

Pros y contras de los métodos de Adjudicación

Subasta v. Concurso en la adjudicación de licencias radioeléctricas

GASPAR ARIÑO ORTIZ* Y JUAN MIGUEL DE LA CUÉTARA**

1. El protagonismo actual de la subasta. Problemas que se plantean. El día 28 de abril de 2000 culminó la subasta de las cinco licencias británicas de telecomunicaciones móviles UMTS. La más barata de esas licencias costó unos 4.000 millones de libras esterlinas y la más cara casi 6.000 millones de libras, lo que ha supuesto para el Tesoro británico unos ingresos totales de 22.477 millones de libras esterlinas (38.098 millones de euros o 6,33 billones de pesetas).

Pocos días más tarde, el Gobierno alemán, que está preparando una subasta parecida (hasta seis licencias UMTS), ha elevado sus previsiones de recaudación por este medio hasta los 6.000 millones de euros (10 billones de pesetas). Según estas nuevas estimaciones, la cantidad de salida de cada licencia, de unos 100 millones de euros, podría verse multiplicada por 10, hasta los 1.000 millones de euros.

Todos los comentaristas coinciden en que el verdadero ganador de la subasta ha sido el Gobierno británico —y puede serlo el alemán—, al tiempo que muestran ciertas dudas en cuanto a los efectos que tan abultados compromisos económicos pueden tener sobre las inversiones de las operadoras.

* Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Autónoma de Madrid.

** Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de la Laguna. Tenerife.

Estas inversiones, que habrán de realizarse en las nuevas redes y en la promoción de los nuevos servicios, se verán dificultadas por el gravamen financiero que la propia licencia supone. Las elevadas cifras alcanzadas en ocho semanas de encarnizada puja han sido una sorpresa para todos.

He aquí algunos problemas que este sistema plantea, cara al futuro:

a) Las cinco licencias UMTS británicas se han encarecido, por encima de todo lo imaginable.

El precio final (38.000 millones de euros) ha cuadruplicado las previsiones iniciales del Gobierno (unos 9.000 millones de euros), cantidad que, a su vez, era ya dieciocho veces mayor que la recaudada por el Gobierno español con las cuatro licencias UMTS recientemente adjudicadas por concurso (unos 500 millones de euros). Es evidente que el enorme encarecimiento se debe al sistema seguido para su adjudicación: la subasta, practicada en reiteradas pujas, que elevan sucesivamente la ofertas sin límite alguno. ¿Quién pagará finalmente tales cantidades, ingresadas en el tesoro público: accionistas, clientes, proveedores, usuarios de los servicios futuros?

b) Pese a los elogios recibidos, la subasta puede tener efectos perversos ocultos.

Al ser de participación totalmente voluntaria, la puja es un sistema aparentemente incontestable: las operadoras pujarán por la cantidad que estimen razonable y que les permita obtener todavía beneficios. El período de vida de las licencias británicas es de 21 años, las telecomunicaciones móviles UMTS tienen un gran potencial de desarrollo (no sólo en telefonía sino en toda clase de servicios: Internet, comercio electrónico, etc.), y las cantidades ofertadas pueden, efectivamente, recuperarse, si el negocio madura y se alcanzan cuotas de mercado suficientes en todos los negocios que pueden desarrollarse sobre las redes UMTS. Pero existen indicios de que hay algo desproporcionado en las cifras ofertadas.

— La compañía canadiense TWI, ganadora por 7.450 millones de euros de la licencia A (reservada para nuevos entrantes), se la ha adjudicado por una cantidad que quintuplica su propia capitalización bursátil y, además, tendrá que construir una red de valor estimado en otros 4.000 millones de euros adicionales como mínimo (en total, cerca de dos billones de pesetas de inversión inicial). Sólo estos dos conceptos gravarán en miles de euros a cada uno de sus futuros clientes. A ello habrá que añadir los gastos de promoción de nuevos servicios —siempre elevados— y la subvención de los terminales, que tendrán un precio inicialmente alto, además de la parte correspondiente de los gastos generales y de operación: la rentabilidad —si llega— se demorará, según los analistas, al menos quince años. Parece un riesgo excesivo.

