

DIRECTRICES COMUNITARIAS PARA EL EMPLEO DE AYUDAS ESTATALES EN EL DESPLIEGUE DE REDES DE BANDA ANCHA – UNA NOVEDAD CONCEPTUAL

JOSÉ LUIS GÓMEZ-BARROSO*
CLAUDIO FEIJÓO**

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA INTERVENCIÓN ESTATAL EN EL DESPLIEGUE DE REDES DE TELECOMUNICACIÓN
- III. EXAMEN DE LAS DIRECTRICES COMUNITARIAS APLICABLES AL DESPLIEGUE DE REDES DE BANDA ANCHA
 1. USO DE FONDOS NO CONSIDERADOS AYUDA ESTATAL
 - A) *Inversión*
 - B) *Calificación como servicio de interés económico general (SIEG)*
 - C) «*Otras alternativas*»
 2. AYUDAS ESTATALES
- IV. DISCUSIÓN

I. INTRODUCCIÓN

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)¹, en su artículo 107.1², establece como norma general la incompatibilidad con el

* Profesor Contratado Doctor (acreditado para Profesor Titular de Universidad) de Economía Aplicada, Departamento de Economía Aplicada e Historia Económica, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), España.

** Profesor Titular de Universidad, Centro Domótica Integral-CeDInt, Universidad Politécnica de Madrid, España.

¹ *Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, DOUE C 115 de 9 de mayo de 2008, p. 47. Versiones consolidadas del TUE y del TFUE, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en el DOUE C83 de 30 de marzo de 2010.

² El artículo 107 se corresponde con el 87 del *Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea* (TCE) al que sustituye desde el 1 de diciembre de 2009, fecha de entrada en vigor

mercado común de «las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones».

Los puntos 2 y 3 del citado artículo establecen las situaciones en que las ayudas estatales son admisibles. La importancia de estas excepciones se pone de manifiesto en el hecho de que dichas ayudas suponen, en media, un 0,54 % del PIB comunitario, existiendo países en que las ayudas estatales superan cumplidamente el 1 % del PIB³. Y ello pese a que el último documento con aspiración de generalidad publicado por la Comisión sobre la cuestión, el Plan de Acción de Ayudas Estatales, llevaba como subtítulo «menos ayudas estatales con unos objetivos mejor definidos»^{4,5}.

Este mismo Plan de Acción indica, de modo genérico, cuáles deben ser dichos objetivos *mejor definidos*: las ayudas estatales deben estar dirigidas a la corrección de una «deficiencia de mercado»⁶. La intervención pública

del Tratado de Lisboa (*vid. Tabla de correspondencias en DOUE C 115 de 9 de mayo de 2008, p. 361*). Toda la doctrina y la bibliografía anterior a esa fecha hace referencia, por ello, al artículo 87.

³ Datos para 2008 (últimos disponibles) obtenidos en *Scoreboard - Data on State aid expenditure* (www.ec.europa.eu/competition). Los países que otorgaron más ayudas, excluyendo las ayudas excepcionales para combatir la crisis económica, fueron Hungría (2,4 % del PIB) y Malta (2,0 %). La media para los doce estados miembros que han entrado en la Unión en las dos últimas ampliaciones alcanza el 1,05 %. Sin embargo, por el menor peso de estos países en el PIB europeo, la media para EU-15 (0,50 %) es aproximadamente la misma que para EU-27 (0,54 %).

⁴ COMISIÓN EUROPEA. *Plan de Acción de Ayudas Estatales – Menos ayudas estatales con unos objetivos mejor definidos: programa de trabajo para la reforma de las ayudas estatales 2005-2009*. Comunicación de la Comisión COM(2005) 107 final. Bruselas, 7/6/2005.

⁵ Sobre los fundamentos genéricos para la utilización de ayudas estatales tras la publicación del *Plan de Acción*, *vid. FRIEDERISZICK, H.W.; RÖLLER, L.H. y VERouden, V.*, «European state aid control. An economic framework» en BUCCIROSSI, P., editor, *Handbook of antitrust economics*, MIT Press, Cambridge (Estados Unidos), 2008, pp. 625-669; KURCZ, B. y VALLINDAS, D., «Can general measures be... selective? Some thoughts on the interpretation of a state aid definition», *Common Market Law Review*, vol. 45, n.º 1, 2008, pp. 159-182; SINNAEVE, A., «State aid procedures: Developments since the entry into force of the procedural regulation», *Common Market Law Review*, vol. 44, n.º 4, 2007, pp. 965-1033; WISHLADE, F.G., «Competition and cohesion - Coherence or conflict? European Union regional state aid reform post-2006», *Regional Studies*, vol. 42, n.º 5, 2008, pp. 753-765.

⁶ Para los economistas seguidores de la llamada «síntesis neoclásica», toda actuación pública en un sector concreto de la actividad económica es etiquetada como «intervención», justificada sólo cuando los mercados «fallan». La mayor parte del resto de escuelas de pensamiento económico moderno han adoptado el concepto y existe un consenso amplio acerca de la existencia de un conjunto limitado de causas («fallos de mercado») que *podrían* justi-

se orienta así a corregir problemas precisos en sectores «especiales» de la actividad económica⁷. Ha sido el caso, por ejemplo, de las ayudas destinadas al despliegue de infraestructuras, y muy en concreto al de redes de telecomunicación. En este sector ha dominado una utilización *correctora* de los fondos públicos: las ayudas se han destinado a áreas que se habían demostrado no rentables para los operadores (comunidades o zonas rurales o con bajo desarrollo económico).

La utilización del tiempo pretérito («ha sido el caso») viene explicada por la novedad introducida por las Directrices sobre la aplicación de las *ayudas para el despliegue rápido de redes de banda ancha* que la Comisión Europea ha publicado el 30 de septiembre de 2009⁸. Pese al título único, estas Directrices se aplican a dos mercados conectados pero diferentes. De un lado, a las redes de banda ancha «tradicional» o «de primera generación» (calificativos ambos que se emplean en las Directrices) en que se mantiene el carácter corrector de la ayuda. Pero del otro, las Directrices también se aplican al despliegue de redes de acceso de nueva generación (NGA⁹) lo que implica, en este caso, una concepción *impulsora* de la ayuda estatal pues se trata de un mercado emergente, siendo relativamente pocos los europeos que ya disponen de acceso a dichas redes.

El análisis de estas Directrices se antoja, por tanto, relevante por lo que de práctica novedosa puede suponer y, especialmente, por el resultado a que puedan conducir.

Esta Nota comienza estudiando la evolución de la intervención pública destinada al despliegue de redes de telecomunicación. A continuación se describen las Directrices, antes de proceder a una evaluación crítica sobre su fundamento, sus posibles beneficios y riesgos y los problemas prácticos que su implantación pueda acarrear.

ficar la intervención pública. Entre otros muchos, Stiglitz hace un repaso exhaustivo de estas causas que se pueden reagrupar en cuatro bloques: intrínsecas al bien (bien público, bien preferente, externalidades), referidas a la situación del mercado (fallo de la competencia, mercados incompletos, información imperfecta), relativas a la incidencia en el desarrollo económico y razones de equidad (STIGLITZ, J.E., *La economía del sector público*, Antoni Bosch, Barcelona, 1988).

⁷ Se trata, en la mayor parte de los casos, de mercados incompletos o con problemas de competencia. Pero son siempre mercados de ciertos bienes o servicios que presentan características que aconsejan la intervención pública (presentan externalidades, entran en la definición de «bien preferente»).

⁸ COMISIÓN EUROPEA. *Directrices comunitarias para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales al despliegue rápido de redes de banda ancha*. DOUE C 235 de 30 de septiembre de 2009, p.4.

