búsqueda de la finalidad perseguida supuso un sacrificio excesivo para los derechos afectados.

Aquí el Tribunal Supremo se muestra nuevamente lacónico en su respuesta: sin mención alguna al significado y alcance de las exigencias de motivación y no arbitrariedad, considerará salvado el problema porque el Acuerdo «viene precedido de un extenso prólogo en el que se explicitan las razones que justifican su adopción» (FJ 13.^o). Ahora bien, la sentencia silencia que entre esas razones no se hace mención a precepto legal alguno y, lo que es peor, tampoco se alude a objetivos claramente identificables con el interés general²⁵, contenido esencial de toda actuación administrativa, según dispone el artículo 103.1 CE.

F) *Vulneración de los artículos 58.1 y 60.1 LPC, al no haberse notificado el Acuerdo a los interesados y no haberse publicado oficialmente.* El sindicato recurrente alega que el acto administrativo no fue notificado tal y indica la normativa legal, siendo sin duda, portador de «derechos que puedan resultar afectados por la decisión», como deduce del citado Auto de 23 de abril de 1998, por lo que dicho acto debió haberle sido notificado en tiempo y forma, dada su condición de interesado, lo que refuerza con la mención a los artículos 31.2 LPC y 1.1 de la Ley Orgánica 11/1985, de Libertad Sindical.

Por otra parte, al entender de la demanda, el acto debió ser publicado oficialmente, por existir evidentes razones de interés público en su conocimiento, habida cuenta de la evidente trascendencia del mismo, reconocida por el propio Acuerdo. La publicación de la Resolución de la Dirección General de Patrimonio del Estado de 22 de noviembre de 1996 «por la que se acuerda un período de información pública del proyecto de Real Decreto de aplicación del régimen de autorización administrativa previa a Telefónica de España, Sociedad Anónima» (BOE de 23 de noviembre), en modo alguno afecta a lo anterior, ya que, continúa el recurrente, dicho régimen de autorización administrativa es de naturaleza bien distinta al acto administrativo recurrido. Tampoco la «masiva campaña de publicidad de

²⁵ Las razones esgrimidas en la exposición de motivos del Acuerdo son las siguientes: «corregir los desequilibrios económicos básicos» de la economía española, «que la principal operadora española se inserte con claridad en un ámbito de gestión privada que permita definir sus estrategias» y el «reequilibrio de los activos y pasivos del Estado». Ahora bien, con una formulación así queda indeterminada la conexión de estos fines con el interés general. No olvidemos que no cualquier objetivo gubernamental puede ser considerado de interés general, sino sólo aquel coherente con el marco previamente delimitado por la Constitución y la ley.

Telefónica» parece cubrir las exigencias de publicidad, tanto por el método realizado (la publicidad ha de ser oficial, no en los medios de comunicación) como por ser posterior en el tiempo a la privatización propiamente dicha.

En relación con el importante problema de la publicidad y de la participación en el proceso de privatización el Tribunal Supremo se muestra nuevamente parco: el Acuerdo no es «una disposición general, sino [...] un acto autorizatorio singular dirigido a un destinatario concreto (la SEPPa) cuya publicación oficial no es obligada» y, «dado el contenido del acuerdo, el Consejo de Ministros no estaba obligado a oír previamente a ninguna de las organizaciones sindicales recurrentes ni tenía obligación de someter su decisión a la previa información pública» (FJ 9.º). Se olvida así la trascendencia social del acto administrativo recurrido y su importante incidencia sobre los ciudadanos, justificándose que la privatización total de una empresa de la importancia de Telefónica ni se publique oficialmente ni tenga por qué tener en cuenta las alegaciones de grupo social alguno.

II

1. Entre las normas de desarrollo de la LGT, marco y cabecera del nuevo modelo de regulación, ocupa un lugar esencial el Real Decreto 1736/1998, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de aquélla en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones, a las demás obligaciones de servicio público y a las obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación de las redes de telecomunicaciones (en adelante, ROSP). Este Reglamento fue recurrido por Telefónica²⁶, por considerar el antiguo monopolista que se le imponían excesivas cargas, inaceptables en el contexto de un sistema marcado por la impronta de la libre competencia y, por tanto, de la sustancial igualdad entre los agentes que intervienen en el mercado. La Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2000²⁷ dará respuesta a esta demanda desde una óptica similar a la apreciada en la Sentencia de 14 de octubre de 1999: la legitimación de toda la actuación gubernamental, fundada a veces en un débil, casi inexistente, razonamiento jurídico. Veámoslo más despacio, realizando esta vez una ordenación sistemática de los argumentos basada, antes que en las alegaciones del recurrente, en los elementos clave de lo que se ha venido en llamar «nuevo servicio público» de las telecomunicaciones.

