

---

# El servicio universal de telecomunicaciones: balance y perspectivas<sup>1</sup>

Matilde Carlón Ruiz

Profesora Titular de Derecho Administrativo UCM.

Letrada del Tribunal Constitucional

- 1. Diez años de servicio universal de telecomunicaciones en España como técnica de servicio público en un contexto liberalizado**
- 2. Claves de la regulación de la técnica de servicio universal de telecomunicaciones: principios y características**
- 3. QUÉ: contenido del servicio universal de telecomunicaciones. Los cuatro elementos del servicio universal en la actualidad y en el futuro inmediato**
  - 3.1. Acceso a la red pública telefónica desde una ubicación fija
  - 3.2. Guías telefónicas y servicios de información
  - 3.3. Oferta suficiente de teléfonos públicos de pago
  - 3.4. Especial atención a discapacitados y usuarios con necesidades sociales especiales
- 4. QUIÉN: mecanismos de designación del operador obligado a prestar el servicio universal. De la designación directa a la licitación pública**
- 5. CUÁNTO: el carácter asequible del servicio universal en conexión con la cuestión de la financiación. La creación del Fondo Nacional de Financiación del Servicio Universal**

## 1. Diez años de servicio universal de telecomunicaciones en España como técnica de servicio público en un contexto liberalizado

Han pasado quince años desde que el Consejo de la hoy Unión Europea publicara una primera Resolución sobre los principios del servicio universal en el sector de las telecomunicaciones,<sup>2</sup> y más de diez desde que esta técnica de servicio público se incorporara por primera vez, propiamente, en nuestro ordenamiento, a través de la primera Ley general de telecomunicaciones, aprobada como Ley

11/1998, de 24 de abril (LGTel98). En este período crucial para el definitivo asentamiento del régimen vigente, plenamente liberalizado, de las telecomunicaciones españolas, esta nueva técnica –reconversión en el nuevo entorno de la más clásica técnica de servicio público sustentada en la titularidad global de la actividad–, se ha consolidado plenamente, sin perjuicio de haber sufrido ella misma una evolución que es, *per se*, expresiva del proceso en el que se incardina. Resulta, de este modo, especialmente atractivo volver sobre su régimen jurídico,<sup>3</sup> no ya desde una perspectiva estática, haciendo foto fija de su régimen vigente,

---

1. Este texto se ofrece como versión escrita de la Ponencia que, bajo el título “El servicio universal de telecomunicaciones”, ofreció la autora dentro del Curso de Derecho de las Telecomunicaciones organizado por la Fundación Democracia y Gobierno Local, el CGPJ y el INAP, en la sesión del día 7 de octubre de 2009.

2. Vid. Resolución del Consejo de 7 de febrero de 1994, relativa a los principios del servicio universal en el sector de las telecomunicaciones, en DO C 048/1, de 16 de febrero de 1994; su antecedente, la Propuesta de Resolución del Consejo presentada por la Comisión el 15 de noviembre de 1993 para el desarrollo del servicio universal de telecomunicaciones en un entorno competitivo, en COM(93) 543 final; y su consecuente, la Declaración de la Comunidad sobre la Resolución del Consejo relativa al servicio universal en el sector de las telecomunicaciones, 94/C 48/06, DO C 48, de 16 de febrero de 1994.

3. De este tema nos hemos ocupado ya en varias ocasiones. En particular, en nuestra monografía, publicada en 2007 en Thomson-Civitas, bajo el título de *El servicio universal de telecomunicaciones*. Una versión sintética de muchas de sus reflexiones se puede encontrar en el artículo del mismo título publicado en el núm. 171 de la *RAP*, septiembre-diciembre de 2006, p. 35-78.

sino poniéndolo en perspectiva en función de su evolución en el período transcurrido y en su posible evolución futura a la vista de algunas novedades recientes –materializadas o anunciadas– en su regulación. De este modo, el servicio universal de telecomunicaciones adquiere interés por sí mismo, desde una perspectiva sectorial, pero también como referente general en el contexto de la necesaria reconstrucción de las técnicas jurídicas que se deriva de la transición del concepto de servicio público, en el sentido más clásico, al concepto comunitario de “servicio de interés económico general”.

Es, no en vano, en la mutación de la actividad económica de telecomunicaciones desde su conceptualización como servicio público en sentido estricto a la de servicio de interés económico general, en lo que –en definitiva– calificamos de liberalización de esta actividad auspiciada desde las instancias comunitarias, en la que debemos incardinar la implantación de la técnica de servicio universal de telecomunicaciones. En los años noventa del pasado siglo, se desarrolló una política comunitaria en materia de telecomunicaciones cuyo objetivo confesado no era otro que abrir, paulatinamente, a la competencia el sector, para lo que se fueron aprobando sucesivos “paquetes” de normas –particularmente directivas–.<sup>4</sup> De lo que se trataba, en definitiva, era de romper de forma progresiva con el régimen del que se partía –la declaración de todas las actividades de telecomunica-

ciones como un servicio público o, lo que es lo mismo, de titularidad pública, lo que se concretaba en nuestro ordenamiento en la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de ordenación de las telecomunicaciones (LOT)<sup>5</sup> y en el sucesivo contrato del Estado con Telefónica de 26 de diciembre de 1991–<sup>6</sup> para pasar a la configuración vigente, estrenada con alcance pleno desde la citada Ley 11/1998, y que se basa en la consideración de las telecomunicaciones como actividades abiertas a la libre competencia bajo la peculiar conceptualización como “servicios de interés económico general”. De eso trata, en definitiva, ni más ni menos, todo proceso de liberalización –de abrir márgenes a la libertad de empresa en ámbitos previamente reservados en mano pública–,<sup>7</sup> y eso ocurrió en el caso de las telecomunicaciones como consecuencia debida de la obligada transposición de las sucesivas directivas comunitarias en la materia.

