

RECENSIONES

AVERHAUS, RALF, *Gemeinden in der Telekommunikation. Zulässigkeit und Grenzen der wirtschaftlichen Betätigung vor Gemeinden im Bereich der Telekommunikation –unter besonderer Berücksichtigung der wegrechtlichen Problematik*, Editor Peter Lang, 2001, 357 páginas.

I

En Alemania numerosos ayuntamientos han decidido operar en el mercado de las telecomunicaciones como empresarios conforme a lo dispuesto en la Ley de Telecomunicaciones (en adelante TKG) de 25 de julio de 1996, lo que ha dado lugar al establecimiento de nuevas empresas de capital íntegramente público y otras con participación de socios privados. Sin embargo, la concurrencia con otras empresas de servicios y redes de telecomunicaciones de titularidad privada ha provocado controversias y problemas que apuntan en el fondo a los procesos de liberalización y privatización, incapaces de garantizar todavía un régimen de concurrencia y competencia efectiva.

Por todo ello, no resulta exagerado afirmar el enorme interés del libro de Ralf Averhaus que podríamos traducir como “los municipios y las telecomunicaciones: admisibilidad y límites de una actividad empresarial de los municipios en el ámbito de las telecomunicaciones, con especial referencia a la problemática de las vías públicas” escrito con motivo de su doctorado en el año 2000 bajo la dirección del Prof. Peter J. Tettinger, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Colonia. Tres razones avalan la utilidad de este libro. Primera, el autor ofrece un ejemplo formidable de cómo el régimen local y el de las telecomunicaciones han de aplicarse conjuntamente para articular la posibilidad de los entes locales de participar en el mercado de las telecomunicaciones como empresarios. Segunda, afronta esta cuestión a la luz del derecho constitucional alemán que garantiza la autonomía local (art. 28 Ley Fundamental de Bonn, en adelante LFB), atribuye a la Federación la competencia exclusiva en materia de telecomunicaciones (art. 73.7 LFB) y ha reformado a nivel constitucional el sector de las telecomunicaciones en los art. 87 b y 143.b LFB. Tercera, examina la actividad de las empresas de telecomunicaciones de titularidad local acudiendo al derecho alemán de la competencia, de larga tradición en aquel país y más desarrollado, sin olvidar las normas del derecho comunitario europeo. En todo ello, el autor refleja

una destreza poco habitual y un discurso preciso sobre cuestiones que no son de fácil comprensión.

En el fondo, Averhaus trata de justificar si la actividad empresarial de los ayuntamientos en las telecomunicaciones es conforme al derecho constitucional y administrativo, teniendo en cuenta que a ellos no les corresponde el papel de Administración reguladora del sector, sino que es a la Federación según la Ley de Reforma constitucional de 30 de agosto de 1994 que introdujo los artículos 87.f y 143.b) de la LFB. Como es sabido, el art. 73.7 LFB encomienda a la Federación, y no a los Länder, la competencia exclusiva sobre las telecomunicaciones, lo que se ha concretado en la Ley de Telecomunicaciones de 1996 considerada en el libro en lo que atañe a los municipios. Con todo, la lectura del libro es sumamente útil y no queda obsoleto por la aprobación con fecha de 22 de junio de 2004 de la nueva Ley de Telecomunicaciones que incorpora al ordenamiento alemán las Directivas comunitarias publicadas en el 2002. La nueva Ley reitera prácticamente la misma solución que la ley anterior en torno a la actividad empresarial de los entes locales y el derecho a la ocupación gratuita de las vías públicas locales por los operadores de telecomunicaciones.

Si comparamos esta situación con lo que sucede en nuestro país apenas encontramos coincidencia alguna, quizás por la indigencia constante de la mayoría de los entes locales y por otras razones de carácter político, no hay una actividad económica de éstas en las telecomunicaciones por falta de capacidad. En cualquier caso, la Ley General de Telecomunicaciones de 2003, como la anterior de 1998, no prohíbe a los entes locales actuar como operadores y en el caso de que así lo soliciten a la Administración competente (Gobierno y Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones) tendrán que hacerlo en las mismas condiciones exigidas a los particulares. En la práctica, apenas encontramos algunos ejemplos de actividad local en los informes publicados por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que, por otra parte, recientemente ha publicado un Catálogo de “Buenas Maneras sobre la actividad de las Administraciones públicas” en este mercado. Ahora bien, el conocimiento del libro de Averhaus responde adecuadamente a algunos problemas que también cabe formular conforme al derecho español de las telecomunicaciones que ha sido adaptado al derecho comunitario europeo.