— Las compañías británicas (Vodafone, BT, One2one y Orange), por su parte, tienen que hacer frente a un progresivo encarecimiento de su financiación, determinado en buena medida por las cantidades comprometidas en la subasta. El prestigioso *Financial Times* titulaba el pasado 27 de abril de 2000 un comentario sobre estas materias del siguiente modo: “*Cost of mobile licences hits telecom bonds*”, mostrando una clara pendiente alcista del tipo de interés de los bonos de las empresas de telecomunicaciones británicas en las últimas semanas. Tipos de interés más altos significan mayores costes financieros

— Estas tres compañías, ya operadoras de servicios móviles en Gran Bretaña, tuvieron que continuar en la puja hasta conseguir su licencia, costase lo que costase. Para ellas, el panorama de la derrota era desolador: sus actuales sistemas GSM no podrían migrar a la tercera generación de móviles UMTS, su futuro como operadores de móviles sería corto, lo que les obligaría a amortizar sus inversiones con la tecnología actual (sin poder diferir hacia el futuro parte de los costes); esto les pondría en difíciles condiciones competitivas cara al futuro, lo que inmediatamente se reflejaría en su valor en Bolsa, y ello disminuiría todavía más la credibilidad y expectativas de estas compañías... En una palabra, tenían que seguir pujando, por mucho que se elevara el precio.

— Las compañías extranjeras retiradas de la subasta (entre ellas, Telefónica) se encontraban en una situación totalmente distinta. A medida que subía la puja, más difícil les resultaba explicar a sus inversores y autoridades nacionales la conveniencia de entregar tales cantidades de dinero al Gobierno británico (además de comprometerse a construir la red), en vez de invertir las en el propio país. Es muy probable que el sistema de subasta haya desempeñado un papel proteccionista de las empresas británicas, al coste de hacerlas pujar hasta donde han llegado.

c) Los elogios se atienen a una única perspectiva: la recaudatoria. Pero hay que ampliar el foco.

Con todos nuestros respetos hacia mejor opinión, es apreciable en quienes elogian el sistema de la subasta una perspectiva unidireccional, centrada únicamente en la recaudación que este sistema proporciona. También se elogia su transparencia y objetividad, pero con menor énfasis; el auténtico triunfo, lo deslumbrante de la operación, es haber conseguido del sector cantidades billonarias.

La defensa de German Loewe, uno de los miembros de “*think tank*” británico que diseñó la subasta, es ilustrativa de lo que queda dicho. Su artículo “*La subasta, un mecanismo revelador*”, publicado en *Cinco Días* el pasado 17 de abril, concluye del siguiente modo:

“Sencillamente [la subasta] es un mecanismo capaz de revelarnos la verdadera valoración que hacen las grandes compañías de telecomunicaciones acerca de las posibilidades de este nuevo mercado. Y, si el precio de las licencias está siendo escandalosamente alto, es únicamente porque los beneficios que esperan estas empresas y sus accionistas también lo son. Gracias al instrumento económico de la subasta, en el Reino Unido estos beneficios se repartirán entre todos”.

La última referencia, relativa al papel redistributivo del Estado recaudador, es claramente política; pero la relación directa que establece entre el montaje de la puja y las expectativas de beneficios ya no lo es: la subasta está destinada a maximizar dicho montante, y el éxito de la realizada en Gran Bretaña es que lo ha conseguido. Ahora bien, no debemos contentarnos con algo tan simple (que además tiene mucho de ideología). Los beneficios se repartirán entre todos (por intermedio del Gobierno) pero también se obtendrán a costa de todos, que verán elevarse los precios de los servicios y productos. Es difícil determinar quiénes ganarán y quiénes perderán. En cualquier caso, los indicios que acaban de mostrarse de que hay algo desproporcionado y posibles efectos perversos en todo ello son suficientes para impulsarnos a profundizar en el análisis.

2. *Análisis iniciales. Las espadas quedan en alto*

2.1. Análisis socio-económico

El concurso, hay que reconocerlo, es una figura un tanto desprestigiada. Sus detractores dicen que siempre habrá en él muchos elementos subjetivos y discrecionales, que no hacen sino dejar manos libres al Gobierno para favorecer a quien desee. A veces se han parangonado con los tradicionales “concursos de belleza”. Naturalmente, la linealidad y objetividad de la subasta destacan como claro contrapunto en este terreno.

La subasta, en los niveles en que nos estamos moviendo, tampoco es un exponente de racionalidad. Ya hemos indicado que las empresas con activos en la segunda generación de móviles no podían, bajo ningún concepto, quedar fuera de la tercera (alguna vez se ha llamado a esto “*derecho a la migración tecnológica*”), situación que, por sí sola, puede llegar a determinar pujas irracionales. Pero hay más: los directivos que participan en la formación de la voluntad de las empresas que pujan, pueden tener —y de hecho tienen— incentivos para despreocuparse de los efectos a largo plazo de los compromisos que asumen (al fin y al cabo, “tiran con pólvora del Rey” y las consecuencias, a diez o doce años vista, no les afectarán personalmente), todo lo cual incorpora una clara irracionalidad que agrava el problema de agencia a nivel de empresa. En ambos casos, la tendencia es a subir la puja, no a pararla cuando sea razonable.