La clave está, sin embargo, en que en la liberalización de las telecomunicaciones el objetivo del proceso no se agota en la apertura a la competencia de todas las actividades de telecomunicaciones, antes reservadas a la titularidad pública. Y ello porque el proceso no genera por sí mismo una transmutación, una metamorfosis de las actividades en cuestión, que siguen integrando un fuerte contenido de “interés general” como actividades prestacionales que, por su propia naturaleza, son imprescindibles para la interdependencia social,<sup>8</sup> lo que

4. Se trata de un proceso liberalizador bien conocido, sobre cuyas claves nos permitimos dirigirnos a CARLÓN RUIZ, M., *Régimen jurídico de las telecomunicaciones. Una perspectiva convergente en el Estado de las autonomías*, La Ley, Madrid, 2000, p. 79-112, y la bibliografía allí citada.

5. El artículo 2.1 de la LOT vino a dotar –por fin– de rango de Ley a una *publicatio* que hasta entonces estaba implícita en el contrato del Estado con la antecedente de la actual Telefónica –el primero, de 1924 y el sucesivo de 31 de diciembre de 1945, sustancialmente idéntico al anterior–, a través del cual aquel concedía a esta empresa, en régimen de monopolio, la gestión indirecta de la práctica totalidad de las actividades de telecomunicaciones. Obsérvese, con todo, que en la lógica del servicio público más clásico, la titularidad pública de la actividad no implica necesariamente monopolio de gestión, sea esta directa o indirecta.

6. *Vid.* Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Obras Públicas y Transportes de 14 de enero de 1992, por la que se dispone la publicación del contrato regulador de la concesión para la prestación de los servicios finales y portadores entre la Administración del Estado y “Telefónica de España, Sociedad Anónima” (BOE de 23 de enero de 1992). Este contrato se mantuvo parcialmente vigente hasta el 1 de agosto de 2003, fecha en la que se aprobó el acuerdo del Consejo de Ministros para su transformación en el marco de la LGTel98, a pesar de que ya se había aprobado la Ley 32/2003.

7. En este sentido, asumimos el concepto más inmediato de liberalización como paulatino proceso de introducción de competencia en una actividad previamente sometida a titularidad pública. Este concepto se corresponde, en último término, con el que se contiene en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, que define “liberalizar” como “hacer liberal en el orden político o en el social a alguien o a algo”, donde “liberal” se entiende –en su acepción sexta– como “partidario de la libertad individual y social en lo político y de la iniciativa privada en lo económico”.

8. En este punto, conscientemente, parafraseamos a DUGUIT, L., *Les transformations du Droit Public*, Colin, Paris, 1913, p. 50, para quien, “en suma, la noción de servicio público parece que puede formularse así: toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y controlado por los gobernantes, porque es indispensable para la realización y desarrollo de la interdependencia social y porque es de tal naturaleza que no puede ser asegurada completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante”. Es inevitable coincidir con MARTÍN REBOLLO, L., “De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica”, *Revista de Administración Pública*, 100-102, 1983, vol. III, p. 2471-2542, y, más recientemente, “Sociedad, economía y Estado (a propósito del viejo regeneracionismo y el nuevo servicio público)”, en VV.AA., *Estudios de Derecho Público-Libro-homenaje a Sebastián Martín-Retortillo*, op. cit., p. 629-632 y 644-645, cuando defiende la vigencia de la tesis de DUGUIT sobre el servicio público en sentido amplio sobre la base de insistir en el elemento finalista implícito en el mismo.

queda perfectamente expresado en la calificación de las mismas, por la normativa comunitaria, como “servicios de interés económico general”, de modo que los poderes públicos no pueden desentenderse de su garantía, bajo unos estándares básicos y en condiciones tasadas de calidad y precio, a todos los ciudadanos.

En la propia formulación de este concepto comunitario, acuñado originalmente en el bien conocido artículo 86.2 del Tratado, se hace expreso el difícil equilibrio entre los dos polos que, en tensión, integran la naturaleza peculiar que en el marco europeo es consustancial a actividades como las telecomunicaciones: son servicios “económicos”, de mercado, de prestación vocacionalmente competitiva, pero no servicios económicos cualquiera, dado que en ellos confluye un “interés general” derivado de su carácter esencial para el desarrollo individual y social. ¿Cómo se resuelve esta tensión? Tal y como se desprende del propio artículo 86.2 TCE, en términos sustancialmente trasladables al juego entre el artículo 128.2 y el 38 de nuestra Constitución, donde la libre competencia es la regla, no cabe descartar que se produzcan excepciones a la misma en aras a garantizar el interés general implícito en determinadas prestaciones esenciales. En definitiva, donde falle el mercado para garantizar ciertos niveles de prestación de los servicios cualificados como “de interés (económico) general”, los poderes públicos deben intervenir –excepcionalmente y de forma subsidiaria– para garantizar el acceso de todos los ciudadanos a esos servicios esenciales, y lo harán a través de la técnica más apropiada a tal fin. Técnica que, en el caso de las telecomunicaciones, las propias normas comunitarias han identificado con el servicio universal de telecomunicaciones.