II. LA INTERVENCIÓN ESTATAL EN EL DESPLIEGUE DE REDES DE TELECOMUNICACIÓN

Durante la mayor parte del siglo XX, en los países europeos, como ocurría en prácticamente cualquier otro lugar del mundo, la oferta de servicios de telecomunicación estuvo concedida a una empresa, generalmente pública, que actuaba en régimen de monopolio. El control estatal *de iure* del monopolio (o *de facto* en algunos países como España) se acompañaba habitualmente de una cobertura legal que le atribuía la consideración de responsable de un servicio público. La calificación de servicio público perseguía la extensión del servicio con el horizonte de ofrecerlo de forma global y homogénea en todo el territorio. No obstante, durante buena parte del siglo el compromiso fue más implícito que explícito e interpretado de forma esencialmente voluntarista por parte de las administraciones⁹. Los ciudadanos no se beneficiaban de un derecho individual a demandar el servicio telefónico o, inversamente, las administraciones de telecomunicaciones no estaban legalmente obligadas a suministrar ese servicio¹⁰. Al menos en los países cuyo ordenamiento jurídico procede del derecho romano, tal situación se deriva del propio concepto de servicio público: su suministro por el Estado, directamente o por delegación de autoridad, no necesita establecer una remisión específica a la universalidad del servicio¹² ni hay un requerimiento al Estado para que sea responsable, legalmente o de otra manera, de las acciones que afectan a los ciudadanos.

⁹ Se utilizará el acrónimo inglés NGA (*Next-Generation Access*), en vez de ANG, puesto que es el que se utiliza en la versión en español de las Directrices.

¹⁰ En los países europeos no fue hasta la década de los sesenta cuando se comenzó a avanzar verdaderamente en la universalización del servicio. Hasta tal punto que Noam considera que el papel del monopolio en la extensión del servicio es incorrectamente tomado como norma histórica extrapolando los datos de las inversiones de este periodo (NOAM, E.M., «The public telecommunications network: a concept in transition», *The Journal of Communication*, vol. 37, n.º 1, 1987, pp. 30-48).

¹¹ OCDE, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. *Le service universel et la restructuration des tarifs dans les télécommunications*, Publicaciones de la OCDE, París (Francia), 1991.

¹² Continuidad (obligación de responder de forma ininterrumpida a las necesidades de los usuarios), igualdad (los usuarios son tratados de manera idéntica cuando se encuentran en situaciones similares) y adaptabilidad (las obligaciones han de adaptarse a las circunstancias y a la evolución de las necesidades) son los tres grandes principios que han de respetar los explotantes del servicio público (MATHEU, M., «Service public, service universel», *Le Communicateur*, n.º «printemps», 1996, pp. 85-106). No aparece, por tanto, definida expresamente una obligación de universalidad.

Esta utilización del concepto de servicio público refleja una fuerte creencia en la economía mixta, en la que el sector público juega un papel activo complementando al privado. La situación había cambiado en el momento de plantearse la apertura del mercado. En el nuevo escenario, ante la desconfianza de que la industria en competencia, por sí sola y sin regulación, pudiera suministrar el servicio en condiciones razonables a todo aquel que lo solicitara, se creó un sistema que siguiera asegurando el acceso a los servicios esenciales. Este no es otro que el servicio universal¹³ que surge, pues, como una especie de síntesis entre el objetivo de un mercado con competencia y la preocupación por la continuidad del servicio, una tentativa de reconciliación de los principios del servicio público con los de la economía de mercado¹⁴. Se trataría de una cierta «reconstrucción conceptual» de los servicios públicos¹⁵. El régimen emergente hubo de resolver la compatibilidad de las prerrogativas y cargas de servicio público con el derecho de la competencia partiendo de los principios de razonabilidad, proporcionalidad y congruencia.

El instrumento jurídico concreto que se definió como servicio universal en la legislación europea nació (y aún está) ligado al servicio telefónico fijo y pensado para dar apoyo a una noción *correctora* de los problemas de acceso a este servicio. En efecto, en el momento de la entrada en vigor de la primera normativa del servicio universal, la red telefónica fija era ya realmente universal en prácticamente toda la Unión Europea¹⁶. Por eso, a

¹³ Hasta hace poco la noción de servicio universal era desconocida en el vocabulario jurídico europeo (POULLET, Y. y VAN DER MENSBRUGGHE, F., «Service universel ou public dans la politique européenne des télécommunications», *Communications & Stratégies*, n.º 17, 1995, pp. 11-54). El término «servicio universal» está importado de los países de derecho anglosajón. Aparece por vez primera en Estados Unidos sirviendo inicialmente para legitimar, frente a la autoridad federal, el paso del mercado (muchos operadores pequeños no interconectados) al monopolio (PILATI, A., «A chi piace il servizio universale?», *Belltel*, año IV, n.º 6, 1999, pp. 7-8).

¹⁴ RAPP, L., «La politique de libéralisation des services en Europe, entre service public et service universel», *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, n.º 389, 1995, pp. 352-357.

¹⁵ DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M. y GONZÁLEZ SANFIEL, A., «Servicio universal y obligaciones de servicio público en la Ley del sector eléctrico», *Economía Industrial*, n.º. 316, 1997, pp. 79-92.

¹⁶ En los quince países que en aquel instante formaban la Unión Europea. La primera Directiva sobre servicio universal es de 1998. Consúltese la evolución de la regulación europea aplicada al sector de las telecomunicaciones en FEIJÓO, C.; GÓMEZ BARROSO, J.L y ROJO ALONSO, D., «European competition law in the electronic communications sector:

pesar de que en algunos casos haya sido necesario conectar a nuevos usuarios, la figura del servicio universal nunca ha amparado un auténtico despliegue de red.

Esta definición demasiado estricta del servicio universal hace que resulte difícil encajar en él otras concepciones *impulsoras*. Esto se ha puesto de manifiesto con la aparición y difusión de los accesos de banda ancha. Pese a que existe un indudable impulso político que propugna la generalización de estos accesos, y pese a que la definición del servicio universal se somete a revisión periódicamente, la figura permanece inalterada¹⁷.

Sin embargo, como se ha dicho, la extensión de las redes avanzadas de telecomunicación ocupa un lugar en las agendas de prácticamente todos los gobiernos. La preocupación por la universalización del acceso, ahora referida a los servicios de telecomunicación más avanzados, no sólo pervive sino que se ha reforzado. Disponer en todo el territorio de infraestructuras modernas de telecomunicación se ha convertido en una preocupación de primer orden para cualquier Estado. Y muy en concreto para los que forman la Unión Europea. No debe olvidarse el eslogan de la que fue la estrategia original de Lisboa: convertir a la Unión en «la economía *basada en el conocimiento* más competitiva y dinámica del mundo»¹⁸. Es evidente el papel instrumental de las redes de telecomunicación para alcanzar tal objetivo.

La consecuencia de todo lo anterior es que, aproximadamente desde principios del siglo XXI, sí que han existido iniciativas para la universalización de la banda ancha pero articuladas mediante otros instrumentos: en concreto, las estrategias y programas para el desarrollo de la sociedad de la información son el marco en que se encuadran, en la mayoría de las ocasiones, las políticas particulares de promoción de la banda ancha.

El impulso de las diferentes estrategias nacionales en los Estados miembros de la Unión (y a la vez su orientación) procede originalmente del pro-

evolution and critical analysis», *Annals of Telecommunications*, vol. 61, n.º 7/8, 2006, pp. 842-859.

¹⁷ La última revisión se llevó a cabo en 2008 sin que se introdujera ninguna modificación. No sólo la banda ancha sino las comunicaciones móviles están en el centro del debate acerca de una posible redefinición del servicio universal.