Por lo que hace a la “eficiencia alcativa” de la subasta, esto es, a su utilización como medio para que el mejor postor dé a lo subastado el uso económicamente más eficiente por su propio interés, hay que decir que apenas tiene aplicación en el supuesto aquí considerado. En nuestro caso, el uso de las frecuencias viene predeterminado, puesto que se adjudican para sistemas de telecomunicaciones móviles UMTS y el adjudicatario no puede hacer otra cosa que tender su red según las especificaciones de este sistema; si acaso, impulsado por las cantidades ofrecidas en la puja, realizará un esfuerzo para seleccionar la tecnología que incorpore menor coste, lo que tiene aspectos tanto positivos (productividad) como negativos (menor grado de innovación).

Así pues, tanto el concurso como la subasta ofrecen claroscuros en su operatividad real. En términos generales puede decirse que la subasta ofrece ventajas en los siguientes supuestos de enajenación o adjudicación de bienes: a) su valor y utilidad resulta diferente para los distintos licitadores; y b) su adjudicatario dispondrá de ellos libremente (caso típico: subasta de bienes muebles). El concurso, por su parte, destaca en operaciones complejas en las que: a) es necesario establecer una relación continuada entre dos empresas o entre una empresa y una Administración; y b) la selección del contratista es crucial para el buen fin de la operación (caso típico: concesiones de servicio público). Ésta es, al menos, la experiencia histórica de su utilización —aunque siempre habrá excepciones— en la contratación pública.

2.2. Análisis jurídico: dos tipos de legalidad distinta

Si dejamos a un lado las complejidades incorporadas en España por la desafortunada Ley de Tasas y Precios Públicos y por la Sentencia del Tribunal Constitucional que corrigió sus desafueros, es lo cierto que la emisión de autorizaciones (licencias) y la enajenación de bienes tienen un funcionamiento jurídico muy distinto.

Las licencias (incorporamos a este término todo tipo de autorizaciones, permisos, habilitaciones, etc.) son fundamentalmente de dos tipos: unas son de *policía*, por las cuales se levanta una barrera previamente establecida (necesidad de obtener un permiso) para la realización de una actividad particular —a lo que en principio se tiene derecho—, y otras son de *acceso a bienes, servicios y funciones públicas*, por las que se habilita a un particular a realizar algo en la esfera pública —a lo que en principio no se tiene derecho, sino un mero interés, aunque legítimo—. Su gran diferencia estriba en que las primeras son declarativas y las segundas son constitutivas de derechos; pero, por encima de su diferente naturaleza, ambas se gestionan económicamente mediante tasas. Éstas están destinadas a la recuperación de los costes que la tramitación de la licencia haya provocado, pero no son un instrumento recaudatorio, aun cuando en la práctica, a veces, se las haga funcionar como tales. La razón es sencilla; tanto para autorizar actividades privadas como para permitir el uso de bienes públicos según las finalidades especificadas en las leyes, los mecanismos administrativos que se erijan deben conseguir el cumplimiento de la ley con el mínimo coste posible. Al menos, intentarlo teniendo presente que toda recaudación sobreañadida representa un obstáculo para dicho cumplimiento.

La enajenación de bienes, de las que son excelentes ejemplos las desamortizaciones históricas y las privatizaciones de empresas públicas en curso, no se someten a tasa, sino a precio, y su objetivo es maximizar éste en la medida de lo posible. También existe una razón sencilla para ello, y es que el auténtico valor de un bien o de una empresa del patrimonio público muchas veces se desconoce, o, aun conociéndolo, no es posible obtenerlo por las circunstancias del momento y lugar en que se produce su enajenación; en consecuencia, ésta no puede plantearse a “precio cierto”, sino al “mejor precio”. Naturalmente, los bienes que se enajenan tienen que ser de tipo patrimonial para poder ser puestos en venta, lo que en el caso de las empresas significa empresas ordinarias de mercado.