Obsérvese, en todo caso, que el proceso liberalizador obliga, en ese juego regla-excepción, a repensar las técnicas dirigidas a garantizar a todos los ciudadanos determinadas prestaciones de los llamados servicios de interés económico general. Rota la titularidad

pública omnicomprensiva de la actividad como exigencia primera de la liberalización, debe identificarse para cada ámbito sectorial la técnica más oportuna, operación que, tal y como tiene advertido la Comisión Europea en distintos documentos aprobados en la materia, entre los que destaca la Comunicación sobre los servicios de interés general en Europa, en la versión última de 20 de septiembre de 2000,<sup>9</sup> deberá estar guiada por tres principios fundamentales: el principio de neutralidad –entre operadores públicos y privados–;<sup>10</sup> el principio de proporcionalidad en aplicación del propio apartado 2 del artículo 86 TCE, muy especialmente, y el principio de libertad de los estados miembros para determinar cuáles sean estos servicios y su propio alcance, sin perjuicio del control de los “errores manifiestos”. Principio este último que conecta con el de subsidiariedad, pero que no impide que en ciertos casos, como es precisamente el de las telecomunicaciones, las propias instancias europeas se hayan adelantado en la definición de unos estándares a nivel comunitario, precisamente a través del servicio universal, configurándolo así como una técnica peculiarísima de servicio público.

## 2. Claves de la regulación de la técnica de servicio universal de telecomunicaciones: principios y características

Podemos afirmar, pues, que el servicio universal de telecomunicaciones es una nueva técnica de servicio público, quizás la más peculiar, cuya introducción solo se explica como pieza del proceso de liberalización de este sector. Es más, en su concreta regulación se ha hecho reconocible, de forma sucesiva, la evolución misma del propio proceso de liberalización de las telecomunicaciones, cuya lógica se explica en la migración desde una normativa sectorial, de aplicación *ex ante* –sobre la premisa de la inexistencia de competencia

9. A una primera versión de 1996 (*vid.* DOCE C-281/3, de 26 de septiembre de 1996), siguió la vigente: Comunicación de 20 de septiembre de 2000 (*vid.* DOCE C-17/4, de 19 de enero de 2001). *Vid.*, sucesivamente, el *Libro Verde sobre los Servicios de Interés General* de 21 de marzo de 2003 [COM(2003) 270 final], con el que la Comisión Europea quiso abrir un debate a nivel comunitario sobre la conveniencia de adoptar una Directiva marco en la materia, opción esta que ha sido rechazada por el momento. Así ha quedado reflejado en el Libro Blanco de 12 de mayo de 2004 [COM(2004) 374 final]. Sobre el concepto comunitario de servicio de interés económico general hemos tratado más ampliamente en CARLÓN RUIZ, M., “Nuevas técnicas para nuevos tiempos: del servicio público al servicio universal”, en MUÑOZ MACHADO, S. y ESTEVE PARDO, J. (Dir.), *Derecho de la regulación económica. Parte general*, Iustel, Madrid, 2009, p. 463-535.

10. Este principio, acuñado en el artículo 295 TCE, tiene una consecuencia fundamental, que recuerda la propia Comisión Europea en su Comunicación de 20 de septiembre de 2000, cuando concluye que la calificación de una actividad como servicio de interés económico general “no impone la privatización de las empresas públicas” (epígrafe 21).

efectiva– y de tendencia asimétrica –en aplicación de un estatuto peculiar a determinados operadores en el mercado–, hacia las reglas generales del Derecho de la competencia, que se caracteriza, inversamente, por su carácter general, *ex post* y simétrico, de modo que la aplicación transitoria y cada vez menos intensa de aquella normativa es instrumento útil para lograr la deseada reconducción del sector al Derecho general de la competencia. Y ello sobre la base de entender que una vez que una actividad ha quedado plenamente abierta a las reglas del mercado, logrando asentar una competencia efectiva, el Derecho de la competencia ha de bastar para reaccionar frente a los riesgos para la propia competencia. En nuestro ordenamiento, este proceso se identifica en la sustitución de la derogada LGTel98 por la vigente Ley 32/2003, de 3 de noviembre, general de telecomunicaciones (LGTel03), que ha venido a trasponer la vigente Directiva 2002/22/CE,<sup>11</sup> y que se completa, por lo que ahora interesa, y limitándonos a la normativa vigente, por el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado mediante el Real decreto 424/2005, de 15 de abril (RSU05), y puntualmente modificado por el Real decreto 329/2009, de 13 de marzo, y la Carta de los derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas, aprobada por Real decreto 899/2009, de 22 de mayo.

En la vigente LGTel03, como en su antecedente de 1998, las telecomunicaciones –o, siguiendo su nueva nomenclatura, en plena sintonía con la normativa comunitaria en la materia, las comunicaciones electrónicas– son consideradas “servicios de interés general que

se prestan en régimen de libre competencia” (artículo 2.1). Se reconocen, pues, sin perjuicio de las variantes terminológicas, como servicios de interés económico general, lo que se ha traducido en la previsión de un sistema de “obligaciones de servicio público” entre las que destaca el “servicio universal”.