2. Al margen de cuestiones de detalle sobre el concreto régimen jurídico del servicio público de las telecomunicaciones, en la sentencia ahora comentada encontramos alusión, directa o indirecta, a los siguientes problemas del nuevo modelo de regulación:

A) *Estatuto de los operadores*. Frente al sistema anterior a la LGT, fundado en la unidad de régimen jurídico (el propio del servicio público tradicional), con un único concesionario, se impone ahora la diversidad, característica del mercado. Esta diversidad no sólo se muestra en la pluralidad de los agentes que intervienen

²⁶ Recurso contencioso-administrativo núm. 453/1998.

²⁷ Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera. Ponente: Oscar González González.

en el mercado de las telecomunicaciones, por definición abierto a la entrada de nuevos operadores, sino también en la variedad de las formas en que se produce dicha entrada. El concepto clave es el de título habilitante, del que se diseñan dos grandes categorías: las autorizaciones generales y las licencias individuales, sometidas a regímenes jurídicos diferenciados. Pues bien, la sentencia que comentamos viene a destacar, bien que indirectamente, un dato que podía ya intuir cualquier lector atento de la LGT: los titulares de las segundas están sujetos a un conjunto más estricto de obligaciones, cuyo diseño se asemeja bastante al propio del concesionario del servicio público en el modelo anterior ²⁸.

Según el artículo 42 LGT el Gobierno podía «imponer, mediante Real Decreto, otras obligaciones de servicio público distintas de las de servicio universal y de los servicios obligatorios, a los titulares de licencias individuales o de autorizaciones generales». El artículo 1 ROSP, por su parte, señala algo sensiblemente diferente, al preferir que sean los primeros (y, subsidiariamente, un grupo determinado de los segundos) los que deban cumplir, en su caso, tales obligaciones: «se podrán imponer [...] las obligaciones [...] a los titulares de autorizaciones generales que hayan obtenido derechos de acceso especial o de interconexión, siempre que éstos puedan cumplir las citadas obligaciones de servicio público en mejores condiciones que los titulares de licencias individuales». Pues bien, Telefónica recurrirá el precepto (así como, por similares razones, el art. 6 ROSP), por considerarlo contrario a la Ley, y el Tribunal Supremo negará esta afirmación basándose en el «distinto tratamiento» que da la LGT a ambas categorías de operadores: los titulares de licencias individuales están más vinculados al cumplimiento de las obligaciones de servicio público que los titulares de autorizaciones generales, «lo que además responde a una adecuada contrapartida de los derechos de ambos, mayores [en los primeros], como ocurre en materia de ocupación del dominio público, aplicación del régimen de expropiación forzosa y del establecimiento de servidumbres y limitaciones de propiedad» (FJ 3.º). En definitiva, frente a la interpretación literal del artículo 42 LGT, el Alto Tribunal opta por una interpretación sistemática, de la que infiere la diferenciación de regímenes jurídicos a la que venimos aludiendo.

Otro problema relacionado con el estatuto de los operadores de telecomunicaciones es el de si resulta legítimo distinguir entre todos ellos, con independencia de los títulos habilitantes que posean, a uno o varios que cabría calificar como dominantes, sujetándolos a un régimen jurídico peculiar y más estricto. Aunque fundado en normas jurídicas dispersas y heterogéneas, parece ser en efecto posible deducir del ordenamiento vigente un régimen propio del operador dominante ²⁹,

²⁸ Sobre los títulos habilitantes de telecomunicaciones, *vid.*, en general, M. M. FERNANDO PABLO, *Derecho general de las telecomunicaciones*, Colex, Madrid, 1998, esp. pág. 64 y sigs.; A. CARRASCO y E. CORDERO, *El derecho a prestar servicios de telecomunicaciones*, en A. ARPÓN DE MENDÍVIL y A. CARRASCO PERERA (dirs.), «Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones», Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 271 y sigs.; J. J. MONTERO y H. BROKELMANN, *Telecomunicaciones y televisión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 232 y sigs.; J. ALBI ALBI, *Artículos 6 a 9*; J. J. LAVILLA RUBIRA, *Artículos 10 a 14*; G. FERNÁNDEZ FARRERES, *Artículos 15 a 21*, los tres últimos en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. DE LA QUADRA-SALCEDO (coords.), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 1999, págs. 65 y sigs., 79 y sigs. y 114 y sigs., respectivamente; J. M. NEBREDÁ PÉREZ, *Títulos habilitantes en el sector de las telecomunicaciones*, «La Ley», Madrid, 2000.

