

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS TELECOMUNICACIONES: DEL SERVICIO PÚBLICO Y LA GESTIÓN EN MONOPOLIO AL SERVICIO DE INTERÉS GENERAL PRESTADO EN RÉGIMEN DE COMPETENCIA

Carmen CHINCHILLA MARÍN¹

SUMARIO: I. Introducción; II. Ámbito de aplicación de la Ley General de Telecomunicaciones: un cambio de denominación y una significativa exclusión; III. El objeto de regulación de la Ley y el régimen jurídico al que queda sometido.

I. INTRODUCCIÓN

A finales de 2003, se ha aprobado en España la nueva Ley General de Telecomunicaciones (Ley 32/2003, de 3 de noviembre, en adelante LGTEL) que entró en vigor al día siguiente de su publicación en el *BOE* (4 de noviembre de 2003).

Con esta Ley, nuestro país cumple, aunque fuera de plazo, pues tendría que haberlo hecho en julio de 2003, con la obligación de incorporar una serie de directivas comunitarias que la Unión Europea había aprobado en la primavera-verano del 2002 y con las que establecía un nuevo marco regulador de este importante sector económico y social que son las telecomunicaciones.

Se trata del denominado “paquete Telecom”, integrado por las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo: 2002/21/CE, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas; 2002/20/CE, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas; 2002/22/CE, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de co-

¹ Catedrática de Derecho administrativo de la UCLM.

municaciones electrónicas; 2002/19/CE, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas; 2002/58/CE, relativa al tratamiento de datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas; 2002/77/CE, relativa a la competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y la Decisión 676/2002/CE del Parlamento y del Consejo sobre un marco regulador de la política de espectro radioeléctrico en la Comunidad Europea.

La Ley, además de derogar cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en ella, deroga expresamente, de forma total o parcial, siete normas con rango de Ley que habían sido aprobadas entre 1995 y 2000, lo cual pone de relieve que en los últimos años hemos asistido a un auténtico aluvión de normas que han ido regulando un sector que, quizás en mayor medida que ningún otro, vive sujeto al trepidante ritmo de los cambios tecnológicos, económicos y sociales. En pocos sectores como en el de las telecomunicaciones se hace tan visible el cambio que nuestra vida cotidiana ha experimentado en los últimos años. Dos “inventos”, relativamente recientes, como son la telefonía móvil e internet, han cambiado literalmente nuestros hábitos de trabajo, de ocio y de comunicación personal. En relativamente poco tiempo, hemos pasado de comunicarnos exclusivamente por telefonía fija, suministrada por un único operador —que, en Europa, solía ser un operador público al que, incluso, había que comprar, en exclusiva, los terminales—, a tener al alcance de todos la telefonía móvil e Internet y a poder elegir entre diversos operadores que, obligados por la competencia, se han visto y se ven obligados a ofrecer mejores precios y mejores servicios.

Esta transformación, o más bien auténtica revolución social y cultural, lógicamente ha tenido un soporte jurídico: un régimen jurídico que, por decirlo gráficamente, ha pasado de estar construido sobre el concepto del servicio público y el monopolio de gestión a la noción de servicio de interés público prestado en régimen de competencia. Por decirlo de forma resumida: partiendo del régimen del servicio público y del monopolio, se empezó a abrir la competencia en el mercado de los terminales; a continuación se dio paso a un segundo operador de telefonía móvil y fija; después, y ese obviamente, fue el salto cualitativo, se “liberalizó” totalmente la actividad, en el sentido de que se sometió a la obtención de licencias y autorizaciones que, salvo en el caso de que tuvieran limitación de número, debido a la escasez del espectro, se otorgaban de forma reglada; y finalmente se ha ter-

minado ahora, con la nueva Ley, por configurar el ejercicio de esta actividad sobre el principio de intervención mínima, abandonando la exigencia de la obtención previa de títulos habilitantes, de tal manera que, en la actualidad, con la nueva Ley basta con comunicar a la Administración —más exactamente a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, que es el ente regulador— que se va a desarrollar una actividad de telecomunicaciones (establecimiento y explotación de redes y/o prestación de servicios) para poder iniciar el desarrollo de la misma.

Este es, por el momento, el último episodio de la reciente historia normativa de las telecomunicaciones en España; una historia caracterizada, pues, por el avance constante hacia la liberalización de la prestación de servicios e instalación de redes, y por la necesidad de establecer una competencia efectiva en un sector en el que, como en todos los que descansan en redes, la competencia está llamada a ser limitada; por ello, es necesario hacer un gran esfuerzo para conseguir que frente a los antiguos operadores monopolistas puedan aparecer y, lo que es más importante, permanecer y ser viables otros operadores de telecomunicaciones.

Se ha dicho con razón (T. De la Quadra Salcedo) que éste es un sector donde a la competencia hay que ayudarla a nacer con fórceps y, posteriormente, a caminar con muletas. Es éste, como ha dicho el mismo autor, un “mercado de laboratorio”. Los fórceps, las muletas y los tubos de ensayo de ese laboratorio son las normas jurídicas y el aparato administrativo e institucional que las sucesivas normas sobre telecomunicaciones han ido creando a lo largo de estos últimos quince años. Veamos cómo son hoy esas normas y cuál es el modelo que la Unión Europea ha elegido para regular este sector; y veámoslo a través de la Ley 32/2003, que es la que en España ha traspuesto las directivas comunitarias.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY GENERAL DE TELECOMUNICACIONES: UN CAMBIO DE DENOMINACIÓN Y UNA SIGNIFICATIVA EXCLUSIÓN

Las directivas comunitarias de 2002 introdujeron un cambio de denominación en el sector, sustituyendo el término “telecomunicaciones” por el de “comunicaciones electrónicas”.² El legislador español ha optado, no obstante, por mantener el término tradicional en la rúbrica de la Ley por considerar —así se dice en la Exposición de Motivos— que el concepto “telecomunicaciones” es más amplio que el de “comunicaciones electrónicas” y que las directivas no regulan ciertos aspectos pertenecientes a las telecomunicaciones que, sin embargo, la ley española sí regula, como es el caso del régimen de evaluación de conformidad y puesta en el mercado de los aparatos de telecomunicaciones.