El servicio universal es, en efecto, una –la más importante y más típica– de las llamadas “obligaciones de servicio público”, especie peculiar dentro de este género. Tales obligaciones, de ahí su nombre, se identifican como suplementarias a las que se integran en el estatuto básico del operador de comunicaciones electrónicas, de modo que se imponen a uno o varios operadores como medio para responder a los fallos en que pueda incurrir el mercado cuando se trata de garantizar espontáneamente determinadas prestaciones a los ciudadanos.<sup>12</sup> Clave es este carácter prestacional de las “obligaciones de servicio público”, que permite distinguirlas de las “obligaciones de carácter público” contempladas en la misma LGTel03 en relación con elementos accesorios a los servicios,<sup>13</sup> y que se vincula con el carácter esencial de las prestaciones en cuestión, lo que en el caso del servicio universal suma la nota misma de la universalidad, en la medida en que se trata de prestaciones que deben garantizarse a todos los ciudadanos.<sup>14</sup>

Resulta así que el servicio universal de telecomunicaciones puede ser identificado, parafraseando la propia definición legal, como un estándar básico, fijado prioritariamente a nivel europeo, de servicios y facilidades de comunicaciones electrónicas, cuya prestación debe ser garantizada a todos los ciudadanos, a un precio asequible y con una calidad determinada, con independencia de sus concretas circunstancias geográficas, económicas y sociales y físicas.<sup>15</sup> Planteamiento

11. Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva de servicio universal), publicada en DOCE L 108/51, de 24.04.2002.

12. Con estas obligaciones se pretende, en los términos de lo dispuesto en el artículo 20 de la LGTel03, “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.”

13. Estas obligaciones de carácter público se identifican por la propia LGTel03 como obligaciones que pretenden garantizar necesidades o valores en los que concurre, igualmente, el interés general, pero referidos a elementos accesorios a los servicios, no a su propio contenido prestacional. Se trata de la protección de los derechos fundamentales implicados en los procesos de comunicaciones electrónicas, el secreto de las comunicaciones, la protección de datos personales y la protección de consumidores y usuarios, tal y como disponen los artículos 33 a 38 LGTel03 y el artículo 23.d) RSU05.

14. La noción de “universalidad” –sin connotaciones técnico-jurídicas– es consustancial a toda fórmula histórica de intervención pública cuyo fin sea el aseguramiento de ciertas prestaciones a la colectividad. No ha de resultar, por ello, paradójico que, tal y como nos recuerda CASSESE, S., “La retórica del servicio universal”, en FROVA, S. (Coord.), *Telecomunicazioni e servizio universale*, Instituto di Studi e Analisi Economica, Giuffrè, Milán, 1999, p. 91-93, el término “servicio universal” se utilizara precisamente por primera vez para asegurar el monopolio de ATT sobre las telecomunicaciones norteamericanas, como justificación de la necesidad de interconectar las redes de telefonía preexistentes.

este que, en su definición misma, permite identificar en el servicio universal los elementos que le son consustanciales: accesibilidad y asequibilidad y, de forma conexas, calidad. Siendo la cuestión de la calidad accesoria –lo que no implica, ni mucho menos, reducir su importancia– los elementos de accesibilidad física y asequibilidad están en el mismo tuétano del servicio universal: de poco sirve garantizar la conexión a la red de comunicaciones electrónicas en todo el territorio –tanto en zonas rurales, incluso en zonas de orografía complicada, como en el centro de los núcleos urbanos– si no se controlan los precios a cobrar por tal conexión –minorando los costes de la conexión más alejada o siendo sensible a las posibilidades de los abonados socialmente más débiles, aunque residan en núcleos urbanos–. Lo mismo sirve, aunque no lo haga explícito el artículo que define el servicio universal –lo que es de lamentar–, cuando se trata de hacer no solo accesibles, sino –también– asequibles los elementos que componen el servicio universal a los usuarios con discapacidades que resulten relevantes a tales efectos, especialmente las auditivas o visuales.

No bastan, sin embargo, los tres elementos citados para caracterizar plenamente el servicio universal. A la accesibilidad, asequibilidad y calidad, que caracterizan el alcance del servicio universal, hay que unir otros elementos o criterios que permiten delimitar su contenido. En primer lugar, su carácter evolutivo en atención a los cambios tecnológicos y, de forma muy vinculada, económicos y sociales a los que habrá que atender para concretar en cada momento y lugar el ámbito de esta específica obligación de servicio público. Carácter evolutivo que solo se puede entender a la luz del principio de subsidiariedad –respecto del mercado– (esa es la lógica misma de los servicios de interés económico general), lo que puede tener tanto un efecto ampliador como reductor, en la medida en que una nueva prestación se generalice u otra quede obsoleta, y en función de un dato clave: el carácter esencial, básico, *de minimis* del servicio universal. Se trata, en definitiva, de fijar de forma dinámica el

estándar de prestaciones que, siendo reconocibles como parte integrante de las necesidades colectivas, no son de garantía plena, en términos espontáneos, por el mercado, debido, en último término, a su falta de rentabilidad, lo que se manifestará en un doble plano: primero, en el normativo, en la definición por las normas, primero comunitarias, del alcance del servicio universal; en segundo lugar, en el plano de la aplicación, en tanto en cuanto solo será preciso designar a un operador –en los términos que veremos– para prestar el servicio universal normativamente definido, cuando se observe que el mercado no garantiza su prestación espontáneamente.