¹⁸ Una de las cumbres a las que corresponde un lugar destacado en la historia de la Unión Europea es la celebrada en Lisboa los días 23 y 24 de marzo del año 2000. El Consejo Europeo pretendió dar respuesta a los retos de un nuevo siglo, fijando «un nuevo objetivo estratégico para la próxima década: convertirse en la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de crecer económicamente de manera sostenible con más y mejores empleos y con mayor cohesión social».

grama eEurope, consagrado en la cumbre en que se fijó la Estrategia de Lisboa¹⁹ y desarrollado en un primer Plan de Acción en que la estrategia pasó a denominarse eEurope 2002, dado que este era el año en que debían cumplirse los objetivos²⁰. En el Informe acerca del progreso de eEurope 2002 dirigido al Consejo de Primavera de 2001, celebrado en Estocolmo, se hablaba por primera vez de inversión en banda ancha, defendiendo que esta inversión habría de venir *fundamentalmente* del sector privado, sin hacer referencia explícita a la intervención de los Estados en el lado de la oferta²¹. Su sucesor eEurope 2005 mantiene el papel predominante asignado al sector privado pero entre las acciones propuestas para el desarrollo de la banda ancha afirma que «los Estados miembros, en cooperación con la Comisión, deben respaldar cuando resulte necesario la implantación de la banda ancha en las zonas menos favorecidas utilizando, si es posible, los fondos estructurales y/o incentivos financieros (a reserva de las normas sobre competencia)»²². Siguiendo esta recomendación, la Comisión publicó un documento de trabajo con las pautas para el uso de fondos estructurales para el despliegue de redes de banda ancha, evidentemente en los casos en que se dan las condiciones para su utilización²³. Dando forma más definida a estas iniciativas, la Iniciativa Europea de crecimiento²⁴ anunció un cierto

¹⁹ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *eEurope - Una sociedad de la información para todos. Comunicación relativa a una iniciativa de la Comisión para el Consejo Europeo extraordinario de Lisboa de 23 y 24 de marzo de 2000*. COM(1999) 687 final. Bruselas, 8/12/1999). Para un conocimiento de la evolución de las políticas europeas para el impulso de la sociedad de la información, *vid.* GÓMEZ BARROSO, J.L.; FEIJÓO, C. y KARNITIS, E., «The European policy for the development of an information society: the right path?». *Journal of Common Market Studies*, vol. 46, n.º 4, 2008, pp. 787-825.

²⁰ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *Una sociedad de la información para todos. Plan de acción preparado por el Consejo y la Comisión Europea para el Consejo Europeo de Feira 19-20 de junio de 2000*. Sin formato. Bruselas, 14/6/2000.

²¹ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *eEurope 2002. Impacto y prioridades. Comunicación al Consejo Europeo de primavera de Estocolmo del 23 y 24 de marzo de 2001*. Comunicación de la Comisión COM(2001) 140 final. Bruselas, 13/3/2001.

²² COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *eEurope 2005: Una sociedad de la información para todos. Plan de Acción que se presentará con vistas al Consejo Europeo de Sevilla, 21-22 de junio de 2002*. Comunicación de la Comisión COM 263 final. Bruselas, 28/5/2002.

²³ COMISIÓN EUROPEA. *Guidelines on criteria and modalities of implementation of structural funds in support of electronic communications*. Documento de trabajo de la Comisión SEC 895. Bruselas, 28/7/2003.

²⁴ COMISIÓN EUROPEA. *Iniciativa Europea de crecimiento - Invertir en redes y crecimiento para estimular el crecimiento y el empleo - Informe final al Consejo Europeo*.

número de proyectos «Quick Start» para «acelerar el establecimiento y la utilización de redes de comunicaciones de gran capacidad en el marco de nuestra transición a la sociedad del conocimiento».

La siguiente estrategia europea para el desarrollo de la sociedad de la información, i2010²⁵, no hacía ninguna referencia explícita al despliegue de redes de banda ancha, de modo que el siguiente hito normativo relacionado directamente con la cuestión no llegó hasta 2008. Como parte del Plan de Recuperación²⁶, la Comisión decidió aportar 1020 millones de euros al Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (FEADER)²⁷ para desplegar infraestructuras de banda ancha en zonas rurales con objeto de lograr que la cobertura de internet de alta velocidad llegue a absolutamente todos los ciudadanos europeos antes del fin de 2010.

El incentivo a la actividad pública que pudiera derivarse de todas estas normas (no puede hablarse propiamente de cobertura legal pues casi la práctica totalidad de los documentos son meras Comunicaciones de la Comisión) no ha implicado, obviamente, que las administraciones hayan tenido carta blanca para emprender cualquier tipo de proyecto. La Comisión tiene arrogada, en virtud del artículo 108 del Tratado de Funcionamiento, competencia específica para decidir sobre la compatibilidad con el mercado común de las posibles ayudas estatales²⁸. Para cumplir con el requisito de autorización previa²⁹, un total de 57 propuestas habían sido enviadas, a 12 de febrero de 2010, para su examen por la Comisión³⁰. Este número

Comunicación de la Comisión COM(2003) 690 final. Bruselas, 11/11/2003. En esta Comunicación se dice que durante el periodo 2000-2006 estaba previsto que los fondos estructurales apoyaran la inversión en infraestructuras, previendo que se destinaran 6.100 millones a las comunicaciones electrónicas y la sociedad de la información.

²⁵ COMISIÓN EUROPEA. *i2010 – Una sociedad de la información europea para el crecimiento y el empleo*. Comunicación de la Comisión COM(2005) 229 final. Bruselas, 1/6/2005.

²⁶ COMISIÓN EUROPEA. *Un plan europeo de recuperación económica*. Comunicación de la Comisión COM(2008) 800 final. Bruselas, 26/11/2008.

²⁷ Reglamento (CE) n.º 473/2009 del Consejo, de 25/5/2009, que modifica el Reglamento (CE) n.º 1698/2005 relativo a la ayuda al desarrollo rural a través del Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (Feader) y el Reglamento (CE) n.º 1290/2005 sobre la financiación de la política agrícola común. *DOUE* L 144 de 9 de junio de 2009.

²⁸ El desarrollo práctico de esta competencia se encuentra en el Reglamento (CE) n.º 659/1999 del Consejo de 22/3/1999 por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE. *DOUE* L 83 de 27 de marzo de 1999, p. 1.

²⁹ «La Comisión será informada de los proyectos dirigidos a conceder o modificar ayudas con la suficiente antelación para poder presentar sus observaciones». *Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento...* TFUE *loc.cit.*, Artículo 108.3.

³⁰ La lista completa puede encontrarse en http://ec.europa.eu/competition/sectors/telecommunications/broadband_decisions.pdf. Aunque la primera decisión es de finales de

elevado de proyectos es sin duda la causa que había llevado a la propia Comisión a plantear la publicación de unas Directrices que clarificaran cuáles son los parámetros aplicados en el análisis que de estos proyectos realiza.

Así, el 19 de mayo de 2009 la Comisión publicó un primer borrador de Directrices y abrió un periodo de consulta pública hasta el 22 de junio de 2009. Casi cien comentarios fueron presentados por los Estados miembros, los operadores históricos, los operadores alternativos, los prestadores de servicios de internet y diversas organizaciones de la sociedad civil. La versión definitiva de las Directrices fue publicada en el Diario Oficial el 30 de septiembre.

III. EXAMEN DE LAS DIRECTRICES COMUNITARIAS APLICABLES AL DESPLIEGUE DE REDES DE BANDA ANCHA

Las Directrices, nos señala la Comisión, resumen su política en cuanto a la aplicación de las normas del Tratado sobre ayudas estatales a las medidas que apoyan el despliegue de redes de banda ancha tradicional y tratan también una serie de cuestiones relativas a la evaluación de las medidas destinadas a fomentar y apoyar el despliegue rápido de redes NGA³¹. No se define expresamente el concepto de banda ancha «tradicional». Sí que se define lo que son redes NGA: «las redes NGA son redes de acceso cableadas que consisten total o parcialmente en elementos ópticos y pueden prestar servicios de acceso de banda ancha con características mejoradas (por ejemplo, mayor volumen) en comparación con los servicios prestados a través de las redes de cobre existentes»³².

Pese a que tanto la declaración de intenciones como el propio título de

2003 y existen algunas otras de 2004, la mayor parte de propuestas han llegado a partir de 2005. Tan sólo en dos de estos casos el análisis preliminar no ha sido suficiente y la Comisión ha iniciado una fase de investigación formal (vid. Reglamento (CE) n.º 659/1999 del Consejo de 22/3/1999...*cit.*, Capítulo II. Procedimiento aplicable a las ayudas notificadas). Se trata, en concreto, de los despliegues que habían sido previstos en las ciudades holandesas de Appingedam y de Ámsterdam. El primero de estos proyectos fue rechazado y el segundo se consideró «inversión en condiciones normales de mercado» (véase el siguiente apartado). En el resto de casos, la Comisión ha estimado bien que la aportación pública no constituye ayuda o bien que es compatible con el mercado común.

³¹ COMISIÓN EUROPEA. *Directrices comunitarias para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales...* *op. cit.*, punto 7.