II

La Parte Primera del libro (p. 45 a 282) se ocupa de los límites relativos a la actividad económica de los municipios en las telecomunicaciones, y se

divide en siete capítulos. El autor indaga los motivos que han llevado a los entes locales a participar en este sector y sugiere que uno de ellos ha sido la retirada de los entes locales en la prestación de servicios encomendados tradicionalmente a ellos, como fue el suministro de energía. Esta retirada parcial ha sido provocada de modo indirecto por la privatización y la introducción de la competencia que presenta la legislación en los niveles nacional y comunitario. El autor presta la atención necesaria al derecho comunitario que ha tenido mucho que ver con la liberalización de las telecomunicaciones en Europa (p. 62 a 67), y fue acompañada por una reforma significativa de los preceptos de la LFB relativos a las telecomunicaciones antes mencionada.

El capítulo tercero de la Parte Primera profundiza en el régimen de las telecomunicaciones conforme al derecho alemán (p. 69 a 88), precisando la capacidad de los entes locales de convertirse en operadores de telecomunicaciones, las actividades sujetas al deber de obtener previa licencia, las actividades sujetas a un deber de notificación a la Administración competente, la necesidad de una separación estructural de cuentas, el servicio universal, la regulación de las remuneraciones, el acceso a la red abierta y las conexiones. Finalmente, el autor estudia la posibilidad de “comercializar” los derechos a utilizar las vías públicas (p. 88 y ss).

El capítulo siguiente (p. 92 a 166) plantea una posible inadmisión de la actividad económica local en las telecomunicaciones por mandato constitucional basada en cuatro motivos diferentes sobre los que vale la pena detenerse.

A) De una parte, la LFB no admite explícitamente la iniciativa pública en la economía provocando una discusión clásica en la doctrina alemana que el autor estudia con precisión sobre la neutralidad económica de la LFB y la existencia o no de la cláusula de subsidiariedad respecto a la actividad de los particulares. El autor compara la legislación de régimen local de los diferentes Länder que impone diversos requisitos para la creación de empresas locales. Al igual que en nuestro ordenamiento, las empresas locales de telecomunicaciones no pueden invocar la libertad de empresa reconocida en el art. 12.1 LFB por falta de legitimación del Estado para ser titular de derechos fundamentales. Ahora bien, el derecho alemán admite soluciones originales en este asunto, de modo que no se pueden organizar como sociedades de capital íntegramente público o empresas públicas de carácter mixto (*gemischt-öffentliche Unternehmen*), pero las empresas locales organizadas en régimen de derecho privado mixto disfrutaban de la protección de la libertad de empresa, debido a la participación de particulares.