A la vista de todo lo anterior, no ha de extrañar que el Derecho positivo –concretamente el artículo 20.3 de la LGTel03 y los artículos 24 y 26 del RSU05– identifique como principios que presiden todo el régimen del servicio universal los de igualdad, transparencia, no discriminación, continuidad, adaptabilidad, disponibilidad y permanencia, aplicables con carácter general en relación con el cumplimiento de las obligaciones de servicio público. Confluye, así, en la regulación del servicio universal, la doble tradición que –al menos en apariencia– entra en pugna en la traslación del servicio público al servicio de interés general que, como hemos visto, caracteriza los procesos de liberalización: por una parte, la tradición francesa del servicio público más clásico –identificado por los principios de igualdad/no discriminación/disponibilidad, continuidad/permanencia y adaptabilidad (artículo 20.3 LGTel03), que reeditan las famosas leyes de Rolland,<sup>16</sup> y cuya vocación es proteger la posición de los usuarios, y, por otra, los principios de transparencia, objetividad, no discriminación, proporcionalidad y mínima distorsión del mercado (artículo 26 RSU05), de clara tradición comunitaria y, en último término, anglosajona, con vocación de garantizar la posición de los operadores en un contexto competitivo. Sea como fuere, unos y otros principios son especialmente relevantes en la regulación del servicio universal, ya que servirán de guía interpretativa para la delimitación de los

15. En los términos del artículo 22.1 LGTel03, el servicio universal de telecomunicaciones queda identificado como “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.”

16. Nótese, en efecto, la similitud entre estos principios y los clásicos del servicio público, destacada por Chinchilla Marín, C., “Comentario al artículo 35”, en García de Enterría, E. y Quadra Salcedo, T. de la (Coord.), Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones, Civitas, Madrid, 1999, p. 265. En rigor, estos principios coinciden, en efecto, con los que en su momento formulara Rolland como “leyes del servicio público”; vid. Rolland, L., Précis de Droit administratif, Dalloz, 1947, 9ª ed., p. 18.

múltiples conceptos jurídicos indeterminados de los que, como veremos, está plagada. Operación en la que debe tenerse presente también el dato de que, tal y como advierte el artículo 20.2 LGTel03, en la ordenación del servicio universal –como, en general, de todas las obligaciones de servicio público– es de aplicación supletoria la legislación de contratación administrativa, lo cual es, por sí mismo, bien expresivo.

Sobre las bases sentadas en las páginas que preceden es posible enfrentarse con las tres preguntas claves que plantea el régimen del servicio universal de telecomunicaciones: QUÉ servicios o prestaciones quedan englobados en el servicio universal, lo que supone preguntarse por el contenido, actual y potencial, del servicio universal de telecomunicaciones; QUIÉN deba prestarlo, lo que implica plantearse cuáles sean los mecanismos de designación del operador u operadores obligados a su prestación, y, finalmente, CUÁNTO cuesta la prestación de esta obligación de servicio público, sentado que es precisamente su carácter no rentable, intensificado por la garantía de asequibilidad, lo que justifica su imposición, de modo que debemos plantearnos en último término cómo se asegura su financiación. Estas cuestiones serán tratadas en los apartados que siguen.

### 3. QUÉ: contenido del servicio universal de telecomunicaciones. Los cuatro elementos del servicio universal en la actualidad y en el futuro inmediato

La delimitación del ámbito de garantía que en cada momento abarque el servicio universal es una cuestión crucial, ya que determinará el desenvolvimiento de las posiciones de los tres elementos subjetivos implicados en el mismo: los usuarios, que tienen un derecho a su prestación; los operadores, que tienen el deber de prestarlo o, cuando menos, de financiarlo, y, en último término,

los propios poderes públicos, responsables últimos de su garantía, incluyendo en este caso el doble plano de las instancias comunitarias y el Estado español. Y ello en el bien entendido de que la definición a nivel europeo del alcance del servicio universal obliga a los estados miembros en términos de mínimos, si bien –como veremos– no se podrá exigir la financiación por los operadores de prestaciones que superen el estándar comunitario.

Teniendo esto presente se trata ahora de dar cuenta de los cuatro elementos que componen actualmente el servicio universal de telecomunicaciones (artículo 22 LGTel03), sin perjuicio de hacer mención a la evolución habida, y previsible, en su composición, y ello sobre la base de entender que de entre estos elementos hay uno principal –la garantía de acceso a la red telefónica pública desde una ubicación fija–, al que se suman otros accesorios –prestación del servicio de guías telefónicas y del correspondiente servicio de información sobre su contenido–, otros sustitutivos –oferta suficiente de teléfonos públicos de pago–, y, finalmente, otros complementarios –especial atención a los discapacitados y a los usuarios con necesidades sociales especiales–.