³² *Ibid.*, punto 53 y nota al pie de página (5).

las Directrices se refieren explícitamente a «la aplicación de las normas sobre ayudas estatales» lo cierto es que su contenido describe con bastante detalle las vías en que pueden utilizarse fondos públicos, que no se limitan exclusivamente a la ayuda estatal en sentido estricto. Estas vías se describen sintéticamente en la figura 1.

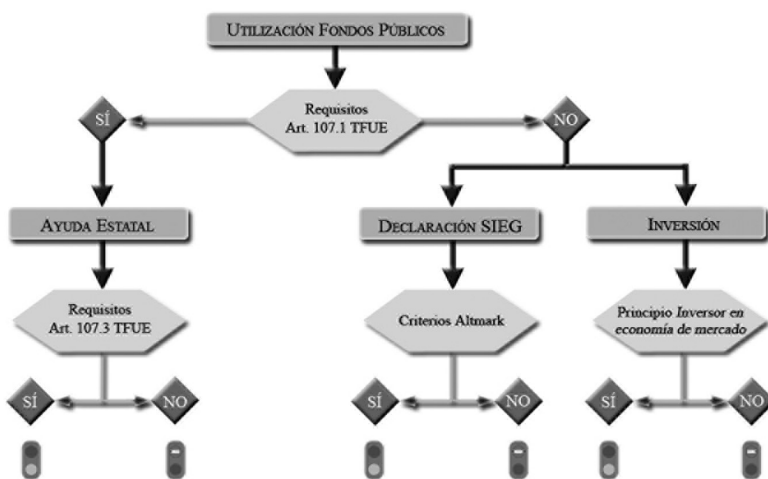


FIGURA 1: Posibles vías para la utilización de fondos públicos

1. USO DE FONDOS NO CONSIDERADOS AYUDA ESTATAL

A) *Inversión*

Las Directrices establecen que en virtud del principio de igualdad de trato (y conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas), el capital puesto por el Estado, directa o indirectamente, a disposición de una empresa en circunstancias «que corresponden a las condiciones normales del mercado», no puede considerarse ayuda estatal.

La conformidad de la inversión pública significa respeto a la aplicación del «principio del inversor en una economía de mercado»³³ que se cumple:

³³ Vid. PARISH, M., «On the private investor principle», *European Law Review*, n.º 1, 2003, pp. 70-89; RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J.A., «Mercado, participación pública en el capital y ayudas estatales: el principio del inversor privado en una economía de mercado», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.º 221, 2002, pp. 59-75.

- Si existe un plan de negocios sólido que muestre un rendimiento adecuado de la inversión.
- Si existe una participación importante de inversores privados que asumen el riesgo comercial vinculado a la inversión en las mismas condiciones que el inversor público.

No se establece ninguna distinción entre redes de banda ancha «tradicionales» y «nuevas». Las condiciones son idénticas en ambos casos.

B) *Calificación como servicio de interés económico general (SIEG)*

La determinación del carácter y el alcance de una misión de SIEG³⁴ queda a la apreciación discrecional de los Estados miembros. Sin embargo, tales competencias «no son ilimitadas ni pueden ejercerse arbitrariamente», lo que

³⁴ Los servicios de interés económico general son citados en el artículo 14 del TFUE (que habla del «lugar que ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial») y en el 106.2, que se refiere a las empresas encargadas de la gestión de estos servicios (*Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento...cit.*; en el TCE se trataba de los números 16 y 86.2 respectivamente). La expresión sin embargo, no aparece definida ni en el Tratado ni en el Derecho derivado. En la práctica comunitaria, se suele designar con este término aquellos servicios de naturaleza económica a los que los Estados miembros o la Comunidad imponen obligaciones específicas de servicio público en virtud de un criterio de interés general (COMISIÓN EUROPEA. *Libro Blanco sobre los servicios de interés general*. Comunicación de la Comisión COM(2004) 374 final. Bruselas, 12/5/2004). El Libro Blanco también dice que «los términos ‘servicios de interés general’ y ‘servicios de interés económico general’ no deben confundirse con la expresión ‘servicio público’, un término más ambiguo que puede tener diversos significados y, por tanto, inducir a confusión; con esta expresión se alude a veces al hecho de que un determinado servicio se ofrece al público en general, mientras que otras veces lo que se quiere resaltar es que se ha asignado a un servicio una misión específica de interés público o se hace referencia al régimen de propiedad o al estatuto de la entidad que presta el servicio». Sobre la relación de estos términos, *vid.* MORAL SORIANO, L.M., «El encuentro del servicio público con los servicios de interés económico general», *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 12, 2004, pp. 539-562; DE LA QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., «Servicios públicos versus servicios de interés económico general tras el Tratado de Ámsterdam» en De la Quadra-Salcedo y Fernández del Castillo, T. y Estella de Noriega, A., coord., *Problemas de legitimación en la Europa de la Unión: las respuestas del Tratado de Ámsterdam*, Boletín Oficial del Estado y Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2000, pp. 127-140; y también Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.M., «Los servicios de interés económico general en el ordenamiento comunitario», en Muñoz Machado, S. y Esteve Pardo, J., Directores, *Derecho de la regulación económica – Vol. I (Fundamentos e instituciones de la regulación)*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 409-424.

en el caso de las redes de banda ancha se concreta en que «la Comisión considerará que, en zonas en las que los inversores privados ya han invertido en una infraestructura de red de banda ancha (o están ampliando su infraestructura de red) y ya prestan servicios competitivos de banda ancha con una cobertura adecuada, implantar una infraestructura de banda ancha paralela competitiva con fondos públicos no deberá considerarse un SIEG»³⁵.

Sí podrá, en cambio, concederse una compensación por servicio público a una empresa encargada de la gestión de un SIEG siempre que se demuestre que los inversores privados no están en condiciones de ofrecer cobertura adecuada de banda ancha a todos los ciudadanos o usuarios en un «futuro próximo» (que a estos efectos se define como un periodo de tres años).

En el caso de definición de un servicio como SIEG hay una jurisprudencia bien definida por parte del Tribunal de Justicia que establece las condiciones exigidas. Son los bien conocidos «criterios Altmark»³⁶:

- al beneficiario del mecanismo de financiación pública se le debe haber encomendado formalmente la prestación del SIEG y las obligaciones asociadas deben estar claramente definidas
- los parámetros para el cálculo de la compensación deben establecerse previamente de forma objetiva y transparente
- la compensación debe limitarse a los gastos ocasionados por la ejecución del SIEG, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable
- cuando no se elija al beneficiario mediante un procedimiento de contratación pública, la compensación debe calcularse sobre la base de un análisis de los costes que habría soportado una empresa «bien gestionada»

³⁵ COMISIÓN EUROPEA. *Directrices comunitarias para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales...* op. cit., punto 24.

³⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de julio de 2003, *Altmark Trans GmbH y Regierungspräsidium Magdeburg contra Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, en el que participa *Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht*, C-280/00, Rec 2003, p. I-7747 («sentencia Altmark»). Entre la bibliografía que analiza la sentencia, vid. RENZULLI, A. «Services of general economic interest: The post-Altmark scenario», *European Public Law*, vol. 14, n.º 3, 2008, pp. 399-432; MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J., «Ayudas de estado y financiación de servicios económicos de interés general: la nueva era post Altmark», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.º 237, 2005, pp. 35-44; o KLAGES, R.; ALEMANN, A.; FALCONE, N.; PETIT, N. y BALLESTER, R., «Services économiques d'intérêt général (arrêt 'Altmark Trans GmbH')», *Revue du Droit de l'Union Européenne*, n.º 2003-3, 2003, pp. 755-759.

La primera de estas condiciones habla de «obligaciones claramente definidas». En los proyectos de despliegue de una red de banda ancha estas obligaciones son al menos dos: conectar a todos los ciudadanos y empresas (sin excepción), y poner la red a disposición de otros operadores interesados en prestar el servicio, permitiendo así la competencia efectiva a nivel minorista (a la infraestructura construida debe, por tanto, dársele el carácter de pasiva, neutra³⁷ y de acceso abierto).