²⁹ *Vid.* A. ARPÓN DE MENDÍVIL y C. FIGUERA, *El estatuto de los operadores*, en A. ARPÓN DE MENDÍVIL y A. CARRASCO PERERA (dirs.), *Comentarios...*, cit., pág. 206 y sigs., y J. J. LA-

cuya legitimidad, en principio, nadie discute: partiéndose de que a la libre y efectiva competencia no puede llegarse desde la total equiparación entre operadores, habida cuenta de que uno de ellos ocupa una posición de clara supremacía sobre los demás, en tanto heredero del antiguo monopolista, se considera que este operador, calificado de dominante, habrá de asumir un conjunto más amplio y estricto de obligaciones. A partir de aquí, el conflicto está servido, pues no siempre será fácil trazar los límites entre las diferencias de trato que justificadas y razonablemente (compatibles, por tanto con el art. 14 CE) pueden establecerse y las demás.

A nuestro entender, la solución a esta espinosa cuestión sólo podrá llegar del examen de cada supuesto concreto, pues la diferencia de trato puede resultar justificada y razonable en unos casos y no en otros. En el recurso que da lugar a la sentencia que comentamos, Telefónica se queja de que sólo a ella, como operador dominante, se impongan dos tipos concretos de obligaciones: la facturación detallada (art. 57.2 ROSP) y la publicación, universalidad y condiciones específicas del «acceso y utilización» de las redes (art. 58 ROSP). Ante el silencio de la LGT sobre este punto, el Tribunal Supremo justificará la primera diferencia de trato con el sencillo expediente de recurrir al artículo 14 de la Directiva 98/10/CEE, en cuya virtud «los Estados miembros podrán designar uno o varios operadores para proveer estas facilidades a la mayoría de los usuarios del teléfono antes del 31 de diciembre de 1998, y para garantizar que estén a disposición del público en general no más tarde del 31 de diciembre de 2001», precepto del que el Alto Tribunal deduce «que se está permitiendo la imposición de esta obligación a un número restringido de operadores» (FJ 10.º). En similares términos se resuelve el problema de la segunda diferencia de trato, esta vez con alusión al apartado 3.1 del Anexo de la Directiva 97/13/CE, según el cual a los operadores pueden imponerse, «cuando esté justificado y con arreglo al principio de proporcionalidad [...] [la] publicación y aviso adecuado de modificaciones en las condiciones de acceso, incluidas las tarifas, la calidad y la disponibilidad del servicio». Pues bien, en este punto la Sentencia nos parece justamente criticable, y ello por dos motivos principales:

a) Selecciona erróneamente los datos relevantes del Derecho comunitario, al olvidar mencionar, además de las referencias a la justificación y al principio de proporcionalidad contenidas en la Directiva 97/13³⁰, el artículo 11.1 de la Directiva 98/10 (posterior en el tiempo a la citada Directiva 97/13), según el cual «las autoridades nacionales de reglamentación velarán por que *todos* los organismos suministradores de redes públicas de telefonía fija y móvil o servicios telefónicos accesibles al público publiquen una información adecuada y actualizada para los consumidores sobre sus términos y condiciones normales relativos al acceso y utilización de la red telefónica pública y/o de los servicios telefónicos accesibles al

VILLA RUBIRA, *El operador dominante y los nuevos entrantes ante la nueva Ley General de Telecomunicaciones*, en G. CALVO DÍAZ (dir.), «El nuevo marco jurídico de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales», CGPJ, Madrid, 1999, pág. 243 y sigs. La crítica a una excesiva asimetría no se ha hecho esperar: J. M. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, *Sobre el estatuto jurídico del operador dominante*, «REDETI», núm. 3, 1998, y, del mismo autor, *Asimetría regulatoria, equidad y transición a la competencia en las telecomunicaciones españolas*, «REDETI», núm. 4, 1999, pág. 11 y sigs.