B) En segundo lugar, el autor indaga si el artículo 87.f de la LFB constituye un obstáculo especial para la existencia de una empresa local de telecomunicaciones (p. 109 y ss). El precepto mencionado se ocupa de la Administración del servicio de correos y de las telecomunicaciones y por su interés lo traducimos: “1. Por lo que respecta al servicio de correos y a las telecomunicaciones, la Federación garantizará en todo el territorio, de acuerdo con lo que disponga una ley federal que requiere la aprobación del *Bundesrat*, servicios adecuados a todo el territorio y que sean suficientes. 2. Los servicios en el sentido del apartado 1 serán prestados como actividades económicas privadas por las empresas surgidas del Patrimonio Especial Correo Federal Alemán y por otros agentes privados. Las funciones de soberanía en el ámbito del servicio de correos y las telecomunicaciones serán realizadas por la Administración propia de la Federación. 3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 frase 2, la Federación llevará a cabo bajo la forma jurídica de un organismo federal de Derecho público, tareas particulares relacionadas con las empresas surgidas del Patrimonio Especial Correo Federal Alemán, de acuerdo con lo que disponga una ley federal”. En relación con lo dispuesto en este precepto y en el artículo 143 b de la LFB relativo a la “transformación en materia de correos y telecomunicaciones”, el autor examina el mandato de privatización que inició la liberalización de las telecomunicaciones y evoca la doctrina establecida en los informes de la Comisión Alemana de Monopolios que afirman la existencia de una auténtica privatización de funciones en el sector (p. 111 a 121). El autor comenta las tres formas típicas de privatización que la doctrina alemana clasifica en: 1º) privatización de la organización, también denominada privatización formal; 2º) privatización de las funciones o material, y 3º) privatización del patrimonio. Y concluye que en los preceptos de la LFB relativos a las telecomunicaciones hay una privatización material, pues la prestación de servicios de correos y de las telecomunicaciones ha de realizarse por “empresas privadas” o sometidas al derecho privado, y además una privatización del patrimonio que afecta a la empresa pública Deutsche Telekom.

En definitiva, el autor acepta una actividad empresarial de los entes locales en las telecomunicaciones (p. 121-123), porque el art. 87 f LFB no se opone a un modelo de empresa de telecomunicaciones de titularidad local siempre que su participación sea conforme al mandato de privatización en la organización, de modo que no cabe una empresa sometida al derecho público y que la naturaleza de la actividad ha de ser de carácter privado (p. 135).

C) Una tercera causa para una posible inconstitucionalidad de la actividad local en las telecomunicaciones deriva de la eficacia de los derechos

fundamentales que pueden invocar los operadores privados (p. 139 y ss). Recuerda la teoría sobre la vinculación a los derechos fundamentales de las empresas públicas según la forma de organización sometida al derecho privado que pueden ser sociedades de capital íntegramente público o sociedades de economía mixta (p.142). Así pues, verifica si la actividad empresarial de los municipios en este sector puede ser compatible con la libertad de empresa (art. 12.1 LFB), la propiedad privada (art. 14.1 LFB) y el derecho a la igualdad (art. 3.1 LFB) que pueden alegar los operadores privados. El autor concluye que sólo en casos excepcionales puede reconocerse una vulneración de tales derechos.

D) Es adecuado el análisis que efectúa de la autonomía local establecida en el art. 28.2 LFB como fundamento para una actividad económica en las telecomunicaciones (p. 178 y ss). El lector advierte la diversa configuración de la autonomía local en España y Alemania, de las que se había ocupado en un examen comparativo el Prof. J.C. Pielow en el libro "*Autonomía Local in Spanien und Kommunale Selbstverwaltung in Deutschland: eine rechtsvergleichende Untersuchung mit Blick auf Grundstrukturen und aktuelle Probleme*", Ed. Vahlen, Munich, 1993, con Prólogo de Antonio Jiménez-Blanco.

En relación con las telecomunicaciones, Averhaus entiende que si el suministro de las telecomunicaciones es asunto propio de una entidad local enmarcado en la "*Daseinsvorsorge*", término bien conocido (p. 188 y ss), no es razonable una prohibición de la actividad de los municipios en las telecomunicaciones (p. 193 y ss), siempre que no haya menoscabo alguno en la función del *Bund* de ordenar las telecomunicaciones atribuida directamente por la LFB. En consecuencia, admite la posibilidad de que los entes locales desarrollen actividades pero sólo como complemento a la función del *Bund* de asegurar un suministro básico de telecomunicaciones en el territorio local (p. 200 y ss).