#### 3.1. Acceso a la red pública telefónica desde una ubicación fija

El elemento principal del servicio universal de telecomunicaciones –su “exigencia básica”, en expresión de la Directiva 2002/22/CE– consiste en la garantía de que todos los usuarios finales –con independencia de sus circunstancias económicas, físicas y geográficas– puedan obtener una conexión a la red telefónica pública desde una ubicación fija.<sup>17</sup> Se ha superado, con ello, en la vigente LGTel03, como derivación del principio de neutralidad tecnológica, la exigencia de que la conexión fuera necesariamente fija, facilitando así la materialización de esta exigencia en zonas de orografía complicada.<sup>18</sup> Se

17. Para el lector no familiarizado con el Derecho de las telecomunicaciones, puede ser necesario advertir que el concepto de “red pública” no se vincula, en absoluto, con un criterio de titularidad pública de la red, sino con su dedicación, total o parcial, a la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público, es decir, de servicios a los que cualquier usuario puede, en principio, abonarse, sin que su disponibilidad quede vinculada a la pertenencia a un determinado “grupo cerrado de usuarios”. Así se desprende de lo previsto en el apartado 29 del anexo a la LGTel03.

18. Debemos, en efecto, reparar en que la nueva LGTel03 ya no se refiere –como la LGTel98– a una conexión a la “red pública telefónica fija”, sino a la “conexión a la red telefónica pública desde una ubicación fija”. Este cambio –manifestación del principio de neutralidad tecnológica– es capital, porque permite flexibilizar las exigencias de este elemento del servicio universal mediante la aplicación de tecnologías que, sin ser identificables con una red fija entendida en sentido estricto –ya que no implican alcanzar el domicilio del usuario mediante una conexión de cable–, sí que permiten la conexión con la red telefónica pública “en una ubicación fija”, como la tecnología TRAC (Telefonía Rural de Acceso Celular), aplicada en zonas rurales de Galicia y Asturias, y que fue, precisamente, tomada en cuenta, a estos efectos, en el proceso de elaboración de la normativa comunitaria.

trata, es evidente, de una prestación de fundamental importancia, ya que con la conexión a la red se debe garantizar a los usuarios la posibilidad de acceder a la prestación del servicio telefónico fijo disponible al público –incluyendo la posibilidad de emitir y recibir llamadas nacionales e internacionales–, así como al servicio de datos, permitiendo –hoy por hoy– el acceso “funcional” a Internet. Aspecto este último en el que se ha venido demostrando claramente el carácter evolutivo del servicio universal.

La garantía del acceso funcional a Internet, inexistente en la redacción original de la LGTel98, fue introducida en esta norma, adelantándose a las exigencias comunitarias, en forma de una disposición transitoria introducida por la disposición final tercera de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico.<sup>19</sup> No se ha llegado todavía, sin embargo, a incorporar la conexión en banda ancha como parte de la garantía del servicio universal, por más que la reforma introducida en el artículo 22.1.a) de la LGTel03 por el artículo 7 de la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de medidas de impulso de la sociedad de la información, así haya pretendido darlo a entender, al afirmar que “la conexión deberá permitir comunicaciones en banda ancha, en los términos que se definan por la normativa vigente”. Es esta última precisión la que impide concluir que la banda ancha haya quedado incluida propiamente en el servicio universal,<sup>20</sup> tal y como el propio Ministerio

reconoce en su consulta pública sobre el servicio universal que publicó el 28 de septiembre de 2009, a la que tendremos ocasión de volver a referirnos. Bien es verdad, con todo, que la recientísima aprobación de la reforma del paquete de directivas 2002, si bien evita modificar, propiamente, el ámbito del servicio universal a nivel europeo, para incorporar la banda ancha, puede abrir nuevas perspectivas al respecto, ya que apunta a la aplicación de un criterio de flexibilidad para permitir a los estados miembros incorporar al sistema de financiación del servicio universal conexiones de banda ancha, si estas son de uso mayoritario.<sup>21</sup>

Sea cual sea su ámbito último, no se trata –conviene tenerlo presente– de una garantía ilimitada. El derecho de los usuarios finales a obtener acceso a la red telefónica pública no es absoluto, sino que se limita a los supuestos en los que la correspondiente solicitud sea considerada “razonable en los términos que reglamentariamente se determinen”, concepto jurídico indeterminado que se ha querido limitar con las precisiones del artículo 29 del RSU05, que lo vincula, de forma no siempre clara, a criterios urbanísticos. Con todo, la garantía última reside en que el operador obligado no puede, libremente, decidir cuándo una solicitud es “razonable”, lo que le facilitaría los intentos de vaciar, de forma encubierta, el contenido del servicio universal, sino que la competencia última al respecto corresponde al director general de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información.

19. Esta nueva disposición transitoria de la LGTel98, imponía al operador designado para la prestación del servicio universal la obligación de garantizar, en determinados plazos, el acceso funcional a Internet de todos los abonados, y, en particular, de los conectados mediante la ya mencionada tecnología de Telefonía Rural de Acceso Celular (TRAC). Sobre esta previsión, *vid.* CHINCHILLA MARIN, C. y CARLÓN RUIZ, M., “Del servicio público al servicio universal: el caso de las telecomunicaciones”, en QUADRA-SALCEDO, T. DE LA (Dir.), “Aspectos jurídicos de las telecomunicaciones”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, 2003, p. 167-169.