Resulta claro que la subasta es el medio típico para obtener el mejor precio en la enajenación de bienes patrimoniales del Estado, siendo el instrumento recomendado por el viejo principio de desconfianza hacia los gestores, que caracteriza la Administración patrimonial tradicional: su carácter “matemático” y la publicidad que incorpora, eliminan cualquier indicio de discrecionalidad en el gestor. Y también resulta claro que la subasta no se aviene con las autorizaciones de policía (¡no vamos a subastar la obtención de permisos de conducir!) ni con la mayoría de las autorizaciones de acceso a la esfera pública.

Ahora bien, hay supuestos en los que pueden subastarse autorizaciones para la ocupación del dominio público, como es el caso de las subastas de puestos en recintos feriales, en los que el sorteo se sustituye por una puja para ocupar los puestos preferentes. Ello quiere decir que la subasta no está “*per se*” excluida de la adjudicación de derechos de uso del dominio público, e incluso de gestión de servicios públicos, de lo cual hay excelentes muestras en el Derecho Local tradicional español. En suma, aun existiendo dos tipos de legalidad distinta, a uno de los cuales (enajenación de bienes) la subasta se ajusta mejor que al otro (licencias), el análisis jurídico todavía no nos permite pronunciarnos sobre la subasta de frecuencias. Las espadas permanecen en alto.

3. El problema de fondo: ¿qué son las frecuencias radioeléctricas?, ¿cómo se deben gestionar? Para contestar a estas preguntas conviene hacer las siguientes consideraciones:

— Las frecuencias no existen (son una relación matemática); pero el derecho a usarlas en exclusiva, en un lugar y momento dado, sí, puede ser definido y “apropiado” por alguien.

La frecuencia de una onda radioeléctrica define su velocidad de vibración, al establecer el número de oscilaciones que se producen por unidad de tiempo: cuanto más alta es la frecuencia, mayor es la velocidad de vibración de la onda. La frecuencia es pues una relación matemática y, como tal, una abstracción, fruto de la mente humana. Lo que ocurre es que cuando dos antenas cercanas emiten en la misma frecuencia se interfieren entre sí, con lo cual ninguna de las dos puede aportar una señal útil (la señal aparece al modular la onda de una determinada manera para que transporte un significado). Lo que interesa a los operadores es el “*derecho a emitir sin ser interferido*”, lo que normalmente quiere decir el derecho a ser el único en emitir en una frecuencia y potencia dadas en un momento y lugar determinados. Y este derecho es perfectamente definible y adjudicable con las herramientas de la técnica jurídica.

— La subasta “cosifica” este derecho y lo convierte en un instrumento recaudatorio (para el Estado y para la operadora).

El objeto sobre el que recae la licencia, por tanto, el derecho a emitir no es, desde luego, una cosa, un objeto material, esto es evidente. Pero —y aquí está el “quid” de la cuestión— al subastarlo se “cosifica”, esto es, se convierte en un objeto de comercio ordinario, con sus ventajas e inconvenientes. Veamos de explicar esto. Lo que se subasta realmente es un título jurídico, a saber, el título habilitante del derecho al uso en exclusiva de las bandas de frecuencia de que se trate. Para que tenga valor y para que los interesados acudan a la puja, tiene que tener un contenido plenamente disponible para su titular, esto es, un núcleo de facultades de las cuales el adquirente pueda obtener provecho por sí mismo, directamente, sin intervención de voluntad ajena alguna. De esta forma, el Estado, a través del título sacado a subasta, “enajena” un núcleo de facultades de tipo dominical dentro de una determinada banda de frecuencias, que los potenciales adquirentes valoran en su posible explotación futura y pujan por conseguir. En una palabra, lo que se hace es enajenar una banda de frecuencias, cuya “propiedad” (si se prefiere, cuyo aprovechamiento exclusivo) pasa temporalmente al adjudicatario de licencia. Esta encapsula en sí misma una concesión demanial sobre el espectro radioeléctrico, así en una “cosa” (como el agua, las playas, las minas o los montes) cuya explotación se otorga a un particular.

El secreto de la subasta británica está, por tanto, en la “enajenación” del espectro radioeléctrico que, tratada como la enajenación de un bien patrimonial público, se ofrece al mejor postor con criterios exclusivamente recaudatorios.

— Pero el Estado no puede perder el control del espectro radioeléctrico, que está vinculado a fines públicos.

Para decirlo con palabras llanas, una subasta funciona cuando el subastador se desentiende de lo que haga el adquirente con el bien subastado. Es más, la teoría económica que fundamenta la generalización de las subastas para el uso del espectro afirma que el Estado sólo tiene que establecer las bandas y canales en que se dividen las frecuencias, fraccionarlas y enajenarlas; el mercado se encargará de optimizar su uso mediante las transacciones económicas que, inicial o

sucesivamente, se producirán entre los operadores (la subasta inicial es la “puesta en el mercado” del objeto de las futuras transacciones).