Tampoco aquí se establece ninguna distinción entre ambos tipos de redes de banda ancha. Puesto que no se explicita otra cosa se deduce que la interpretación del «futuro próximo» es también tres años también para las redes NGA.

C) «Otras alternativas»

Estas otras alternativas están explícitamente mencionadas en el caso de las redes NGA pero no hay ningún impedimento para su utilización también en el caso de la banda ancha tradicional. Se trata en concreto de la realización de obras de ingeniería civil. Una gran parte del coste de despliegue de redes (en especial de las de fibra) se destina a zanjas, tendido de cables o cableado en el interior de los edificios. En este sentido, los Estados miembros podrían contribuir al despliegue realizando excavaciones o construyendo conducciones. Para ser admisibles, estas medidas no deberán estar destinadas específicamente a los operadores de comunicaciones electrónicas sino que deben dejarse abiertas a todos los usuarios potenciales (básicamente servicios de electricidad, gas y agua).

Las Directrices también mencionan opciones como simplificar los expedientes referidos a servidumbres de paso o exigir que los operadores de red coordinen sus obras de ingeniería civil y/o compartan parte de su infraestructura. Nótese, sin embargo, que en este caso se trata de medidas normativas o de regulación que no exigen el desembolso de fondos públicos.

³⁷ Una red es tecnológicamente neutra cuando permite «el acceso a los solicitantes para utilizar cualquiera de las tecnologías disponibles en la prestación de servicios a los usuarios finales». COMISIÓN EUROPEA. *Directrices comunitarias para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales...* op. cit., nota al pie de página (34).

2. AYUDAS ESTATALES

Parte de las ayudas concedidas para el despliegue de redes de banda ancha podrían considerarse incluidas en la excepción recogida en la letra a) del artículo 107, apartado 3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea («regiones en las que el nivel de vida es anormalmente bajo o en las que existe una grave situación de subempleo»). Sin embargo, es la letra c) de dicho apartado en la que, en general, hace admisible las ayudas otorgadas por los Estados para estos proyectos³⁸.

Para demostrar que un proyecto está incurso en estas excepciones, de acuerdo con el Plan de Acción de Ayudas Estatales, ha de identificarse la causa de la intervención³⁹ y luego someter la medida concreta a una «prueba de sopesamiento»⁴⁰.

En lo que se refiere a la primera de las exigencias, las Directrices aseguran que la ayuda estatal en el sector de la banda ancha puede solucionar una deficiencia de mercado (situaciones en las que los inversores de mercado individuales no invierten, aun cuando esto fuera eficiente desde una perspectiva económica más amplia) y también pueden considerarse como un instrumento para lograr objetivos de equidad (forma de mejorar el acceso a un medio esencial de comunicación y participación en la sociedad así como de libertad de expresión para todos los agentes de la sociedad, reforzando así la cohesión social y territorial)⁴¹.

La llamada «prueba de sopesamiento» debe genéricamente balancear los efectos positivos de la ayuda desde el punto de vista del interés común y

³⁸ «Ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común».

³⁹ «La ayuda estatal sólo debería utilizarse cuando constituye un instrumento apropiado para resolver un objetivo bien definido, cuando crea los incentivos correctos, cuando es proporcional y cuando falsea la competencia en la menor medida de lo posible» COMISIÓN EUROPEA. *Plan de Acción de Ayudas Estatales... op.cit.*, punto 11.

⁴⁰ «Por esa razón, la evaluación de la compatibilidad de las ayudas estatales consiste fundamentalmente en *sopesar* los efectos negativos de la ayuda sobre la competencia y sus efectos positivos desde el punto de vista del interés común» (*Ibid.*, punto 11). La expresión «prueba de sopesamiento» no aparece explícitamente en este documento (el *Plan de Acción*) pero sí en las *Directrices* analizadas. Fue introducida en COMISIÓN EUROPEA. *Marco comunitario sobre ayudas estatales de investigación y desarrollo e innovación. DOUE C 323* de 30 de diciembre de 2006, p. 1.

⁴¹ COMISIÓN EUROPEA. *Directrices comunitarias para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales... op. cit.*, punto 39.

los efectos negativos sobre la competencia. Según el Plan de Acción⁴², el impacto positivo de la ayuda depende en general de: i) el grado de precisión con que se ha identificado el objetivo reconocido de interés común (ya sea social, regional, económico o cultural); ii) si la ayuda estatal es un instrumento apropiado para resolver el problema en comparación con otros instrumentos políticos; y iii) si la ayuda crea los incentivos necesarios y es proporcional. En la otra cara de la moneda, el nivel de falseamiento creado por una ayuda depende generalmente de: i) el procedimiento de selección de los beneficiarios y las condiciones vinculadas a la ayuda; ii) las características del mercado y del beneficiario; y iii) el importe y el tipo de ayuda.

Las Directrices para las ayudas a la banda ancha plantean teóricamente un proceso similar pero lo concretan en la práctica en un análisis de «zonas»:

- Las zonas «blancas» son aquellas en las que la infraestructura no está disponible actualmente, ni está previsto que los inversores privados la desplieguen en un futuro próximo.

El concepto de «futuro próximo» se fija en tres años tanto para redes de banda ancha tradicionales como para las nuevas. Se aplica siempre que los esfuerzos de inversión previstos por los inversores privados no garanticen que en ese plazo (tres años) «se logre al menos un avance significativo y que la inversión prevista se complete posteriormente en un plazo razonable de tiempo»⁴³.

En uno de los primeros puntos de las Directrices, la Comisión afirma que es *extremadamente favorable* a las medidas de ayuda para el despliegue de banda ancha en zonas rurales e insuficientemente cubiertas.

- Las zonas «grises» son aquellas en las que sólo existe un operador de red de banda ancha.

En estas situaciones, se exige un «análisis más detallado y una evaluación cuidadosa de la compatibilidad» (pues el suministro en monopolio «puede afectar a la calidad del servicio o al precio al que se ofrecen los servicios al ciudadano pero, por otra parte, las subvenciones para la construcción de una red alternativa pueden falsear la dinámica del mercado»⁴⁴).

⁴² COMISIÓN EUROPEA. *Plan de Acción de Ayudas Estatales...* op. cit., punto 20.

⁴³ COMISIÓN EUROPEA. *Directrices comunitarias para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales...* op. cit., punto 42.

⁴⁴ *Ibid.*, punto 44.

Si existe un plan de despliegue de nuevas redes en el «futuro próximo» (tres años) una zona gris podría convertirse en negra (véase a continuación). Esta precisión se hace sólo en el caso de las redes NGA aunque una analogía lógica la debería hacer extensible al caso de la banda ancha tradicional.

- Las zonas «negras» son aquellas en las que existen al menos dos redes y los servicios de banda ancha se prestan en condiciones competitivas⁴⁵.

Cuando se trata de banda ancha tradicional se dice que «el margen para que la intervención estatal reporte mayores beneficios es muy pequeño» pero no se prohíbe expresamente. En concreto se afirma que el apoyo estatal llevará, *en principio*, a un falseamiento inaceptable de la competencia y al desplazamiento de inversores privados por lo que, en consecuencia, «de no haber una deficiencia de mercado claramente demostrada, la Comisión rechazará el proyecto»⁴⁶.

En el caso de zonas negras NGA la redacción es más taxativa: «no es necesaria la intervención estatal».

Es importante hacer notar que si en el caso de las redes de banda ancha «tradicionales» las zonas blancas son la excepción, en el caso de las redes NGA son la norma⁴⁷. Nótese además que parte de las zonas que son grises o incluso negras para la banda ancha tradicional son blancas para las redes NGA pues aún no ha comenzado en ellas ningún tipo de despliegue. Para los casos en que existe un «cambio de color», las Directrices establecen unas reglas de «compatibilidad»:

- En las zonas grises tradicionales (blancas para NGA), la concesión de ayuda para redes NGA está supeditada a que el Estado miembro en cuestión «demuestre que los servicios de banda ancha prestados a través de dichas redes no son suficientes para satisfacer las necesidades de los usuarios privados o empresariales en la zona en cuestión» (teniendo también en cuenta posibles futuras mejoras)⁴⁸.