20. La disposición adicional segunda de la Ley incrementa el equívoco al precisar que “el Gobierno, en colaboración con las Comunidades Autónomas, impulsará la extensión de la banda ancha con el fin de conseguir, antes del 31 de diciembre de 2008, una cobertura de servicio universal de conexión a banda ancha, para todos los ciudadanos, independientemente del tipo de tecnología utilizada en cada caso y de su ubicación geográfica.”

21. *Vid.* considerandos 5 y 6 de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, y el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores, en su versión de 29 de octubre de 2009. Obsérvese que, si bien el planteamiento de la Directiva reformada no deja de ser artificioso, parece querer ser sensible a las divergencias de estándares entre los estados miembros (piénsese particularmente en la posición de los estados más recientemente incorporados a la Unión), todo ello teniendo presente un dato clave: en rigor, solo las prestaciones incluidas en el estándar europeo de servicio universal podrían, en principio, ser financiadas desde el mercado. Y ello en el bien entendido de que la reforma a nivel europeo del ámbito del servicio universal se supedita al resultado del proceso de revisión del ámbito de la Directiva de servicio universal, que exige a la Comisión Europea el artículo 15 de la propia Directiva. Revisión que, en la última ocasión, en 2008, no resultó conclusiva, en la consideración de la Comisión, respecto de la necesidad de tal incorporación. El artículo 15 de la Directiva de servicio universal, en conexión con su anexo 5, obliga, en efecto, a la revisión periódica del alcance del servicio universal a escala comunitaria, en aplicación de unos criterios que son muy expresivos de la concatenación entre los elementos que, como hemos visto, caracterizan el servicio universal: carácter evolutivo, subsidiario y esencial. Estos criterios se reconducen, de hecho, a un doble test: el riesgo de exclusión social a la vista del grado de disponibilidad de determinados servicios para los consumidores (uso por la mayoría, muy enlazado con

### 3.2. Guías telefónicas y servicios de información

Un segundo elemento del servicio universal, accesorio respecto del que garantiza el acceso a la red pública de telefonía desde una ubicación fija, se refiere a la provisión a los abonados de guías telefónicas gratuitas y unificadas, y a la facilitación a los usuarios finales de un servicio de información sobre el contenido de aquellas guías, en este caso a precio asequible. De este modo, no solo se asegura un elemento que es complemento del que con carácter principal constituye el servicio universal, sino que, además, se asegura la competencia misma, por cuanto el acceso al número de abonado es imprescindible para establecer la comunicación, lo que hace imprescindible que guía y servicio de información incorporen a todos los abonados, sea cual sea el operador que les presta el servicio, en unas condiciones unificadas. Y ello sin perjuicio del cumplimiento de las exigencias de protección de datos que, precisamente, han evolucionado de un sistema OPT-OUT, en el que el usuario era incorporado a las guías por defecto, pudiendo ejercer sucesivamente sus derechos de acceso y cancelación, al vigente sistema OPT-IN, en el que la incorporación de un número de abonado solo es posible si media su consentimiento [artículos 22.1.b) de la LGTel03, y 30.1 y 38.6 del RSU05, que trasponen la Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento

de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas].<sup>22</sup>

En relación con este elemento del servicio universal, es fundamental acotar su ámbito de forma precisa, para no impedir que se elaboren y comercialicen otras guías y servicios de información que aporten valor añadido a los que quedan garantizados por el servicio universal. De ahí que las que quedan cubiertas por el servicio universal deban quedar ceñidas a lo “esencial” o básico, dejando plenamente expedito, para la libre competencia, el ámbito de las prestaciones suplementarias: esto se hace particularmente evidente en el caso de los servicios de consulta telefónica, respecto de los que el afán de delimitar en términos más nítidos el servicio universal de los servicios en competencia se ha plasmado en la asignación a Telefónica, como operador –como veremos– obligado a la prestación del servicio universal, de números distintos para la prestación del servicio de consulta de servicio universal, y del servicio de consulta en competencia.<sup>23</sup>

### 3.3. Oferta suficiente de teléfonos públicos de pago

Con vocación sustitutiva del elemento principal del servicio universal, se ha contemplado su tercer elemento, que garantiza la existencia de una “oferta suficiente”, en todo el territorio nacional, de “teléfonos públicos de pago” situados en el dominio público de uso público.<sup>24</sup>

---

su carácter esencial) y la identificación de los beneficios netos generales que se deriven de su disponibilidad, y la consecuente justificación de la intervención pública para suplir la ineficacia del mercado para su prestación (fallo de mercado, como consecuencia del principio de subsidiariedad). Ambos elementos deben concurrir de forma simultánea para que un determinado servicio o prestación sea integrado en el servicio universal. De ahí que en la primera revisión llevada a cabo en 2005 [vid. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa a la revisión del alcance del servicio universal, de conformidad con el artículo 15 de la Directiva 2002/22/CE, COM(2005) 203] no se considerara oportuno incorporar al servicio universal ni la telefonía móvil –porque, aun siendo de uso generalizado, es prestado espontáneamente de forma accesible y asequible por el mercado– ni la banda ancha –puesto que, por más que el mercado fallara en su prestación, no era entonces de uso generalizado–. Circunstancia esta última que se considera va variando en la nueva Comunicación [COM(2008) 572 final, de 25.9.2008].