Ahora bien, ¿es esto aplicable al espectro radioeléctrico? En principio, el Estado no puede desentenderse de lo que se haga con el espectro, por múltiples razones, que no cabe debatir en los estrechos límites de este artículo. El hecho de que hayamos declarado legislativamente al espectro “bien de dominio público”, no significa que haya configurado propiedad destinada a ser explotada por el Estado, sino para ser usada, aprovechada, por la colectividad, de acuerdo con una ordenación de tipo finalista. Sus fines los determinamos, a través del sistema democrático, mediante Ley aprobada en el Parlamento, y, en este momento histórico, hemos querido que una buena parte del espectro radioeléctrico se ponga al servicio de las comunicaciones inalámbricas de banda ancha.

Es posible pensar, desde luego, que con un condicionamiento adecuado del título que se enajena en la subasta sería suficiente para que el Estado conserve el control del mismo dejando a su titular suficiente libertad de uso y disposición en todo lo no contemplado por las condiciones de la licencia, lo que haría de ésta un derecho comercializable. Porque, en efecto, una cosa es que el dominio público sea constitucionalmente “inalienable, imprescriptible, inembargable”, y otra que no se pueda comerciar con sus concesiones y autorizaciones, como enseña el derecho minero y se postula para el derecho de aguas. Ahora bien, una configuración así de la licencia incorporaría graves contradicciones internas, de muy difícil superación.

La principal consistiría en que, una vez incorporado al título el espíritu mercantilista indicado, dicho espíritu acabaría imponiéndose sobre la voluntad del Estado de hacerlo compatible con finalidades de interés público. Cuanto mayor fuera la recaudación obtenida por el Estado, tanta más fuerza tendrían las reivindicaciones mercantilistas de sus titulares. Dicho de otro modo: a mayor coste de una licencia, determinado en un procedimiento de subasta, mayor consistencia del “núcleo económico” de su contenido de libre disposición por su adquirente, y menor alcance del control público (que puede mantenerse formalmente, pero sin materializar en la práctica). Además, y bajo consideraciones puramente económicas, la subasta transfiere al adquirente la responsabilidad sobre lo adquirido; esta situación casa mal, obviamente, con el mantenimiento de un control público que tenderá, por eso mismo, a la inhibición.

La configuración de un título satisfactorio para los intereses públicos sería posible en aquellos casos —sencillos— en los que el uso de la frecuencia fuera claramente previsible y los problemas que pudieran surgir fueran anticipables. Pero, en la mayoría de los supuestos, tal situación no se da. No se da, desde luego, en las telecomunicaciones móviles que hoy conocemos, y mucho menos en las de mañana.

Para muestra, un botón: en los próximos años puede aparecer un nuevo desarrollo tecnológico que permita introducir más operadores UMTS en cualquier país; ¿qué hará el Gobierno británico, tras haber obtenido seis billones de pesetas de los cinco operadores habilitados este año, que aún tardarán mucho en rentabilizar su licencia?; ¿los indemnizará para utilizar las nuevas posibilidades?; ¿aumentará la competencia sin indemnizar?; ¿cerrará la entrada a las nuevas tecnologías, con grave perjuicio a sus ciudadanos o, simplemente, encontrará alguna buena razón para que no entren más operadores en Gran Bretaña?

Como se ve, la elección de un sistema u otro de adjudicación no es un tema inocuo.

4. Los inconvenientes de la subasta pesan más que sus ventajas

4.1. La subasta como puro instrumento recaudatorio es rechazable, a menos en las frecuencias útiles para la Sociedad de la Información

Los firmantes de este artículo hemos llegado a esta conclusión en base a las siguientes razones:

— *La experiencia histórica enseña que las enajenaciones con afán de lucro de bienes públicos tiene límites.*

Aunque la posibilidad no pueda ser negada, no parece lógico considerar las bandas de frecuencias radioeléctricas como algo de lo que el Estado pueda desprenderse para ganar dinero. No, al menos, en las bandas aquí consideradas, que son las que se utilizarán para facilitar el acceso de la población a la Sociedad de la Información, en cuyo núcleo se insertan plenamente las de la telefonía móvil de tercera generación.