Lo verdaderamente importante, no obstante, es el ámbito de aplicación de la Ley porque, en definitiva, al decir qué actividades están reguladas por esta Ley y cuáles no, se está diciendo qué modalidades del amplio sector de las telecomunicaciones están “liberalizadas” y cuáles no, esto es, qué servicios de telecomunicaciones se consideran servicios de interés general prestados en competencia y cuáles se encuentran regulados todavía bajo el régimen del servicio público y de la concesión administrativa.

Hay que tener en cuenta que, de acuerdo con el Anexo de la LGTEL, telecomunicaciones es un término amplio que comprende: “Toda transmisión, emisión, o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza por hilo, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos”.

Así, pues, dentro del género de telecomunicaciones, y como una especie del mismo, se encuentran la radio y la televisión. Sin embargo, la radio y la televisión quedan al margen de esta Ley porque están legalmente configuradas como un servicio público y, por tanto, su ejercicio por parte de suje-

² Según el Anexo de Definiciones de la Ley, “Red de comunicaciones electrónicas” significa “los sistemas de transmisión y, cuando proceda, los equipos de conmutación o encañamiento y demás recursos que permitan el transporte de señales mediante cables, ondas hertzianas, medios ópticos y otros medios electromagnéticos con inclusión de las redes de satélites, redes terrestres fijas (de conmutación de circuitos de paquetes, incluida Internet) y móviles, sistemas de tendido eléctrico, en la medida en que se utilicen para la transmisión de señales, redes utilizadas para la radiodifusión sonora y televisiva y redes de televisión por cable, con independencia del tipo de información transportada”.

tos privados se conceptúa, jurídicamente, como la prestación de un servicio público a través de una de las modalidades de gestión privada cual es la concesión administrativa.

La regulación actual de la radio y la televisión en España se asienta sobre una vieja ley —la Ley 4/1980, reguladora del Estatuto de la Radio y la Televisión— que declara estas actividades como servicios públicos esenciales de titularidad del Estado sujetos a concesión. A esa Ley se han ido sumando otras que, sobre la base del régimen de gestión mixta —coexistencia de emisoras y canales públicos y privados— para cada tipo de medio de comunicación —radio y televisión— y según la tecnología empleada (analógica, digital, ondas, cables, satélite...) y el ámbito de cobertura de sus emisiones (internacional, nacional, autonómico, local), ha ido estableciendo un régimen jurídico distinto para cada uno de ellos (tipo de título habilitante —autorización o concesión—; número de concesionarios, transmisibilidad de los títulos; régimen de prórrogas; normas de concentración, publicidad electoral, etcétera).

De acuerdo con ello, el artículo 1o. de la LGTEL declara expresamente que quedan excluidos de su ámbito de aplicación y que no son, pues, objeto de su regulación, los medios de comunicación social y los contenidos de carácter audiovisual transmitidos a través de las redes. Asimismo dice que se excluyen de la Ley los servicios que suministren contenidos transmitidos mediante redes y servicios de comunicaciones electrónicas, las actividades que consistan en el ejercicio del control editorial sobre dichos contenidos y los denominados “servicios de la sociedad de la información”. Es decir, la Ley regula las redes y los servicios de telecomunicaciones, pero no los contenidos que puedan darse a través de unas y otros, todo ello sin perjuicio de que en algunas de sus disposiciones adicionales haya abordado la reforma de algunos aspectos concretos de la televisión o de los contenidos de Internet.

III. EL OBJETO DE REGULACIÓN DE LA LEY Y EL RÉGIMEN JURÍDICO AL QUE QUEDA SOMETIDO

Lo que regula la LGTEL son tres cosas, íntimamente relacionadas, o, si queremos, los tres elementos inseparables de esta actividad: 1) el establecimiento y la explotación de la redes de telecomunicaciones; 2) la prestación

de los servicios de comunicaciones electrónicas; y 3) los recursos asociados.³

El artículo 2o. define, de forma esquemática, los rasgos esenciales de la regulación de las telecomunicaciones diciendo que, 1) las telecomunicaciones, concepto que incluye a las redes y a los servicios, son servicios de interés general prestados en régimen de libre competencia; 2) que sólo tienen la consideración de servicio público los regulados en el artículo 4o. (servicios de telecomunicaciones para la defensa nacional y la protección civil); y 3) que a los operadores se les puede imponer obligaciones de servicio público, lo que significa que, aunque sean actividades regidas por el principio de libertad de empresa, debido a que con ellas se presta un servicio de interés general al público, a los operadores se les puede exigir determinadas prestaciones, incluso, sin contraprestación económica por parte de los usuarios.

1. El régimen de libre competencia: la desaparición de los títulos habilitantes

La principal novedad de la Ley, sin duda, es que han desaparecido las autorizaciones y licencias que era necesario obtener, según el tipo de actividad o de red, con carácter previo a la instalación y explotación de la red o a la prestación del servicio. A partir de esta Ley, únicamente será requisito previo la notificación a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para iniciar la prestación del servicio.