³⁰ Curiosamente, la sentencia, tras transcribir literalmente el artículo 14 de la Directiva 98/10, tan sólo alude de pasada al apartado 3.1 del Anexo de la Directiva 97/13.

público». Como se ve, la norma europea de más directa aplicación no permite distinguir entre el operador dominante y los demás, sino que impone las obligaciones contenidas en el artículo 58 ROSP ³¹, en principio, a todos los operadores.

b) Olvida la aplicación de las exigencias constitucionales en la materia, que desde luego prevalecen sobre lo dispuesto en las directivas comunitarias. Telefónica es sujeto, obviamente, del derecho fundamental reconocido en el artículo 14 CE y, lo diga o no el Derecho europeo, las diferencias de trato establecidas sobre el operador dominante deberán encontrar en cada caso justificación objetiva y razonable. No entramos a discutir aquí si esta justificación existe o no; tan sólo criticamos que el Alto Tribunal eluda el planteamiento constitucional del problema.

B) *Determinación de las obligaciones de servicio público.* En el nuevo modelo de regulación la exacta determinación de las «obligaciones de servicio público» resulta esencial. En el sistema anterior los operadores conocían previamente el catálogo de sus obligaciones, que podían ser aceptadas o no, pues su imposición derivaba en todo caso de la firma del correspondiente contrato de concesión, presumiéndose que todas las cláusulas del mismo dotadas de contenido imperativo contenían obligaciones de servicio público, en tanto se incorporaban en bloque al régimen jurídico propio del concesionario. Ahora, por el contrario, no se exige del operador la aceptación previa de sus obligaciones sino que éstas se imponen en todo caso *ex lege*, no en virtud de un contrato. En este sistema la libertad de empresa (art. 38 CE) entra claramente en juego, y con ella la reserva del artículo 53.1 CE, según el cual las intervenciones sobre el contenido de este derecho fundamental han de encontrar necesario sustento, directo o indirecto, en una norma con rango de ley ³².

En coherencia con lo expuesto, la LGT establece los elementos esenciales de las obligaciones de servicio público impuestas, al menos, a «los titulares de servicios de telecomunicaciones disponibles al público y los titulares de redes públicas de telecomunicaciones para cuya prestación, instalación o explotación se requiera licencia individual» (art. 35.1). A diferencia del sistema anterior, en el que se presumían de servicio público todas las obligaciones del concesionario, ahora se rompe de nuevo la unidad de régimen jurídico, de forma tal que debe determinarse, del conjunto de obligaciones impuestas a los operadores, cuáles son de servicio público y cuáles no.

No es éste el momento de realizar una pormenorizada relación de las diferencias existentes entre los dos tipos de obligaciones ³³. Bástenos con destacar que las

³¹ Ciertamente es que, leyendo más despacio este precepto, lo peculiar del régimen del operador dominante es realmente la universalidad de las condiciones ofertadas («deberán aplicarse a cualquier solicitud») y las condiciones de modificación de la oferta («deberá publicarse en términos similares a la oferta original y notificarse a los usuarios afectados»), y a ambas cuestiones no alude expresamente el precitado artículo 11.1 de la Directiva.

³² Ciertamente es que el Tribunal Constitucional ha relativizado enormemente el alcance de la reserva en materia de libertad de empresa. La crítica puede verse en G. ARIÑO ORTIZ, *Principios constitucionales de la libertad de empresa*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 104 y sigs.

³³ En general, sobre el nuevo servicio público de las telecomunicaciones, *vid.* M. M. FERNANDO PABLO, *Derecho general...*, cit., pág. 197 y sigs.; A. ARPÓN DE MENDÍVIL, *Obligaciones de servicio público*, en A. ARPÓN DE MENDÍVIL y A. CARRASCO PERERA (dirs.), «Comentarios...», cit., pág. 403 y sigs.; J. J. MONTERO y H. BROKELMANN, *Telecomunicacio-*

obligaciones de servicio público cuentan con muchos de los elementos del servicio público tradicional o formal; por ejemplo, su sometimiento «a los principios de igualdad, transparencia, no discriminación, continuidad, adaptabilidad, disponibilidad y permanencia» (art. 35.2 LGT). Si además las obligaciones se engloban bajo la categoría del servicio universal (una de las tres modalidades de obligaciones de servicio público según el art. 36 LGT), el operador deberá asimismo garantizar que los servicios resulten «accesibles a todos los ciudadanos con independencia de su localización geográfica» (principio de universalidad) y «a un precio asequible» (art. 37.1).