En el pasado, los monarcas, impulsados por necesidades financieras inmediatas, enajenaron oficios y funciones públicas, regalías, derechos de aguas y bienes de la Corona de todo tipo. El afán de lucro ha animado a los gestores públicos de todos los tiempos a tratar de capitalizar en el presente cualesquiera rentas futuras imaginables. Pero la experiencia enseña que, una y otra vez, hubo que corregir los excesos, rescatando los oficios públicos enajenados, declarando inalienables los bienes del dominio público, o suprimiendo los monopolios de los que se derivan las rentas enajenables. Ciertamente, muchos bienes carecían de razón para permanecer en manos de la Corona y las desamortizaciones —hoy, las privatizaciones— han corregido esta situación. Ahora bien, no parece que las frecuencias radioeléctricas pertenezcan a este tipo de bienes.

— *La maximización de los ingresos sólo sería admisible si el Estado desafectase las frecuencias y tuviera como único fin lucrarse de su venta.*

Ya hemos comentado que el Estado no puede desentenderse de lo que se haga con las frecuencias. Y este es el requisito esencial para que pueda utilizarse la subasta que, al fin y al cabo, no es otra cosa que una de las posibles formas de fijar el precio de una compraventa ordinaria. Repitámoslo: sólo concibiendo el derecho al uso de las frecuencias al estilo de la clásica concesión minera tendría sentido la subasta: pero las frecuencias no son una veta rica en mineral que quien la encuentre pueda explotar y de cuya riqueza deba el Estado participar; son, más bien, uno de los medios de establecer telecomunicaciones avanzadas en los que hay que conjugar el interés particular con el interés público: el interés público es el de toda la sociedad, que es algo más complejo y prolongado que la simple maximización del precio de venta en un momento dado. En los comienzos del siglo XXI, el interés público se sitúa inequívocamente en el avance hacia una Sociedad de la Información o, en términos más modestos, en la introducción de los nuevos servicios de telecomunicaciones que la tecnología ha creado y que aumentan la capacidad de elegir de los ciudadanos.

4.2. Otras graves disfunciones del sistema de subastas

— *Tendría que cumplir con el principio de legalidad tributaria, a lo que no se adapta.*

El resultado de la subasta británica muestra que se puede llegar a detraer grandes cantidades de dinero del sector. Mírese por donde se mire, dichas cantidades repercutirán al final sobre el usuario, incluso en el supuesto de quiebra de la empresa que haya pujado demasiado alto para sus recursos: la experiencia de la quiebra de compañías de ferrocarriles en el siglo pasado enseña que el sector y la sociedad en su conjunto son quienes acaban soportándolas. Lo que interesa destacar ahora es que cualquier cantidad de dinero detraída por el poder público de un sector de actividad económica debe ser tratada conforme a los principios de la legalidad tributaria. A partir de la correspondiente decisión parlamentaria, debe saberse cuánto se va a detraer, quiénes y en qué proporción van a pagar, cómo se va a fijar la cantidad que corresponda a cada uno, qué derechos tienen los disconformes con la cantidad que les corresponda, etc. Todo ello es imposible con la técnica en examen.

— *La presunta eficiencia alcativa se convierte en incentivos hacia la externalización de lo invertido en la subasta.*

La gran ventaja económica de la subasta, su eficiencia alcativa, no existe en los casos aquí contemplados. Su fundamento teórico es el siguiente: el mejor postor es quien tiene mayor capacidad de obtener ingresos, por ser más eficiente que sus competidores; por tanto, al adjudicarle la frecuencia en disputa, la adjudicamos al operador más eficiente que es, a su vez, quien realizará una utilización óptima de los recursos recibidos. Pero ya hemos visto que en nuestro caso el uso de las frecuencias está predeterminado y que, en los niveles aquí considerados, surgen elementos irracionales destructores de la linealidad de este argumento. Si a ello le añadimos que lo primero en que pensará el adquiriente será en la externalización de los compromisos adquiridos en la puja, tenemos un cuadro bastante oscuro —para los intereses generales— de la situación a que dan lugar las subastas.

En todos los sectores donde se ha introducido una nueva tecnología se ha repetido el mismo fenómeno: los primeros usuarios tienen que pagarla cara. Aunque el ejemplo de los terminales móviles subvencionados pueda inducir a pensar lo contrario, es lo cierto que la telefonía móvil se ha introducido fijando los precios más altos posible —en tarifas, no en terminales, pero eso es cuestión de marketing— compatibles con la expansión del mercado y la presencia de los competidores (hoy todavía se lucha contra la carestía de las tarifas de móviles).

Es lógico que sea así: las nuevas tecnologías son caras, tardan en abaratare, y las empresas aprovechan el “tirón” que su disponibilidad tiene para determinados segmentos de la población (los que mejor puedan aprovecharse de ellas, los más pudientes, los más inquietos tecnológicamente...).