III

El autor desarrolla también en la Parte Primera los requisitos jurídicos y límites impuestos a la actividad económica de los entes locales en las telecomunicaciones (p. 206 y ss) que vienen impuestos con carácter general por la legislación de régimen local de cada Estado federado. Tales requisitos no son ajenos a los que conoce nuestro ordenamiento como son la justificación de una necesidad propia de un municipio, la exigencia de una finalidad pública, la capacidad de prestación de cada municipio, la delimitación territorial de la actividad. Otros son diferentes como los que derivan de la llamada cláusula de

subsidiariedad establecida en la legislación de régimen local de algunos *Länder*. Es sabido que corresponde el régimen local a cada Estado federado, que ordena la actividad económica de los entes locales con carácter general, pero es posible encontrar ciertos elementos comunes que han sido explicados el Prof. Tettinger recientemente en la última edición (2004) del libro *Besonderes Verwaltungsrecht I, Kommunal Recht, Polizei und Ordnungsrecht*.

De particular interés es el desarrollo que efectúa Averhaus relativo a la aplicación del derecho de la competencia a las empresas locales de telecomunicaciones (p. 254 y ss). Expone los fines que persigue la vieja Ley de Competencia Desleal, "*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*" aprobada el 7 junio 1909 y modificada posteriormente en diversas ocasiones, la más reciente por la Ley de 22 junio de 1998. Menciona la necesidad de limitar la aplicación de la Ley según el modo de participar en el mercado y enumera una serie de conductas que pueden ser contrarias a la competencia desleal (p. 262). Finalmente, pondera la aplicación del Derecho de defensa de la competencia conforme a la Ley de Defensa de la Competencia "*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*" de 27 julio 1957, modificada por Ley de 26 agosto de 1998, que impide una posición dominante de las empresas mencionadas. El autor insinúa que el derecho de la competencia comprende principalmente el cómo ("*wie*"), es decir, el modo en que debe realizarse la actividad económica de los municipios en las telecomunicaciones, mientras que la aceptación general de la misma ("*ob*") ha de ser apreciada conforme al Derecho público, concretamente la legislación de régimen local y la de telecomunicaciones. Así las cosas, recapitula que los límites a una actividad económica local en las telecomunicaciones no derivan sólo de las normas propias del régimen local, sino también del Derecho económico general, concretamente el derecho de la competencia.

IV

La parte segunda del libro gira en torno a la constitucionalidad del art. 50 de la Ley de Telecomunicaciones Alemana (TKG) de 25 julio de 1996, que permite la ocupación de las vías públicas de los municipios por las empresas de telecomunicaciones sin contraprestación económica alguna (p. 297 a 355). El autor advierte que el derecho a la utilización gratuita de las vías públicas para el establecimiento de líneas de telegráficos y de telefonía (hoy líneas de telecomunicaciones) constituye desde el punto de vista histórico un principio de derecho consolidado. Por este motivo, los municipios no han podido durante el tiempo de vigencia de la primera de Ley de Telégrafos aprobada en 1909 (es decir, casi un siglo) obtener ingresos por la utilización de las vías públicas municipales (p. 355).

Averhaus opina que el autor de la TKG de 1996 ha reestructurado las telecomunicaciones y ha roto el monopolio anterior, pero ha querido mantener el derecho a la ocupación de las vías públicas de modo gratuito por la conexión de esta actividad con fines públicos. En efecto, afirma que la justificación interna de la gratuidad de la utilización de las vías no radica en el monopolio formal que disponía del derecho de ocupación de las vías públicas, sino en la determinación de los fines públicos de las líneas de telegrafía y de telefonía. Y ello lo explica así. Teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 87.f párrafo 1 y 2 de la LFB, el legislador se ha decidido por una organización en dos dimensiones. El derecho gratuito a las vías públicas establecido en el art. 50.1.1 TKG consiste en un medio indispensable para el cumplimiento del deber establecido en el art. 87 f párrafo 1 LFB y encomendado al *Bund* de garantizar una infraestructura de las telecomunicaciones. Además, el art. 87 f párrafo 2 LFB impide una actuación propia del *Bund*, y por ello el art. 50.2. TKG habilita la transmisión del privilegio de uso del *Bund* a los titulares de las licencias de infraestructura que están vinculados a la función de suministro de telecomunicaciones. Así pues, el fundamento de la potestad legislativa para establecer la regulación de la facultad de utilizar las vías públicas de modo gratuito se infiere de lo dispuesto en el art. 73 núm. 7 LFB en conexión con el art. 87.1 y 2 LFB conforme a una interpretación histórica, teleológica y sistemática, de suerte que la regulación del derecho a la ocupación gratuita de las vías resulta imprescindible para el cumplimiento de la obligación del *Bund*. Todas estas consideraciones se presentan sin olvidar la doctrina establecida en el Auto del Tribunal Constitucional Federal Alemán de la Sala Segunda de 7 enero 1999 que confirma la legitimidad del art. 50.1 TKG en relación con la autonomía local, pero plantea otras cuestiones no resueltas expresamente. Conforme a lo prescrito por el Tribunal Constitucional Federal alemán, el ámbito de protección del art. 28.2 LFB no queda vulnerado por el precepto mencionado desde el punto de vista de la “*Daseinsvorsorge*” ni tampoco por la competencia que ostentan los municipios sobre las vías propias ni la función de planificación. Finalmente, añade que la regulación del art. 50.1 y 2 de la Ley de Telecomunicaciones de 1996 no implica un trato privilegiado carente de justificación para las empresas de líneas de telecomunicaciones y tampoco vulnera el principio de igualdad establecido en el art. 3.1 LFB, porque existe una diferencia estructural entre el sector de las telecomunicaciones y el suministro de energía y agua con fundamento en la propia LFB (p. 356).