Pero vayamos ya al tratamiento de esta problemática en la sentencia que comentamos. En la demanda, Telefónica se queja de la ampliación en el ROSP del ámbito del servicio universal legalmente previsto³⁴. Aquí el Alto Tribunal dará de hecho la razón al operador dominante, paradójicamente mediante una interpretación del Reglamento distinta a la realizada por el recurrente. Los supuestos controvertidos son tres:

a) Según el artículo 13 ROSP, «los usuarios a los que se proporcione una conexión a la red telefónica pública fija deberán tener la posibilidad de [...] acceder al resto de los servicios disponibles para el público que se prestan por medio de la citada red». En relación con ello la sentencia únicamente indica que esta frase no significa «que estos servicios disponibles se incluyan en el servicio universal» (FJ 6.º).

b) El artículo 18.3 ROSP relaciona una serie de instrumentos, que «podrán» servir para alcanzar los «objetivos» conectados al carácter asequible del precio del servicio universal: programas que permitan un mayor control del gasto del usuario (límites de crédito, fórmulas de prepago, bloqueo de llamadas, etc.) y publicidad e información a los usuarios, sobre todo.

En este punto la sentencia es totalmente confusa, pues no se sabe si finalmente incluye o no tales objetivos dentro del servicio universal. Tras aludir al argumento del recurrente según el cual el citado artículo 18.3 «está ampliando indebidamente el servicio universal», el Alto Tribunal afirmará: «No es así, ya que esas medidas responden a los objetivos previstos en el artículo 3 LGT, en especial el contenido en el apartado f), referido a la defensa de los intereses de los usuarios, y apartado c), en relación con la garantía de cumplimiento de las obligaciones de servicio universal, con el fin de que no se limite significativamente la posibilidad de ser usuario del servicio» (FJ 8.º). Desde luego, con tan alambicada construcción no se comprende el alcance del razonamiento, incluso en su respuesta a lo alegado por el recurrente, pues no sabemos a ciencia cierta qué es lo que «no es así», que se haya ampliado el servicio universal o que esta ampliación se haya producido «indebidamente».

c) Según el artículo 57.2 ROSP, «los operadores [...] deberán suministrar a sus abonados la facturación detallada por los servicios que prestan, en los términos establecidos en este Reglamento y en la normativa que sea de aplicación». Aquí el

nes..., cit., pág. 359 y sigs.; C. CHINCHILLA MARÍN, *Artículos 35 a 39*; E. MALARET GARCÍA, *Artículos 40 a 42*, los dos últimos en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. DE LA QUADRA-SALCEDO, *Comentarios...*, cit., pág. 262 y sigs. y pág. 300 y sigs., respectivamente.

³⁴ Téngase en cuenta que según la DT 3.ª LGT Telefónica es el operador dominante «a los efectos del servicio universal» al menos hasta el 1 de enero de 2006.

Alto Tribunal lacónicamente reitera lo indicado en relación con el artículo 13 (no forma parte, por tanto, la facturación detallada del servicio universal), «debiendo añadirse ahora que [ésta] entra dentro del derecho de información que tienen los usuarios, según el artículo 54.2.b) [LGT]».

La consecuencia de separar las citadas obligaciones del catálogo de las incluidas en la categoría del servicio universal resulta de gran calado: a ellas no resultan aplicables, entre otros, los principios de universalidad y precio asequible. La sentencia sin embargo no nos parece bien razonada en este punto, por la total ausencia de una previa apoyatura conceptual: no sabemos cuál es la naturaleza de las tres obligaciones cuestionadas (si no forman parte del servicio universal, ¿son de servicio público?; si no lo son, ¿cuál es su régimen jurídico?) y, lo que es peor, el Tribunal no explicita el criterio utilizado para diferenciar entre unas y otras obligaciones.