Resulta sorprendente el cambio que se ha operado, pues hemos pasado de un complicado sistema de títulos habilitantes que distinguía entre Autorizaciones generales y licencias individuales y, a su vez, dentro de las Autorizaciones las A, B y C, y dentro de las licencias, las A, B y C, que, a su vez, se dividían en licencias B1 y B2 y C1 y C2, esto es, de ocho tipos de títulos, cada uno con su régimen jurídico, con sus condiciones, y con sus derechos y obligaciones, a un sistema que, para poder explotar redes o prestar servicios de telecomunicaciones, solamente exige realizar una notificación a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

³ Según el Anexo de Definiciones de la Ley, “Recursos asociados” son “aquellos sistemas, dispositivos y otros recursos asociados con una red de comunicaciones electrónicas o con un servicio de comunicaciones electrónicas que permitan o apoyen la prestación de servicios a través de dicha red o servicio; incluyen los sistemas de acceso condicional y las guías electrónicas de programas”.

En efecto, según el artículo 6o. de la nueva Ley, las personas físicas o jurídicas nacionales de un Estado miembro de la UE o con otra nacionalidad, si así está previsto en los acuerdos internacionales que vinculen al Reino de España, “...deberán, con anterioridad al inicio de la actividad, notificarlo fehacientemente a la CMT en los términos que se determinen mediante Real Decreto, sometiéndose a las condiciones previstas para el ejercicio de la actividad que pretendan realizar”.

La Ley establece, incluso, una excepción a esta exigencia de notificación previa: “Quedan exentos de estas obligaciones quienes exploten redes y presten servicios de comunicaciones en régimen de autoprestación”.

El artículo 6.3 establece: “Cuando la CMT constate que la notificación no reúne los requisitos establecidos en el apartado anterior, dictará resolución motivada en un plazo máximo de 15 días, no teniendo por realizada aquélla”.

Así, pues, en el nuevo régimen que la Ley 32/2003 implanta, la intervención administrativa sigue existiendo pero la administración, que además es una de las llamadas administraciones independientes —la CMT—, no autoriza sino que se limita a constatar que la comunicación del interesado cumple con todos los requisitos.

La Ley otorga a la CMT un plazo de 15 días para realizar este examen, estableciendo que si constata que nos lo cumple, debe dictar una resolución motivada y, en tal caso, se tendrá por no realizada la notificación. Si, por el contrario, la CMT estima que el operador reúne todos los requisitos exigidos, no dictará resolución alguna y ese “silencio” implica que el operador puede iniciar el ejercicio de la actividad comunicada. La CMT, por su parte, deberá, además, inscribirlo en el Registro de Operadores.

Respecto de la regulación descrita cabe plantear dos cuestiones:

1. La Ley dice “cuando la CMT constate que la notificación no reúne los requisitos establecidos en el apartado anterior”, y la pregunta que hay que hacerse es ¿cuáles son esos requisitos? En ese párrafo anterior al que se remite el precepto —el artículo 6.2— sólo se habla de que la notificación se haga de manera “fehaciente” y “sometiéndose a las condiciones previstas para el ejercicio de la actividad que pretendan realizar”. La cuestión es que, aparte de las genéricas establecidas en la Ley, relativas a la capacidad jurídica y poco más, esas condiciones serán las que se establezcan en los reglamentos que desarrollen la Ley que, en estos momentos, están en tramitación.

2. El segundo problema es que la Ley dice que si la CMT constata que el operador no cumple los requisitos, en quince días dictará resolución “no teniendo por realizada” la notificación. ¿Por qué emplea la Ley esa fórmula? Yo entiendo que, aparte de la necesaria coherencia con el régimen establecido (si no hay solicitud, no puede haber, en sentido estricto, estimación o desestimación de nada, hasta el punto que, en sentido estricto, quizás no pueda hablarse, ni siquiera, de comunicación con reserva de oposición), la razón puede ser de tipo práctica y en beneficio de los operadores, en el sentido de que se trataría de no obligarles a recurrir dicha resolución evitando con ello la posible aplicación de la teoría del acto firme y consentido. En otras palabras, en lugar de recurrir, posibilidad que, sin duda, la Ley no excluye y, por tanto, si quiere, el operador podrá hacerlo, bastará reiterar la notificación subsanando los defectos o cumpliendo las condiciones que, según la CMT, no cumplía el operador y que la resolución deberá concretar.

La Ley declara en su Exposición de Motivos que ha reforzado el régimen sancionador (tipifica hasta cincuenta ilícitos administrativos, además del genérico de cualquier incumplimiento de las obligaciones impuestas a los operadores “previstas en la Ley”, clasificados en muy graves, graves y leves),

como necesario contrapunto a una mayor simplificación en las condiciones para obtener la habilitación para prestar servicios. Con ello el control *ex ante* que suponía la obtención de una autorización individualizada para cada operador... viene a ser sustituido por un *ex post*, mediante la posibilidad de obtener información de los operadores, de imponer medidas cautelares en el procedimiento sancionador o de inhabilitar a las empresas que cometan infracciones muy graves.

Pese a esta declaración, en mi opinión, no existen grandes diferencias entre el régimen anterior y el vigente, ni en lo que a tipificaciones respecta, ni tampoco en el régimen de medidas cautelares. Incluso, llama la atención el mimetismo con que la Ley ha tipificado la primera y, en principio, más grave de las infracciones muy graves. Basta comparar el artículo 79.1 de la vieja Ley con el 53. a) de la nueva: son idénticos. Los dos tipifican como infracción muy grave la realización de actividades sin título habilitante, y

ello a pesar de que en la nueva Ley esos títulos habilitantes ya no existen, han desaparecido, como literalmente dice la exposición de motivos.