Pues bien, el alto precio de las licencias recaerá en buena medida sobre los primeros usuarios, puesto que las empresas querrán aligerar cuanto antes la carga que supone y la fijación de precios en los primeros momentos de establecimiento de un servicio nuevo carece de elementos de contraste fiables. Siendo esto así, el “efecto arrastre” de los primeros usuarios se verá frenado y, con él, el nuevo mercado en su conjunto. El Estado será, desde luego, más rico, pero la sociedad

será algo más pobre, al menos en términos de posibilidades reales de utilización de las tecnologías de las que tanto esperamos.

5. Conclusión: es preferible un concurso bien diseñado y rigurosamente ejecutado.

— Para operaciones como la de las licencias UMTS la subasta es contraproducente. Un concurso bien hecho resulta preferible.

A la vista de cuanto antecede, hemos de reconocer que la subasta de licencias tiene un “nicho” administrativo muy reducido. Resulta adecuada para aquellas bandas de frecuencias, con las que el Estado no sepa realmente qué hacer, que sean aptas para la experimentación, y de las que el Estado pueda desentenderse. En tal supuesto, cabe construir derechos de uso exclusivo sobre varios conjuntos de frecuencias, sacarlos al mejor postor, y esperar que la libre iniciativa y la libre transacción sobre estos derechos genere un uso socialmente útil de tales frecuencias. Pero cuando el fin esté predeterminado (como lo está en el caso de las bandas UMTS) y cuando el Poder público no pueda desentenderse de lo que se haga, la pura mentalidad recaudatoria inherente a la subasta genera un conjunto de inconvenientes que, en nuestra opinión, pesan más que sus ventajas.

El concurso también tiene inconvenientes, pero no derivan, como los de la subasta, en contradicciones internas, sino de la técnica de gestión aplicada, que puede y debe perfeccionarse para eliminarlas. Comentaremos algunos de ellas, para finalizar.

— En materias técnicas, los concursos no tienen que ser necesariamente “concursos de belleza”.

La calificación de “*Beauty Contest*” para los concursos de adjudicación de frecuencias resulta claramente despectiva en boca de quienes la utilizan. Viene a decir que todo es subjetivo y que de ahí no se puede salir. Pero, en materias técnicas, eso no es en absoluto cierto. En las empresas de tecnología avanzada (tómese como ejemplo la industria aeronáutica, para no hablar de la electrónica) son absolutamente comunes los concursos con unas especificaciones técnicas muy precisas y nadie piensa que la contratación de un sistema de aviónica civil, del que depende la seguridad de los pasajeros, vaya a resolverse como la elección de “Miss Universo”.

— El “autocompromiso” de lo ofrecido en el concurso es perfectamente exigible.

Hemos dicho que el concurso es eficaz para establecer una relación de tracto sucesivo entre el adjudicatario y la Administración. Una buena parte de esta relación se sostiene sobre el “autocompromiso” que cada concursante pone sobre la mesa al realizar su oferta. Pues bien, aunque se dude de que la “*voluntad política*” de exigir este compromiso sea muy fuerte, no debe dudarse de que la técnica jurídica tiene fórmulas suficientes para hacerlo exigible, incluso en ausencia de la mencionada “voluntad política” (o al menos en ausencia de una fuerte voluntad política en contra de la exigencia). Y no nos referimos a algo tan simple como las clásicas fianzas, sino a instrumentos más sofisticados, como podrían ser los contruidos a partir de unos derechos de interconexión y acceso vinculados al efectivo cumplimiento de los compromisos asumidos u otras

técnicas regulatorias avanzadas (suspensión preventiva del derecho al uso de la numeración, por ejemplo, o de la preasignación de operador, debidamente graduadas). Estos y otros aspectos de la regulación futura de la actividad pueden articularse mejor por la vía del concurso que a través de subastas. Y esto es más importante para la colectividad que la recaudación de grandes cantidades por el Gobierno de turno.

Ni que decirlo tiene, la exigibilidad de las inversiones comprometidas está incluida en ello.

— *El principio de “elección de la medida menos restrictiva” exige limitar las tasas de acceso a las frecuencias.*

Ya lo hemos anticipado, pero permítasenos recordarlo para terminar. Elevar la cantidad recaudada por la concesión de frecuencias puede parecer una política adecuada para el gato convencional, del que —blanco o negro— lo importante es que cace ratones. El pragmatismo es útil a veces, pero suele ser de escasas miras. Si ampliamos el foco veremos que, cuanto más elevada la cantidad recaudada, mayor es el peso del poder público sobre el sector.