⁴⁵ Competencia, por tanto, basada en infraestructuras. En las zonas grises podría existir competencia en servicios si la red única está abierta para su utilización por otros operadores.

⁴⁶ COMISIÓN EUROPEA. *Directrices comunitarias para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales...* *op. cit.*, punto 43.

⁴⁷ En el apartado IV (Discusión) pueden encontrarse datos del despliegue de redes NGA en Europa.

⁴⁸ *Ibid.*, punto 73.

- En zonas negras tradicionales no será necesaria, *en principio* (nótese de nuevo la salvedad), la intervención pues «los operadores de red existentes deberían tener los incentivos suficientes para transformar sus redes actuales de banda ancha tradicional en redes NGA a las que puedan migrar sus clientes actuales»⁴⁹. El argumento se puede rebatir por las Administraciones⁵⁰.

Debe destacarse que se establece la salvedad de que los proyectos serán autorizados siempre que no existan medios menos distorsionantes (incluida la regulación *ex ante*) para alcanzar los objetivos fijados.

Si se cumple este requisito y la prueba de sopesamiento ha concluido que el «balance general» del proyecto es positivo, se fijan unos requisitos que el procedimiento adoptado debe seguir para «minimizar la ayuda estatal implicada y el falseamiento de la competencia». Estos requisitos son: mapa detallado con análisis de la cobertura, procedimiento de licitación abierta, selección de la oferta más ventajosa económicamente, exigencia de neutralidad tecnológica, utilización de las infraestructuras existentes, acceso mayorista (impuesto como mínimo durante un periodo de siete años), análisis comparativo de los precios (con otros precios mayoristas de acceso fijados o publicados si es el caso) y cláusula de devolución (que evite una compensación excesiva si la demanda crece por encima de lo esperado). En el caso de las redes NGA las características del acceso mayorista abierto se explican con más detalle: fomento de la desagregación total⁵¹ y oferta de todos los tipos de acceso que puedan necesitar los operadores que pretendan utilizar la infraestructura (incluyendo acceso a conducciones, fibra y acceso indirecto); además la autoridad reguladora nacional debe ser consultada antes de imponer estas condiciones.

IV. DISCUSION

Las Directrices comunitarias para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales al despliegue rápido de redes de banda ancha, no abren,

⁴⁹ *Ibíd.*, punto 77.

⁵⁰ «Demostrando que los operadores no tienen previsto invertir en redes NGA en los próximos tres años probando, por ejemplo, que la pauta histórica de las inversiones realizadas por los inversores de red existente durante los últimos años para mejorar sus infraestructuras de banda ancha con el fin de ofrecer velocidades superiores en respuesta a la demanda de los usuarios no ha sido satisfactoria», *Ibíd.*, punto 78.

⁵¹ En la desagregación total, si el operador que quiere hacer uso de la red así lo requiere, la operación de la infraestructura queda completamente a su cargo y desligada de su dueño.

en realidad, ninguna puerta que antes estuviera expresamente cerrada. Ante el incremento de las propuestas de proyectos presentadas por los Estados miembros, intentan poner orden y clarificar las condiciones exigidas aunque, al hacerlo, eso sí, han puesto de manifiesto que las barreras que la Comisión impone para el despliegue público de redes, muy en concreto para las redes NGA, son bastante más bajas que lo que podría haberse pensado con anterioridad.

El proceso de evaluación de la compatibilidad de las ayudas exigido en el Plan de Acción de 2005 ha de iniciarse con el análisis de la «deficiencia» en que se basa la actuación pública. Desde luego, como no puede ser de otra manera, existen argumentos para sustentar el posible empleo de ayudas estatales para el desarrollo de redes de banda ancha⁵², incluidas las redes NGA. Cada proyecto concreto de despliegue, tendrá detrás (o al menos debería tener) un análisis en que se ponga el foco en unos u otros de los argumentos justificativos («fallos de mercado»). Así, el despliegue de banda ancha «tradicional» en una zona blanca estaría respaldado fundamentalmente por la situación del mercado, aunque acompañado con juicios sobre equidad. Por el contrario, en el despliegue de redes NGA son en general los argumentos de incidencia macroeconómica y de calificación de bien preferente los que deberían amparar el proyecto.

Sentado lo anterior, el análisis de compatibilidad no acaba aquí sino que en una segunda etapa, se debe realizar la prueba de sopesamiento que enfrente los posibles beneficios y perjuicios acarreados por la intervención pública.

Los beneficios asociados a un despliegue amplio de las redes de banda ancha (y los problemas derivados de permitir la existencia de «brechas digitales») se repiten en casi cualquier documento vinculado con un plan para el impulso de la sociedad de la información. Como ejemplo, la Co-

⁵² Basándose en la clasificación propuesta por STIGLITZ, *op. cit.* Gómez Barroso y Pérez Martínez analizan la presencia de fallos de mercado en los servicios de telecomunicación convergentes y concluyen que prácticamente todos los argumentos que justifican la intervención estatal son, en mayor o menor medida, utilizables (GÓMEZ BARROSO, J.L. y PÉREZ MARTÍNEZ, J., «Public intervention in the access to advanced telecommunication services: assessing its theoretical economic basis», *Government Information Quarterly*, vol. 22, n.º 3, 2005, pp. 489-504). Ahora bien, sentado lo anterior, no existe un criterio de ordenación de los fallos de mercado y menos aún es posible deducir una medida concreta. La teoría económica es bastante unánime a la hora de admitir la existencia de los fallos de mercado pero el acuerdo desaparece cuando se trata de decidir la oportunidad, la forma y la magnitud de la consecuente intervención del sector público.

municación de la Comisión titulada «Superar los desequilibrios de la banda ancha» es concluyente: «la generalización del acceso de banda ancha es una condición esencial para el desarrollo de las economías modernas»⁵³.

Por su lado, los argumentos en contra de la intervención pública en el lado de la oferta son básicamente dos: se falsea la competencia y se desplaza la inversión privada.

Comenzando por el segundo de los aspectos (el desplazamiento de la inversión), el análisis es muy diferente cuando se aplica a uno u otro tipo de redes de banda ancha. En la banda ancha tradicional, los operadores privados han tenido tiempo para decidir en qué áreas estaban interesados en desplegar sus redes. Eso no significa obviamente que en el futuro no pudieran llegar a zonas ahora blancas lo que nos conduce a la estimación de lo que deba entenderse por «plazo razonable». Concretando más, debe considerarse si los perjuicios provocados por dejar una zona desatendida durante el periodo necesario para que la oferta privada apareciera son superiores o no a los beneficios de hacer llegar allí las infraestructuras con cierta rapidez. Evidentemente este balance debe estar siempre presente en toda intervención pública y es lo que proponen las propias Directrices. La elegancia teórica de la fórmula se enfrenta, sin embargo, a su dificultad práctica. Ante la complejidad (¿imposibilidad?) que conlleva cuantificar con exactitud pros y contras, es la evaluación de los fallos de mercado («el peso» dado a cada uno de los argumentos) la llave para obtener, si no *la* respuesta, sí una respuesta fundamentada.

Ahora bien, si en el caso de la banda ancha tradicional existe munición para defender el argumento del desplazamiento de la inversión privada, en el caso de las redes NGA hay un arsenal completo. Y es que, según la OCDE⁵⁴, el porcentaje de accesos de fibra sobre el total de las conexiones

⁵³ COMISIÓN EUROPEA. *Superar los desequilibrios en la banda ancha*. Comunicación de la Comisión COM(2006) 129 final. Bruselas, 20/3/2006. Contiene además un apartado denominado «importancia de la banda ancha» en que desarrolla con más detalle los argumentos: «El impacto de la banda ancha está comenzando apenas a dejarse sentir y no resulta fácil cuantificarlo. No obstante, es evidente que la posibilidad de comunicar información a alta velocidad y a través de distintas plataformas es algo esencial para el desarrollo de nuevos bienes y servicios. La banda ancha hace posibles nuevas aplicaciones y potencia las ya existentes. Estimula el crecimiento económico mediante la creación de nuevos servicios y la apertura de nuevas oportunidades de inversión y creación de empleo. Pero, asimismo, potencia la productividad de muchos de los procesos preexistentes, favoreciendo el incremento de los salarios y de la rentabilidad de las inversiones».