2. *Obligaciones de los operadores*

Al igual que ya estableciera la anterior Ley, las telecomunicaciones dejan de ser consideradas legalmente como un servicio público, sujeto a concesión, para pasar a ser calificadas como servicios de interés general prestados en régimen de competencia.

El hecho de que sean consideradas como servicios de interés general prestados en régimen de competencia tiene importantes consecuencias jurídicas que se resumen en el hecho de que los operadores de telecomunicaciones tienen *obligaciones* (“obligaciones de servicio público y obligaciones de carácter público” las denomina la Ley) y *derechos*. La imposición de aquéllas y el reconocimiento de éstos responden a la doble necesidad de garantizar la prestación de ciertos servicios a todos los ciudadanos, por un lado, y de garantizar la competencia entre operadores, de otro.

A. *La interconexión y el acceso a redes*

Con carácter previo al estudio de las obligaciones y los derechos de los operadores que explotan redes o/y prestan servicios de telecomunicaciones, debemos analizar una categoría que tiene la doble naturaleza de derecho y obligación, la doble faz de ser, al mismo tiempo, un derecho y también una obligación: la interconexión y el acceso a las redes.

En un régimen de competencia, en el que existen diversos operadores y los usuarios tienen el derecho de elegir qué operador va a suministrarle los servicios de telecomunicaciones, hay que hacer viable la conexión entre las distintas redes o, incluso, si unos operadores no tienen red y no quieren establecerla, el acceso a las redes de otros operadores. Esto es, hay que hacer técnicamente posible la interoperabilidad entre las redes y los operadores para que los usuarios podamos iniciar nuestra llamada en un teléfono móvil o fijo con un operador y pueda ser recibida en otro terminal móvil o fijo que puede estar suministrado por otro operador, o para que podamos seguir usando el mismo número de teléfono aunque nos cambiemos de operador (portabilidad del número). Esto, que en definitiva es una cuestión técnica, tiene que regularse para que esa interoperabilidad sea jurídicamente posible en términos que garanticen la libre competencia y por eso la Ley viene a

decir que los operadores tienen el derecho a interconectar sus redes. Así lo enuncia el artículo 11.2:

Los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas tendrán el derecho y, cuando se solicite por otros operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas, la obligación de negociar la interconexión mutua con el fin de prestar servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, con el objeto de garantizar así la prestación de servicios y su interoperabilidad.

¿Cómo se hace efectivo este derecho? La Ley dice que cuando un operador solicita a otro la interconexión, este otro tiene la obligación de “negociar” la interconexión mutua. Esto es, la Ley impone una obligación de resultado a sujetos privados: hay que negociar para llegar a un acuerdo —un contrato— en el que se fijen los términos que hagan posible la interconexión. Es decir, no basta con negociar, hay que llegar a un acuerdo que permita la interconexión, porque, a pesar del tenor literal de la Ley, lo que se reconoce no es el derecho a obligar a negociar, sino el derecho a alcanzar, a través de esa negociación, la interconexión y acceso a las redes.

Por eso, la Ley regula la intervención de la CMT para que imponga, si no se alcanza un acuerdo, la interconexión entre operadores. Así, el artículo 11.4 dispone:

La CMT podrá intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3o. Asimismo, el Ministerio de Ciencia y Tecnología podrá actuar, en el ámbito de sus competencias, para conseguir los citados objetivos.

Esto significa que si las operadores no alcanzan un acuerdo, la CMT o, en su caso, el Ministerio, pueden imponer a los operadores las *obligaciones* y *condiciones* (físicas, precios, ubicación, etcétera) en que haya de realizarse la interconexión, y cabría pensar, aunque la Ley no lo dice, a diferencia de la anterior que sí lo decía (artículo 22.2), que alcanzado un acuerdo y firmado un contrato, la CMT, o el Ministerio, podría obligarles a modificar las condiciones.

Sobre las condiciones de interconexión y acceso a redes, la Ley contiene las siguientes previsiones que completan la regulación que se acaba de exponer:

- Las obligaciones y condiciones que se impongan tienen que ser objetivas, transparentes, proporcionadas y no discriminatorias.
- La CMT puede imponer obligaciones especiales en esta materia a los operadores que, de acuerdo con la Ley, y con el desarrollo reglamentario que se haga de la misma, hayan sido declarados operadores con poder significativo de mercado.

A este propósito, hay que decir que una de las novedades de esta Ley ha sido cambiar la denominación y el concepto de “operador dominante”. En la Ley anterior, el “operador dominante” era el que alcanzaba determinada cuota de mercado, concretamente, una cuota de mercado superior al 25% de los ingresos brutos globales generados por la utilización de las redes o por la prestación de los servicios. La nueva LGTEL habla de *operador con poder significativo en el mercado*, que es un concepto material que descansa en la fuerza real, con independencia de la cuota de mercado que alcance, que tiene un operador en el mercado.⁴

El sistema para designar operadores con poder significativo es complejo y consiste, básicamente, en que la CMT, teniendo en cuenta las directrices de la Comisión Europea, define, publicándolo en el *BOE*, los mercados de referencia relativos a redes y servicios de comunicaciones electrónicas. Cada dos años, como mínimo, la CMT, previo informe del Servicio de Defensa de la Competencia, tiene que realizar un análisis de los citados mercados con el fin de determinar si los distintos mercados de referencia se desarrollan en un entorno de competencia efectiva. En caso contrario, la CMT identificará y hará públicos el operador u operadores que poseen un poder significativo en cada mercado considerado.