C) *Régimen jurídico del nuevo servicio público*. De los diversos elementos del régimen jurídico del nuevo servicio público de las telecomunicaciones, en cuyo análisis no podemos evidentemente tampoco aquí detenernos, la sentencia se refiere a los tres siguientes:

a) *Fijación de precios*. Frente a la regla general contenida en la disposición transitoria 4.ª LGT, según la cual el Gobierno, a través de la Comisión Delegada para Asuntos Económicos, «podrá fijar, transitoriamente, precios [de los servicios de telecomunicaciones, se entiende] fijos, máximos y mínimos o los criterios para su fijación y los mecanismos para su control», el artículo 18.1 ROSP establece que la citada Comisión «fijará periódicamente los precios de los servicios incluidos dentro del servicio universal». No le falta razón a la demanda al poner en duda la legalidad de la actuación reglamentaria, que introduce una regla especial sin habilitación legal suficiente, pues entra aquí en juego la reserva de ley del artículo 53.1 CE (en relación con el art. 38) ³⁵. El Tribunal Supremo avalará sin embargo la previsión del artículo 18.1 ROSP, y ello con el único argumento de que «en el servicio universal lo que se pretende es garantizar la permanencia de su prestación» (FJ 7.º). Se pone así claramente de manifiesto la persistencia de uno de los elementos característicos del servicio público tradicional, la potestad tarifaria (por mucho que se utilice el término «precios») de la Administración.

b) *Reparto de costes*. Uno de los elementos clave del nuevo modelo de regulación es el concepto de precio asequible, cuyos criterios de determinación se encuentran normativamente prefijados, en garantía de los derechos de los usuarios (art. 18.2 ROSP). Frente al sistema anterior, fundado en la «aproximación de la estructura de tarifas a la de costes», para garantizar el «equilibrio financiero global de la concesión» ³⁶, la LGT separa nítidamente la determinación del precio de los servicios y la situación económica de los operadores. Esta es tenida también en cuenta, pero con independencia de lo anterior ³⁷ y mediante la utilización de una fórmula nove-

³⁵ Específicamente sobre esta cuestión, *vid.* F. J. VILLAR ROJAS, *Tarifas, tasas, peajes y precios administrativos*, Comares, Granada, 2000.

³⁶ Cláusula 10.ª del Contrato del Estado con Telefónica, de 29 de noviembre de 1991.

³⁷ Sin embargo, el Tribunal Supremo parece confundir todavía ambas cuestiones al hacer decir al artículo 39 LGT lo que no dice: una cosa es el principio de remuneración del coste neto de los servicios que se incluyen en el servicio universal y otra, bien distinta, «que los precios de estos servicios están orientados a coste». Sólo lo primero, y no lo segundo, es lo que contiene el citado artículo 39.

dosa: el reparto de los costes correspondientes entre los distintos operadores (art. 39 LGT). El Alto Tribunal no hace aquí más que recordar al recurrente lo obvio: «el coste neto [del servicio universal] será soportado por todos los operadores que exploten las redes públicas de telecomunicaciones y por los prestadores de los servicios telefónicos disponibles al público» (FJ 5.º).

c) *Compartición de bienes*. Según el artículo 47.2 LGT los operadores de redes públicas de telecomunicaciones (poseedores todos ellos de una licencia individual ex art. 15.1 LGT) tienen derecho a la «utilización compartida de bienes de propiedad pública o privada», derecho «de carácter público» heredero de uno de los típicos elementos del servicio público tradicional o formal. En este caso, Telefónica acusa nuevamente al ROSP de extralimitación, pues en el artículo 48.1 del mismo el ámbito de los bienes a compartir se amplía a las «instalaciones» realizadas por quienes instalen redes públicas de telecomunicaciones, siendo además beneficiarios de derechos de ocupación del dominio público, expropiación forzosa o servidumbre de paso. Pues bien, aquí el Alto Tribunal legitima la ampliación reglamentaria a partir del artículo 11 de la Directiva 97/33/CE, en su alusión a que «las autoridades nacionales de reglamentación procurarán que tales *instalaciones y propiedad* sean compartidas» (FJ 10.º). Sucede sin embargo que el Reglamento interviene así sobre la propiedad privada sin sustento legal, pues la Directiva resulta insuficiente para cubrir la reserva de ley del artículo 53.1 CE (en su relación con el art. 33.1).

III

Hasta aquí la descripción de las dos sentencias seleccionadas, con breves acotaciones críticas a alguno de sus argumentos. Como decíamos al comienzo, el interés de estas decisiones radica no sólo en la jurisprudencia que sientan sobre la interpretación de diversos preceptos constitucionales, legales y reglamentarios, sino también en los problemas que dejan abiertos o insuficientemente resueltos: algo que no debería extrañar, por otra parte, habida cuenta de la relativa novedad de las categorías jurídicas en juego.