⁵⁴ OECD *Broadband Statistics – Percentage of fibre connections in total broadband among countries reporting fibre subscribers, June 2009*. Localizable en www.oecd.org.

de banda ancha era en junio de 2009, justo antes de la publicación de las Directrices... ¡del 0% en 11 de los 19 países de la Unión Europea para los que se ofrecían datos!

Resulta, por tanto, ciertamente llamativo que la determinación del «futuro próximo» que condiciona el uso de fondos públicos sea igual para el mercado maduro de la banda ancha tradicional que para el mercado emergente de las redes NGA⁵⁵. De hecho, si no hay proyectos para despliegue de las redes sencillas no lo habrá, claro está, para las redes avanzadas por lo que todos los proyectos públicos en zonas rurales podrían «saltar» directamente una etapa y optar por el despliegue de una red NGA. El porqué de establecer este plazo también de tres años para las redes NGA se explica en las propias Directrices: «No sería adecuado dar un margen de tiempo superior puesto que podría perjudicar a los intereses de las regiones insuficientemente cubiertas respecto de otras partes de un país que cuente con los servicios adecuados de dichas redes avanzadas de banda ancha»⁵⁶.

Sin embargo, no está ni mucho menos claro que al cabo de tres años las regiones «insuficientemente cubiertas» no sigan siendo mayoría. La sombra de la crisis que se puso de manifiesto en el segundo semestre de 2008 aún condicionará el escenario económico a corto y medio plazo y no parece convertirlo en el más adecuado para grandes inversiones. En uno de los países en que la fibra casi parte de cero, España, existe un informe presentado por el regulador en mayo de 2009⁵⁷ en donde se estima que, adoptando una previsión conservadora, para 2023 menos del 50% de las viviendas españolas (entre el 43% y el 46%) dispondrían de un acceso de fibra óptica y que el plazo de recuperación de las inversiones en ciudades de menos de 50.000 habitantes (en caso de existir despliegue) se situaría entre 13 y 14 años. Estos datos sirven de un lado para apoyar a los partidarios de la inversión pública pero, del otro, implican que, si ese es el escenario para 2023, ¿cuál será la situación de la cobertura en 2012 más allá de las grandes ciudades?

Por lo que se refiere a la segunda de las razones en contra de la utilización de fondos públicos para el despliegue de redes, el impacto sobre la

⁵⁵ El plazo se ha modificado tras (o a consecuencia de) la consulta pública realizada en la primavera de 2009 pues en el primer borrador, de mayo, se establecía en cinco años.

⁵⁶ COMISIÓN EUROPEA. *Directrices comunitarias para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales...* op. cit., punto 68.

⁵⁷ CMT, COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES – ISDEFE. *Informe final sobre los resultados del modelo de despliegue de redes FTTH/GPON en España*. Documento ISCMTE-091856-1IL, 2009 (www.cmt.es).

competencia, saber por qué tipo de competencia se apuesta es clave para realizar la evaluación pertinente. Es este, de hecho, uno de los debates más candentes en el sector de las comunicaciones electrónicas: determinar si es preferible una competencia basada en servicios, ofreciendo facilidades a operadores alternativos para que utilicen las infraestructuras existentes, o una competencia basada en infraestructuras, incentivando a los nuevos entrantes para que desplieguen sus propias redes⁵⁸. La Comisión Europea, mediante su teoría de la «inversión escalonada»⁵⁹, pretende haber encontrado una fórmula que permite compatibilizar ambos modelos, aunque los resultados no han sido aún claramente demostrados⁶⁰.

Bastante antes de la publicación de las Directrices, el debate se había trasladado ya a las nuevas redes⁶¹. En este contexto, una infraestructura neutral, fuera construida con dinero público o privado, permitiría competencia en servicios, tanto antes cuanto más pronto estuviera disponible la red. ¿Es esto lo que se pretende en el caso de las redes NGA, al menos en ciertas áreas? Si no lo es y se apuesta por una competencia basada en infraestructuras el impacto de la red pública sobre el desarrollo de infraestructuras privadas sería indudable y muy probablemente bastante prolongado.

⁵⁸ El primer modelo elimina barreras de entrada y genera un mayor, y a más corto plazo, número de competidores, competidores que, sin embargo, tienen menos opciones para modelar su oferta, lo que hace esta competencia menos sólida a largo plazo.

⁵⁹ Según esta teoría, los operadores alternativos comenzarían su actividad en el mercado haciendo uso de las redes de los operadores existentes para, a medida que fueran ganando cuota de mercado, y gracias al uso de los incentivos reguladores adecuados, comenzar a desplegar infraestructura propia. *Vid. CAVE, M. y VOGELSANG, I.*, «How access pricing and entry interact», *Telecommunications Policy*, vol. 2, n.º 10-11, 2003, pp. 717-727.

⁶⁰ Nótese a este respecto que en el nuevo marco de las comunicaciones electrónicas se acepta la separación funcional o estructural como remedio para eliminar problemas persistentes de competencia lo que viene a ser un reconocimiento de que al menos en algunos mercados no parece posible que haya más de una red. En la llamada separación funcional, el dueño de la red mantiene la infraestructura pero debe alquilarse a sí mismo su uso en las mismas condiciones que se ofrezcan al resto de operadores. En la separación estructural se obliga a la compañía a dividirse, creando dos empresas dedicadas respectivamente a la provisión de infraestructura y a la provisión de servicios. A este respecto *vid. CAVE, M.*, «Six degrees of separation: Operational separation as a remedy in European telecommunications regulation», *Communications & Strategies*, n.º 64, 2006, pp. 89-103.

⁶¹ El tema es lo suficientemente complejo como para que la Comisión haya lanzado consecutivamente dos consultas públicas sobre sendos borradores que tratan de la regulación que debe imponerse a las redes NGA. Las consultas públicas han tenido lugar en otoño de 2008 y verano de 2009 sin que se haya publicado la Comunicación definitiva. Que las redes NGA estarán sometidas a regulación parece indudable. Ahora bien, serán los detalles concretos de esa regulación los que inclinen la balanza hacia uno u otro tipo de competencia.

Existe, además, un problema sobre el que, aunque ligado a las cuestiones discutidas en los párrafos anteriores, merece la pena llamar la atención: al decantarse por determinadas tecnologías puede inhibirse el desarrollo de otras opciones tecnológicas. Desde luego no es este el caso de la banda ancha tradicional en que las Directrices establecen neutralidad tecnológica. Pero en el caso de las NGA se da una definición concreta: son redes cableadas. En un pie de página se argumenta que «en la actual fase de evolución tecnológica y de mercado, ni las tecnologías por satélite ni por red móvil parecen ser capaces de prestar servicios de banda ancha simétrica de muy alta velocidad aunque en el futuro la situación tal vez cambie, especialmente por lo que se refiere a los servicios móviles (el siguiente paso importante en las comunicaciones móviles por radio, la ‘Long Term Evolution’ (LTE) podrá teóricamente alcanzar cuando se adopte, si es que se adopta, velocidades pico descendentes de 100 Mbps y ascendentes de 50 Mbps)»⁶².

Sin embargo, en un documento de la consultora Analysys, preparado para el UMTS Forum⁶³, se afirma que LTE tendrá fuerte presencia en el mercado ya en 2013 y prevé 437 millones de usuarios en 2015, de los cuales 150 estarían en Europa Occidental⁶⁴. Más importante que las meras expectativas o proyecciones de futuro es que las barreras no parecen ser técnicas y ni siquiera relacionadas con el coste del despliegue. En concreto, en opinión de la consultora, el factor realmente crítico es la confianza de los operadores de comunicaciones móviles en que la calidad mejorada de los servicios que LTE permitirá ofrecer se traduzca en un aumento del ingreso medio por cliente. Importante precisión, sin duda, pero no diferente de la que se plantea a los operadores de comunicaciones fijas cuando se plantean el cambio a fibra de sus redes de banda ancha de «primera generación».