A los operadores que hayan sido designados con peso significativo en el mercado, la CMT, previa audiencia de los interesados, podrá imponerle

⁴ Según el Anexo de Definiciones de la Ley, “Operador con poder significativo en el mercado” es el “operador que, individual o conjuntamente con otros, disfruta de una posición equivalente a una posición dominante, esto es, una posición de fuerza económica que permite que su comportamiento sea, en medida apreciable, independiente de los competidores, los clientes y, en última instancia, los consumidores que sean personas físicas”.

una serie de obligaciones relativas a la interconexión que se enumeran en el artículo 13 y que son las siguientes:

- Transparencia: obligación de que hagan pública determinada información sobre su contabilidad, especificaciones técnicas, características de redes, condiciones de suministro y utilización, y precios.
- No discriminación: que el operador aplique condiciones equivalentes en circunstancias semejantes a otros operadores que presten servicios equivalentes y proporcione a terceros servicios e información de la misma calidad que los que proporcione para sus propios servicios o los de sus filiales o asociados y en las mismas condiciones.
- Separación de cuentas.
- Acceso a recursos específicos de las redes y su utilización.
- Control de precios.
- Cláusula abierta: en circunstancias excepcionales y debidamente justificadas, previo un mecanismo de consulta, la CMT podrá imponer obligaciones relativas al acceso o a la intervención que no se limiten a las materias enumeradas en el apartado anterior, así como a operadores que no hayan sido declarados con poder significativo en el mercado.

B. *Obligaciones de servicio público y obligaciones de carácter público*

Las obligaciones a que se refiere la LGTEL bajo con esta expresión se refieren a las prestaciones que los operadores de telecomunicaciones tienen que garantizar a los usuarios de estos servicios.

La Ley distingue dos categorías: obligaciones de servicios público y obligaciones de carácter público.

Respecto de las primeras (artículo 20.1), establece la Ley que

tienen por objeto garantizar la existencia de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, de adecuada calidad en todo el territorio nacional a través de una competencia y una libertad de elección reales, y tratar las circunstancias en que las necesidades de los usuarios finales no se vean atendidas de manera satisfactoria por el mercado.

Las características que definen a este tipo de obligaciones son las siguientes:

- Todos los operadores están sujetos a ellas.
- El control del cumplimiento de estas obligaciones está atribuido a la CMT o al Ministerio, según se trate del servicio universal o de las otras obligaciones de servicio público.
- Su imposición se rige por estos principios:
 - no imposición de cargas excesivas que afecten al acceso al mercado;
 - objetividad y transparencia en los métodos de designación;
 - no discriminación entre los distintos operadores;
 - neutralidad económica y tecnológica de las obligaciones impuestas y de la financiación, y
 - prioridad de las opciones que supongan un menor coste para el sector.

Dentro de la categoría “obligaciones de servicio público”, la Ley distingue entre el servicio universal y otras obligaciones de servicio público. Sin duda, las de mayor importancia y más acabada definición en la Ley son las obligaciones que integran el denominado “servicio universal de telecomunicaciones”.

a. El servicio universal

En los artículos 22, 23 y 24 de la Ley se contiene la regulación del servicio universal, si bien debe advertirse que dicha regulación será objeto de desarrollo reglamentario y que, mientras se aprueba el correspondiente reglamento, continuarán en vigor y serán de aplicación las disposiciones que hasta ahora lo han regulado.

Según la definición dada por la LGTEL, el servicio universal “es el conjunto definido de servicios cuya prestación se garantiza para todos los usuarios finales con independencia de su localización geográfica, con una calidad determinada y a un precio asequible”.

La propia Ley define cuáles son, en concreto, los elementos o prestaciones que integran ese “conjunto definido de servicios” que es el servicio universal:

- Proporcionar a todos los usuarios finales una conexión a la red telefónica pública desde una ubicación fija, siempre que sus solicitudes se consideren razonables en los términos que reglamentariamente se establezcan, y garantizarles, en los mismos términos, el acceso a la prestación del servicio telefónico que permita hacer y recibir llama-

das telefónicas, comunicaciones de fax y datos a velocidad suficiente para acceder de forma funcional a Internet.

- Puesta a disposición de todos los abonados de una guía general y actualizada de números de abonados, ya sea impresa o electrónica, o ambas, así como un servicio de información general sobre números abonados. En relación con este servicio, la Ley establece que todos los abonados al servicio telefónico tienen el derecho a figurar en la guía y también el derecho a no figurar, si así lo desean.
- Que exista una oferta suficiente de teléfonos públicos de pago (cabinas telefónicas).
- Acceso de los usuarios con discapacidades al servicio telefónico fijo y a los demás elementos del servicio universal en condiciones equiparables a las que se ofrecen al resto de los usuarios.
- Cuando así se establezca reglamentariamente, que las personas con necesidades sociales especiales dispongan de opciones o paquetes de tarifas que les permitan acceder al servicio telefónico fijo.

Finalmente, y puesto que el concepto de servicio universal es cambiante y evolutivo, se prevé que el gobierno pueda revisar el alcance de las obligaciones de servicio público.

Si, como ha quedado dicho, estas prestaciones han de garantizarse a todos los ciudadanos, a una calidad determinada, a un precio asequible e, incluso, a veces gratuitamente, y todo ello con independencia de su localización geográfica, es muy importante determinar quién está obligado a prestar el servicio universal.