Recapitulando y resumiendo los más importantes temas pendientes del nuevo Derecho de las telecomunicaciones³⁸, dejando de lado cuestiones más específicas o ahora de menor interés, nos encontramos con lo siguiente:

a) La incidencia del Estado social (y de los derechos conectados a este elemento esencial de nuestra forma de Estado) sobre el nuevo modelo de regulación se encuentra pendiente de un adecuado tratamiento³⁹. Si bien parece admitirse que

³⁸ Quedan fuera de esta relación otras importantes cuestiones aquí suscitadas, no específicas del Derecho de las telecomunicaciones: entre otras, el alcance de la reserva de ley, el valor normativo del Derecho comunitario, la motivación y publicidad de los actos administrativos o la participación de los interesados en la adopción de decisiones.

³⁹ Por contra, la doctrina alemana da con frecuencia entrada al principio del Estado social en el análisis de este sector del ordenamiento; por todos, M. RUFFERT, *Regulierung im System des Verwaltungsrecht. Grundstrukturen des Privatisierungsfolgerechts der Post und Telekommunikation*, «Archiv des öffentlichen Rechts», núm. 2, 1999, pág. 247, y la bibliografía allí citada.

este principio constitucional no exige que sea el Estado quien directamente otorgue las prestaciones ⁴⁰ (cuyo contenido mínimo habría antes que delimitar), queda por desarrollar, entre otras cosas, su utilidad como método de determinación de las obligaciones exigibles a los operadores, especialmente en los casos de silencio o ambigüedad de la ley.

b) Los derechos económicos individuales, y en especial la libertad de empresa, están también llamados a desempeñar un importante papel en la evolución futura del nuevo Derecho de las telecomunicaciones ⁴¹, circunstancia ésta de la que cabe extraer múltiples consecuencias jurídicas ⁴², de entre las que hemos sobre todo destacado aquí la incidencia de la reserva de ley *ex* artículo 53.1 CE. Junto a ello, también cobrará interés la aplicación del principio de igualdad, imprescindible para resolver eventualmente las dudas sobre la constitucionalidad de las numerosas diferencias de trato entre los operadores, perjudiciales por lo general para los intereses del operador dominante.

c) Dentro ya del ámbito más específico del Derecho administrativo deben todavía marcarse las diferencias entre el régimen jurídico de las obligaciones de servicio público y el propio de las demás obligaciones impuestas a los operadores, así como precisarse con mayor exactitud las consecuencias jurídicas derivadas de tal diferenciación.

En definitiva, un apasionante grupo de problemas, entre otros muchos, pendientes de estudio para la doctrina española del Derecho público ⁴³.

Guillermo ESCOBAR ROCA

⁴⁰ Ultimamente, en relación con nuestro tema, R. P. SCHENKE, *Verfassungsrechtliche Probleme einer präventiven Überwachung der Telekommunikation*, «Archiv des öffentlichen Rechts», núm. 1, 2000, pág. 38. Parece así que el Estado social se preocupa antes por los resultados (la satisfacción de las necesidades básicas) que por los instrumentos para alcanzar dichos resultados, pudiéndose en consecuencia delegar en entes privados las tareas correspondientes, siempre que sea el poder público quien en última instancia supervise su cumplimiento. De esta forma, nos manifestamos contrarios al tercero de los argumentos esgrimidos en los recursos contra el Acuerdo de privatización de Telefónica, que exigía la satisfacción directa por parte del Estado de las prestaciones derivadas del Estado social.

⁴¹ En la doctrina alemana, por todos, M. RUFFERT, *Regulierung...*, cit., pág. 251, y la bibliografía allí citada.

⁴² De entrada, la aplicación de un método especial de razonamiento, cuyas líneas esenciales hemos intentado resumir en G. ESCOBAR ROCA, *Derechos fundamentales e intervención administrativa*, «La Ley», núm. 4803, 1999, págs. 1-3.

⁴³ Nótese que los temas apuntados se encuentran a caballo entre el Derecho constitucional y el Derecho administrativo. Tal vez uno de los motivos del escaso tratamiento entre nosotros de estas cuestiones (que contrasta, p. ej., con lo acontecido en la doctrina alemana) radique en la tradicional separación académica entre los cultivadores de ambas disciplinas.