No se diga que no se trata de una exigencia del poder público, sino de una conducta asumida voluntariamente por los aspirantes a las frecuencias: ni los operadores británicos podían renunciar a ellas, ni su Gobierno estaba obligado a subastarlas.

Pues bien, esta proyección del poder público sobre las telecomunicaciones móviles de tercera generación infringe a nuestro juicio el principio de elección de la medida menos restrictiva de la libertad individual, principio que, no se olvide, también es aplicable a las empresas. Aunque se trate de una proyección meramente financiera, la existencia de técnicas menos gravosas obliga a justificarla exhaustivamente. Como acaba de acreditarse, la justificación esgrimida tiene graves defectos y deja mucho que desear.

Infringe también —a nuestro juicio— el principio de vinculación de las tasas a los costes y en su espíritu, la obligación establecida por la Unión Europea de no imponer barreras de entrada injustificadas a los operadores de telecomunicaciones, pero ésta es una discusión técnica, de Derecho Tributario y Comunitario, que tendrá que quedar para otra ocasión.

Nota bibliográfica

Este artículo trata de regulación de telecomunicaciones móviles y de licencias de telecomunicaciones. Las opiniones de que partimos en este terreno están a disposición de los interesados en DE LA CUÉTARA, *“Una regulación no intrusiva para las telecomunicaciones móviles”*, Redeti nº 6, oct/99, pgs. 11 y ss., y en un libro sobre *“Autorizaciones y Licencias en Telecomunicaciones”*, de próxima publicación por la editorial Comares, suscrito por DE LA CUÉTARA, ARIÑO (R) y ZAGO. Para el primer tema puede utilizarse también, desde la perspectiva jurídica, TORRES, *“Las comunicaciones móviles y su régimen jurídico”* (Civitas, Madrid 1998) y, para el segundo, los diversos comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (LLANEZA, SOUVIRÓN, MONTERO y BROKELMANN, ARPÓN DE MENDIVIL, GARCÍA DE ENTERRÍA y DE LA QUADRA-SALCEDO...), en lo que se refiere a los tres primeros capítulos de su título II, esto es, a títulos habilitantes. Los dos libros dirigidos por Javier Cremades (*“Derecho de*

Telecomunicaciones” y *“Liberalización de las telecomunicaciones”*), ambos publicados por La Ley en 1997 y 1999 respectivamente, sirven para proporcionar un adecuado contexto a la materia aquí tratada.

Por lo que hace a algunos temas concretos de especial interés, puede apuntarse lo siguiente:

— El “derecho a la migración tecnológica” está considerado en DE LA CUÉTARA, *“Una regulación no intrusiva para las telecomunicaciones móviles”*, cit.

— El régimen general de las distintas modalidades recaudatorias relativas a los servicios y bienes públicos tiene un buen tratamiento actualizado en VILLAR ROJAS, *“Tarifas, tasas, peajes, y precios administrativos”* Comares, Granada 2000, libro que incorpora una amplia relación de la bibliografía española en la materia.

— La teoría general de las autorizaciones de policía y de ocupación del dominio público puede encontrarse en los manuales y tratados de Derecho Administrativo al uso. El entendimiento de uno de los coautores de estas materias está reflejado en DE LA CUÉTARA, *“La Actividad de la Administración”*, Tecnos, Madrid 1983.

— La teoría general de las privatizaciones y enajenación de bienes públicos ha sido desarrollada recientemente por otro de los coautores en: ARIÑO (G) y otros, *“Principios de Derecho Público Económico”*, Comares, Granada 1999.

— Para una aproximación técnica a las frecuencias radioeléctricas y, en general, a las telecomunicaciones móviles, puede utilizarse AA.VV., *“Telecomunicaciones móviles”*, Marcombo Boixareu eds., 2ª ed., Barcelona 1998.

Por lo demás, en las publicaciones periódicas españolas, tanto jurídicas (REDETI: es la *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red* de la Editorial Montecorvo) como las técnicas (BIT: es la *Revista del Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicación*), pueden encontrarse informaciones complementarias de interés. Sirva de muestra el artículo de CASTEJÓN MARTÍN y FERNÁNDEZ LORY *“La subasta del espectro radioeléctrico y otros procedimientos de adjudicación”*, aparecido en uno de los últimos números de BIT, el 119, que está disponible en Internet: (<http://www.iies.es/teleco/bit/bit199/sumario.html>).