A este respecto, lo primero que debe señalarse es que el mecanismo de designación que establece la Ley opera de forma subsidiaria, esto es, sólo para el caso de que las distintas prestaciones que integran el servicio universal no se estén realizando en el mercado a precios asequibles y con un mínimo predeterminado de calidad. En segundo lugar, hay que destacar que la Ley prevé la posibilidad de que se produzca una fragmentación entre los distintos servicios incluidos en el servicio universal, fragmentación que puede tener, igualmente, una dimensión geográfica. Esto significa que distintos operadores pueden ser designados para prestar distintos elementos del servicio universal en una misma zona, que puede coincidir o no con todo el territorio nacional, y que distintos operadores pueden prestar la totalidad del servicio universal en distintas partes del territorio.

En cuanto al sistema de designación previsto en la Ley puede resumirse en los siguientes términos: se hace una consulta pública para determinar si hay interesados en prestar el servicio universal. Si hay un operador interesado en la prestación del servicio universal en una zona geográfica determinada, con carácter exclusivo o en competencia con otros, se llevará a cabo una licitación pública. Si no los hay, entonces la CMT podrá designar a uno o más operadores con poder significativo en el mercado en una zona determinada, de tal manera que quede garantizada la prestación del servicio en todo el territorio nacional, para lo cual podrá designar operadores diferentes para la prestación de diversos elementos del servicio universal y abarcar distintas zonas del territorio nacional.

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que este sistema de designación que, en términos muy similares, contemplaba ya la anterior LGTEL, no ha sido puesto en práctica todavía, ya que la anterior Ley dispuso que Telefónica sería el operador designado para prestar el servicio universal en todo el territorio nacional hasta el 2005. Por su parte, la nueva Ley (disposición transitoria segunda) dispone que, hasta que se apruebe el nuevo Reglamento del servicio universal, la prestación de este servicio seguirá correspondiendo a Telefónica.

La prestación del servicio universal plantea el problema de su financiación. No hay que olvidar que la imposición de obligaciones de servicio público sólo debe producirse cuando el mercado no asegure eficazmente la prestación de estos servicios a todos los ciudadanos en determinadas condiciones de calidad y precio. Si el mercado no las asegura y uno o varios operadores resultan obligados a hacerlo ¿tienen, además, que correr con la carga que ello implica, puesto que se parte de que no son rentables? La Ley establece un mecanismo de financiación que intenta conseguir el difícil equilibrio entre la garantía de la prestación del servicio universal y la neutralidad respecto del libre desenvolvimiento del mercado.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 24 de la Ley, si la prestación supone para el operador que la realiza un coste neto y una desventaja competitiva, entonces deberá ser compensado por ello.

El coste neto se define como la diferencia entre el ahorro que obtendría un operador eficiente si no prestara el servicio universal y los ingresos directos e indirectos que le produce la prestación, incrementando estos últimos con los beneficios no monetarios derivados de las ventajas inmateriales obtenidas por él con tal motivo (mayor reconocimiento de la marca en

el mercado; ventajas derivadas de la ubicuidad; valoración de los clientes o grupos de clientes teniendo en cuenta su ciclo de vida; ventajas que implica el tener acceso a todo tipo de datos sobre el servicio telefónico).

El cálculo del coste neto corresponde a todos los operadores que prestan servicio universal, los cuales tienen la obligación legal de presentar a la CMT la declaración del coste neto siguiendo las instrucciones que al respecto establezca el organismo regulador.

La CMT analiza las declaraciones presentadas por los operadores y determina si ese coste, derivado de la obligación de prestar el servicio universal, supone una carga injustificada para el operador. En tal caso, la financiación tiene que ser compartida por todos los operadores de redes y servicios mediante aportaciones al Fondo Nacional de Financiación del Servicio universal, gestionado por la CMT.

b. Otras obligaciones de servicio público

Como quedó dicho al inicio de este epígrafe, junto al servicio universal, el gobierno puede imponer a los operadores “otras obligaciones de servicio público”. La Ley (artículo 25), con la excepción que luego se indicará, no define en concreto de qué obligaciones se trata, sino que se limita a establecer las condiciones y requisitos que permiten su imposición, remitiendo al Reglamento la regulación de los aspectos relativos a la designación del operador obligado, a la financiación, etcétera. Así, establece que dichas obligaciones deben estar justificadas por necesidades de defensa nacional o seguridad pública y protección civil o también —previo informe de la CMT— por razones de cohesión territorial, extensión de nuevos servicios y tecnologías a la sanidad, educación, acción social y cultura o razones de facilitar la comunicación entre determinados colectivos insuficientemente atendidos.

La única obligación de servicio público concreta que se establece desde Ley es la de encaminar las llamadas a los servicios de emergencia (al número 112 y a otros servicios que se determinen reglamentariamente), obligación que se impone a todos los operadores, sin contraprestación económica. Asimismo, reglamentariamente se establecerán las condiciones para que, en la medida en que técnicamente sea viable, los operadores pongan a disposición de las autoridades receptoras de estas llamadas la información relativa a la ubicación de su procedencia.

Además de las obligaciones de servicio público, los operadores tienen que cumplir una serie de obligaciones que la Ley agrupa bajo la denominación común “obligaciones de carácter público vinculados con las redes y servicios de comunicaciones electrónicas”, que no tienen contraprestación económica, y que están relacionadas con el secreto de las comunicaciones y la obligación de interceptación legal; la protección de datos de carácter personal; aspectos específicos de los derechos de los consumidores y usuarios; obligaciones de información; encaminamiento y localización de llamadas dirigidas a los servicios de emergencia y las obligaciones de calidad.