Ahondando más en el tema, la propia Comisión, en una Comunicación de 2006, realizaba una afirmación que, aunque dirigida a la banda ancha «tradicional», es perfectamente trasladable a la banda ancha «avanzada» a

⁶² COMISIÓN EUROPEA. *Directrices comunitarias para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales...* op. cit., nota a pie de página (60).

⁶³ ANALYSYS. *Global mobile broadband: Market potential for 3G LTE (Long Term Evolution)*. Report 249-174, Londres, 2008 (en www.umts-forum.org)

⁶⁴ Datos más concretos sobre el despliegue de LTE se ofrecen en un documento de la *Global mobile Suppliers Association – GSA* (www.lteforum2009.com). En él se afirma que a fecha 26 de agosto de 2009 existen 39 anuncios de redes LTE en 19 países diferentes, de las cuales 14 estarán ya en servicio a finales de 2010 mientras que a finales de 2012 serán 31.

poco que se estime que no hay irresolubles barreras que impidan, sea cuando fuere, la llegada al mercado de las tecnologías inalámbricas de alto caudal: «La combinación óptima de tecnologías depende de las características de cada localidad concreta. El coste de las tecnologías varía en función del número de usuarios potenciales, de la distancia de los hogares al punto de presencia y de la presencia de la red de retroceso. En una zona aislada de escasa población puede resultar más conveniente una solución inalámbrica, mientras que en una ciudad pequeña puede interesar una solución alámbrica (...) Ninguna opción tecnológica ofrecerá la mejor conectividad en todas las situaciones. A menudo será una combinación de tecnologías y soluciones la que resulte óptima. En conclusión, la mejor solución sólo puede definirse a nivel local. La inversión y las opciones deben basarse en la disponibilidad del momento y en la demanda real»⁶⁵.

La última frase del apartado anterior nos sirve de enlace con una idea adicional: la inversión debe basarse en la disponibilidad del momento y en la demanda real.

La cuestión de la demanda puede plantearse para la banda ancha tradicional. Desde luego, no puede decirse que la banda ancha sea a día de hoy un servicio básico, al nivel por ejemplo que lo es la telefonía, aunque es cierto que el número de hogares con conexión a banda ancha está evolucionando rápidamente en la Unión Europea y ha pasado del 42 % en 2007, al 49 % en 2008 y al 56 % en 2009⁶⁶. Más complicado es conocer si aquellos hogares que no están suscritos al servicio no lo hacen por razones como el precio o, simplemente, porque no creen que el servicio sea útil (o no conocen cómo les puede aportar utilidad). Pero de nuevo el problema se muestra con toda su crudeza en el caso de las redes NGA. No hay que acudir a otros documentos. Las propias Directrices aclaran que pueden surgir productos o servicios novedosos que no son sustituibles ni desde la perspectiva de la demanda ni de la oferta y requerirán velocidades de banda ancha por encima de los límites físicos superiores de la infraestructura básica de banda ancha⁶⁷. El uso del tiempo condicional implica que la importancia futura de las redes NGA es, a día de hoy, para la propia Comisión, más una intuición que una certeza. Y que con confianza en los dicta-

⁶⁵ COMISIÓN EUROPEA. *Superar los desequilibrios... op. cit.*, apartado 3.3.

⁶⁶ «Internet access and use in 2009 One person in two in the EU27 uses the internet daily». *Eurostat News release*, STAT/09/176, 8 December.

⁶⁷ COMISIÓN EUROPEA. *Directrices comunitarias para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales... op. cit.*, punto 67.

dos de Say⁶⁸, será la oferta la que acabará creando la demanda. Demanda que, para sustentar el argumento de la intervención pública, deberá tener un componente importante ligado con la mejora de las actividades productivas y no limitarse a las más evidentes (al menos en un análisis superficial de cuáles son los usos que se podrían dar a una conexión de transmisión de datos con gran caudal) aplicaciones vinculadas al ocio.

A modo de epílogo, y considerando todos los argumentos anteriores: ¿qué cabría esperar de las Administraciones públicas? Cautela y análisis concienzudo tanto de la situación que afrontan en su territorio como de las opciones posibles. No se olvide que las actuaciones directas (en el lado de la oferta del mercado) son la más agresiva de las modalidades con que se puede «orientar» o «impulsar» un sector económico concreto y generalmente deberían ser el último recurso en mercados liberalizados. Tanto más si, como acaba de describirse, la opción de contribuir directamente al despliegue de infraestructuras está rodeada de un buen número de incertidumbres en lo que se refiere a su conveniencia e impacto.

DIRECTRICES COMUNITARIAS PARA EL EMPLEO DE AYUDAS ESTATALES EN EL DESPLIEGUE DE REDES DE BANDA ANCHA – UNA NOVEDAD CONCEPTUAL

RESUMEN: Mediante la publicación de las Directrices que son de aplicación, la Comisión Europea ha tratado de poner orden y de clarificar las condiciones exigidas para el empleo de ayudas estatales para el despliegue de redes de banda ancha. Con esta actuación, la Comisión ha introducido una novedad importante no sólo para el propio sector de las comunicaciones electrónicas sino también considerando el ámbito general de aplicación de las ayudas. Pese al título único, estas Directrices se aplican a dos mercados conectados pero diferentes. De un lado, a las redes de banda ancha «tradicional», en que las ayudas públicas se dirigen básicamente a zonas rurales o con bajo desarrollo económico. Sin embargo, las Directrices también son de aplicación para acelerar el despliegue de redes de acceso de nueva generación (NGA), lo que en este caso implica una concepción excepcional de las ayudas estatales puesto que se trata de un mercado emergente, aún en un estado de desarrollo incipiente.

PALABRAS CLAVE: ayudas estatales, banda ancha, redes de acceso de nueva generación, telecomunicaciones, fallos de mercado, prueba de sopesamiento, fondos públicos.

⁶⁸ La conocida en teoría económica como «ley de Say» es un principio atribuido a Jean Baptiste Say que, en su forma simplificada, viene a decir que toda oferta crea su propia demanda.

COMMUNITY GUIDELINES FOR THE USE OF STATE AID IN ROLLING OUT
BROADBAND NETWORKS – A CONCEPTUAL NOVELTY

ABSTRACT: Through the publication of applicable Guidelines, the European Commission have tried to sort them out and clarify the conditions required for the application of State aid rules to broadband deployment. By doing so, the Commission has introduced an important novelty not only for the electronic communications sector itself, but also in the general scope of application of the aids. These Guidelines are applicable to two markets which are connected although somewhat different. In «traditional» broadband networks, public funds are mainly directed to rural or economically underdeveloped areas. However, the Guidelines also applied to accelerate the deployment of next-generation access (NGA) networks, which implies a singular conception of the State aid, since this is a not yet developed, emerging market.

KEY WORDS: State aid, broadband, next-generation access networks, telecommunications, market failures, balancing test, public funds.

LIGNES DIRECTRICES COMMUNAUTAIRES POUR L'OCTROI D'AIDES
D'ÉTAT POUR LE DÉPLOIEMENT DES RÉSEAUX DE COMMUNICATION À
HAUT DÉBIT – UNE NOUVEAUTÉ CONCEPTUELLE

RÉSUMÉ: Avec la publication des Lignes directrices qui sont d'application, la Commission Européenne a essayé de mettre en ordre et de clarifier les conditions qui sont requises pour l'octroi d'aides d'État destinées à faciliter le déploiement des réseaux à haut débit. Avec cette façon d'agir, la Commission a introduit une véritable nouveauté qui concerne, bien sûr, au secteur des communications électroniques mais aussi au cadre général d'application des aides d'État. Malgré le titre unique, les Lignes directrices sont d'application aux deux marchés proches mais différenciés. D'un côté, aux réseaux à haut débit « traditionnels », dont des aides publiques sont attribuées aux zones rurales ou en retard de développement économique. Cependant, les Lignes Directrices s'adressent, par ailleurs, à soutenir le déploiement rapide des réseaux d'accès de la prochaine génération (NGA). Ce dernier cas représente une conception exceptionnelle des aides d'État car il s'agit d'un marché émergent qui est encore en train de se développer.

MOTS CLÉS: Aides d'État, réseaux à haut débit, réseaux d'accès de la prochaine génération, télécommunications, faille du marché, critère de mise en balance, fonds publiques.