En definitiva, la lectura de la monografía de Ralf AVERHAUS es sumamente enriquecedora y útil, por cuanto descubre la necesidad de articular cuestiones clásicas relativas a la actividad económica de los entes locales, el régimen de concurrencia con empresas privadas y el nuevo régimen de las

telecomunicaciones, que viene caracterizado por la liberalización y privatización de funciones y de la organización impuestos en Alemania por la Ley Fundamental de Bonn. Sin duda alguna, vale la pena el esfuerzo por conocer de cerca una obra dotada de una gran solidez tanto en el fondo como en las formas que reflexiona sobre la actividad empresarial de los entes locales en las telecomunicaciones.

TETTINGER, PETER J.: Besonderes Verwaltungsrecht/1. Kommunalrecht, Polizei- und Ordnungsrecht

El Profesor Peter J. Tettinger es Catedrático de Derecho Administrativo y director del Instituto de Derecho Público y Ciencia de la Administración, en la Universidad de Colonia. Así como codirector, junto con el Profesor Michael Sachs, de la Revista de Derecho Público y Administración Pública de Renania del Norte-Westfalia, *NWVBl Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter, Zeitschrift für öffentliches Recht und öffentliche Verwaltung*, y miembro del Tribunal Constitucional del Estado federado de Renania del Norte-Westfalia. Se trata de persona bien conocida entre los lectores de lengua alemana por sus publicaciones en materia de Derecho europeo, Derecho estatal y Derecho Administrativo Económico.

En 1986 publicó la primera edición del Manual de Derecho Administrativo Especial, Parte I, Derecho local y Derecho de Policía, *Besonderes Verwaltungsrecht/1. Kommunalrecht, Polizei- und Ordnungsrecht*, en la editorial C. F. Müller. Desde entonces se han sucedido en ambas materias una serie de reformas legislativas importantes. Por ejemplo, la Ley de Régimen Local de Renania del Norte-Westfalia de 1994 fue modificada en diversas ocasiones en los años 1997 y 1999. Con la finalidad de adaptar el texto a la legislación vigente y a la jurisprudencia, tanto ordinaria como constitucional, el autor ha publicado una nueva edición del Manual, la séptima, en octubre de 2004.

Conviene destacar la tradición que existe en el Derecho alemán, que al tratar la Parte Especial del Derecho Administrativo tiene como materias básicas siempre esos dos grandes bloques: el local y el de policía. A ello se suma el hecho relevante de que la competencia legislativa sobre estas dos materias está atribuida a los Estados Federados, los *Länder*. En consecuencia, y por exclusión, el Derecho local y el Derecho de policía no son competencias del Estado Federal, el *Bund*. Sobre esta materia y la evolución del federalismo alemán, por cierto, se ha ocupado de una forma brillante el Prof. Schmidt