3. Derechos de los operadores: el derecho a la ocupación del dominio público y la propiedad privada necesaria para el establecimiento de redes públicas de telecomunicaciones

En los artículos 26 a 32, la Ley regula el derecho de los operadores a la ocupación de la propiedad privada y pública necesaria para el establecimiento de sus redes. ¿Por qué se reconoce a unos empresarios privados que realizan una actividad lucrativa el derecho a usar y, en su caso, a imponer, coactivamente, el uso, y hasta la privación, de la propiedad de otras personas privadas o, incluso, de los entes públicos? En mi opinión la respuesta a la cuestión planteada es que estos empresarios realizan una actividad que, por su relevancia social, está calificada y configurada jurídicamente como servicio de interés general. A este respecto debe recordarse que, de acuerdo con la Constitución española (artículo 33.3), la privación forzosa de los bienes y derechos exige, además de una indemnización y un procedimiento administrativo, una causa de utilidad pública (obras públicas y servicios públicos) o de interés social (cualquier forma de interés prevalente al individual del propietario distinto del supuesto anterior) que lo justifique.

Este derecho, idéntico y equivalente al que se ha reconocido tradicionalmente al concesionario (servicios públicos, concesiones mineras, etcétera), ya estaba atribuido a los operadores de telecomunicaciones en la Ley anterior, y si bien es cierto que no planteó problemas respecto de la ocupación de la propiedad privada (entre otras cosas, porque lo normal es que se alcancen acuerdos entre los particulares sin necesidad de acudir a procedimientos expropiatorios), fueron muchos los problemas que plantearon las administraciones públicas, especialmente las locales, titulares del dominio público, que se opusieron o dificultaron el ejercicio de este derecho y, por

consiguiente, el establecimiento de redes de telecomunicaciones y, en último término, la prestación de los servicios. Éste era, pues, un punto crucial en la nueva regulación.

Los aspectos más relevantes de la regulación del derecho de los operadores a ocupar la propiedad pública o privada para el establecimiento de sus bienes pueden quedar resumidos en los términos siguientes:

- Se ha incluido entre los objetivos y principios de la Ley (artículo 3.d) el de “hacer posible el acceso a los derechos de ocupación de la propiedad pública y privada”.
- Se han establecido dos exigencias en materia de planificación urbanística: las administraciones competentes para la redacción de los instrumentos de planificación territorial o urbanística, deberán recabar de la administración del Estado (Ministerio de Ciencia y Tecnología) informe sobre las necesidades de redes públicas de telecomunicaciones en el ámbito territorial al que se refieran; y los instrumentos de planificación deberán recoger las necesidades de redes públicas contenidas en esos informes, garantizando la no discriminación entre los operadores y el mantenimiento de condiciones de competencia efectiva en el sector.
- Por lo que respecta al régimen jurídico aplicable al derecho a la ocupación del dominio público y de la propiedad privada, se dice que se regula no sólo por la LGTEL, sino también por la legislación específica sobre dominio público y, en particular, por la dictada por su titular para la protección y gestión del mismo (por ejemplo, ordenanzas municipales que regulan las obras y canalizaciones en las vías públicas). Asimismo, se establece que será igualmente de aplicación la normativa específica que dicten las administraciones competentes en materia de medio ambiente, salud pública, seguridad pública, defensa nacional, ordenación urbana y territorial y tributación por ocupación del dominio público (por ejemplo las normas dictadas por las comunidades autónomas y las entidades locales en defensa del medio ambiente y la protección frente a la contaminación radioeléctrica).

La Ley —y ésta es una importante novedad— establece “límites” a la normativa que, en materia de bienes o de medio ambiente, salud, urbanismo, etcétera, puedan dictar las distintas administraciones competentes

(ayuntamientos, comunidades autónomas...) y consisten en que dichas normas:

- Deberán reconocer, en todo caso, el derecho de ocupación del dominio público o la propiedad privada.
- Podrán imponer condiciones al ejercicio de este derecho siempre que estén justificadas por razones de protección del medio ambiente, la salud, la seguridad, la defensa nacional o la ordenación urbana y territorial.
- Las limitaciones que en su caso se impongan tienen que ser proporcionadas en relación con el concreto interés que se trata de salvaguardar.
- Estas limitaciones no podrán implicar restricciones absolutas al derecho de ocupación, y si una condición pudiera implicar la imposibilidad, por falta de alternativas, de llevar a cabo la ocupación, la imposición de esa condición deberá ir acompañada de las medidas necesarias, entre ellas el uso compartido de infraestructuras, para garantizar el derecho de los operadores y su ejercicio en igualdad de condiciones.
- Las normas que se dicten al respecto, incluidas las ordenanzas fiscales municipales que impongan tasas por utilización del suelo, subsuelo o vuelo de las vías municipales, deberán ser publicadas en el boletín oficial de la administración competente y dicha publicación, junto con un resumen de las mismas, según modelo que establezca el Ministerio de Ciencia y Tecnología, deberán ser enviados a la CMT para que ésta publique una sinopsis en Internet.
- Las normas deberán incluir un procedimiento rápido y no discriminatorio de la resolución de solicitudes de ocupación.
- Deberán garantizar la transparencia y fomentar una competencia leal y efectiva entre los operadores.
- Las solicitudes de información que realicen estas administraciones a los operadores deberán ser motivadas, tener una justificación objetiva, ser proporcionadas al fin perseguido y limitarse a lo estrictamente necesario.

Aparte de todo ello, la Ley obliga a las administraciones que sean titulares del dominio público y, además, directa o indirectamente exploten redes de telecomunicaciones, a que mantengan una separación estructural entre

dichos operadores y los órganos encargados de la regulación y gestión de estos derechos.

- El derecho a la ocupación del dominio público y la propiedad privada se reconoce a todos los operadores, y la forma que éstos tienen de acreditar que son operadores ante las administraciones competentes, por razón del bien demanial de que se trate, es solicitando a la CMT un certificado de su inscripción en el registro de operadores y de su consiguiente derecho a obtener derechos de ocupación del dominio público o de la propiedad privada.
- En cuanto al derecho a la ocupación de la propiedad privada, se dice —y esto es también una novedad de la Ley— que los operadores gozarán de este derecho cuando resulte “estrictamente” necesario para la instalación de la red en la medida prevista en el proyecto técnico y siempre que no existan otras alternativas económicamente viables. Se traslada así al ámbito de las telecomunicaciones el principio general que rige la expropiación forzosa a tenor del cual sólo se expropiarán los bienes y derechos que sean “estrictamente indispensables para el fin de la expropiación” (artículo 15 LEF).
- En cuanto a la forma de ejercer o hacer efectivo este derecho, puede ser a través de la expropiación forzosa de los bienes o mediante la declaración de servidumbre forzosa de paso para la instalación de infraestructuras de redes de telecomunicaciones, teniendo en ambos casos los operadores la consideración de beneficiarios de la expropiación. Todo ello, claro está, si se trata de bienes de propiedad privada.
- La aprobación del proyecto técnico de instalación de la red por la Administración General del Estado —con informe previo y preceptivo de la comunidad autónoma correspondiente— llevará implícita, en cada caso concreto, la declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupación.
- Además, cuando los titulares de redes tengan impuestas obligaciones de servicio público, se seguirá el procedimiento especial de urgencia para la expropiación, siempre y cuando así se haga constar en la aprobación del correspondiente proyecto.

Ubicación compartida y uso compartido de la propiedad pública o privada

La regulación del derecho a la ocupación de la propiedad de otros para el establecimiento de redes, se completa con la regulación del uso compartido por distintos operadores de la propiedad pública o privada ocupada, mecanismo que la nueva Ley intenta potenciar por los beneficios que produce sobre la salud, el medio ambiente, la ordenación del territorio, la tutela del paisaje, etcétera. Los aspectos principales de esta regulación son los siguientes:

- Se establece el deber de las administraciones públicas de fomentar la celebración de acuerdos voluntarios entre operadores para la ubicación compartida y uso compartido de infraestructuras.
- La ubicación o uso compartidos se impondrá obligatoriamente —previo trámite de información pública— cuando los operadores no puedan ejercer su derecho de ocupación por separado por no existir alternativas por motivos justificados en razones de medio ambiente, salud, seguridad y ordenación urbana y territorial.
- Si los operadores no llegan a alcanzar un acuerdo al respecto, la CMT, previo informe de la administración competente (curiosamente no se prevé la audiencia de los interesados, pero debe considerarse preceptiva de acuerdo con la Ley 30/1992, del Régimen de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), les impondrá las condiciones de uso compartido, incorporando (de nuevo, curiosamente la Ley dice “*en su caso*”, cuando en mi opinión debería ser “siempre”) las condiciones que la administración competente haya establecido en su informe y haya calificado como “esenciales” para la salvaguarda de los intereses públicos cuya tutela tenga encomendados.
- Cuando, como resultado del uso compartido (la Ley dice “*impuesto*”, pero, en mi opinión, debería ser igual para el que se acuerda voluntariamente), surja la obligación de reducir los niveles de potencia de emisión, debido, lógicamente, a la concentración de operadores, deberán autorizarse más emplazamientos si son necesarios para garantizar la cobertura de la zona de servicio.

En otro orden de cosas, la Ley (artículo 32) establece la posibilidad de imponer limitaciones y servidumbres a la propiedad y a la intensidad del campo eléctrico, y también al derecho al uso del dominio público radioeléctrico cuando ello sea necesario para la protección radioeléctrica de determinadas instalaciones; para asegurar el adecuado funcionamiento de estaciones o instalaciones radioeléctricas utilizadas para la prestación de servicios públicos; por motivos de seguridad; cuando así sea necesario en virtud de acuerdos internacionales; para la protección de otros bienes jurídicamente protegidos prevalentes o de servicios públicos que puedan verse afectados por la utilización del dominio público radioeléctrico, en los términos que reglamentariamente se establezcan y que deberán regirse, en cualquier caso, por los principios de contradicción, transparencia y publicidad.

Hasta aquí se han expuesto los aspectos más relevantes del régimen jurídico de las telecomunicaciones, referidos, fundamentalmente, al modelo de intervención administrativa en este sector y al régimen de los derechos y obligaciones de los operadores de telecomunicaciones en el nuevo marco de libre competencia. Sólo me resta añadir que la LGTEL regula otros aspectos de enorme interés, pero que por las limitaciones propias de este tipo de trabajo no han podido ser abordadas. Se trata, por ejemplo, de los derechos de los consumidores y usuarios; el uso del dominio público radioeléctrico, la regulación de los recursos limitados (numeración, direccionamiento y denominaciones) o las características propias de la organización administrativa a la que se encomienda la regulación y el control de estas actividades en el nuevo marco de libre competencia.