22. Esta es, en efecto, la Directiva relevante, por más que el artículo 5.2 de la Directiva de servicio universal se remita a la Directiva 97/66/CE, entonces todavía vigente y que ha sido sustituida por la 2002/58/CE.

23. Concretamente, la correspondiente Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) asignó el número 11818 al servicio de consulta nacional enmarcado en el servicio universal, y dos números distintos para el servicio en competencia –el 11822, para el servicio nacional, y el 11825, para el internacional–. A lo que se suma la imposibilidad de ofrecer la facilidad de terminación de llamadas (que permite la comunicación con el número solicitado) a través de la prestación de servicio universal.

24. En el apartado 33 del anexo a la Ley, se identifica por “teléfono público de pago” –en plena sintonía con el artículo 2.a) de la Directiva 2002/22/CE– todo “teléfono accesible al público en general y para cuya utilización pueden emplearse como medios de pago monedas, tarjetas de crédito/débito o tarjetas de prepago, incluidas las tarjetas que utilizan códigos de marcación”. Contra lo que pudiera dar a entender la simple lectura de esta definición legal, las precisiones del artículo 32.1 RSU05 mantienen en el nuevo marco la limitación establecida en el marco regulatorio anterior, de modo que solo quedan cubiertos por el servicio universal los teléfonos públicos de pago situados en el dominio público no afecto a un servicio público, así como –transitoriamente– los teléfonos que se encuentren en dependencias municipales (DT2<sup>a</sup>).

Se trata, en definitiva, de facilitar el acceso al servicio telefónico fijo disponible al público a aquellos usuarios finales que, de forma continuada o esporádica, quieran o necesiten utilizar el servicio fuera de sus domicilios.

Según la expresión del legislador en el artículo 22.1.c) de la LGTel03, muy cercana a la del artículo 6 de la Directiva 2002/22/CE, esta oferta debe satisfacer “razonablemente las necesidades de los usuarios finales, en cobertura geográfica, en número de aparatos, accesibilidad de estos teléfonos por los usuarios con discapacidades y calidad de los servicios”.<sup>25</sup> Estos criterios deben guiar la fijación del contenido de la “oferta suficiente”, nuevo concepto jurídico indeterminado, a los efectos de lo cual debe acudir al RSU05, que concreta los mínimos para considerar una oferta suficiente en cada ámbito geográfico, base de la designación del operador obligado a su prestación, en unos términos que recortan las previsiones de la normativa derogada: por regla general, ya no se exige la instalación de un terminal en todos los municipios –término de referencia, por sí mismo, restrictivo–,<sup>26</sup> sino solo en los que tengan, como mínimo, 500 habitantes, sumando un terminal más por cada 1500 habitantes, siempre a salvo ciertos criterios que atienden a la estacionalidad o a fórmulas de sustituibilidad.<sup>27</sup> Se muestra aquí, de nuevo, si bien en este caso en sentido inverso o de reducción, el carácter evolutivo del servicio universal.

Aunque en el actual estadio de desarrollo de las comunicaciones electrónicas y, en particular, de penetración del servicio de telefonía fija y, en otro plano, móvil, no parece falta de lógica la tendencia a reducir el ámbito real de este elemento del servicio universal, no debiera traducirse en la reducción de la virtualidad de este importante componente del servicio. A este

fin es crucial retener que, también en este caso, la garantía última del cumplimiento de este elemento del servicio universal reside en la Dirección General de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información, a la que corresponde decidir si, en un caso concreto, debe instalarse o no un teléfono público de pago en cumplimiento de las reglas referidas, siendo en este caso los ayuntamientos los que instarán a la instalación o mantenimiento de los teléfonos. Siempre a salvo su competencia para decidir acerca de las condiciones de instalación de los terminales en su dominio público, cuestión que no ha dejado de generar dificultades en la práctica por la concurrencia de otros interesados con el mismo fin.

### 3.4. Especial atención a discapacitados y usuarios con necesidades sociales especiales

El último elemento del servicio universal tiene carácter horizontal o transversal, ya que su objetivo es asegurar que los componentes ya descritos estén realmente a disposición de determinados colectivos más débiles en razón de sus circunstancias económicas o físicas. En concreto, se establecen medidas a favor de los usuarios finales discapacitados –en la medida en que su discapacidad afecte a su acceso al servicio universal– y de los que se encuentren en condiciones sociales más frágiles.

En relación con los usuarios discapacitados –con los que la propia LGTel03 parece mostrarse especialmente sensible–,<sup>28</sup> el marco vigente se limita a concretar una garantía de equiparabilidad de las condiciones de acceso de estos usuarios, respecto de las de los usuarios

25. Se precisa, además, que tales cabinas deben hacer posible efectuar llamadas de emergencia de forma gratuita sin tener que utilizar ninguna forma de pago, utilizando el número único de llamadas de emergencia 112 y otros números de emergencia españoles. En la versión hoy vigente del artículo 22.1.c) de la LGTel03, introducida también por el artículo 7 de la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de medidas de impulso de la sociedad de la información, se ha introducido una referencia final: “Asimismo, en los términos que se definan por la normativa vigente para el servicio universal, que exista una oferta suficiente de equipos terminales de acceso a Internet de banda ancha”. Referencia cuya concreción queda pospuesta, como en el caso del apartado a) del mismo artículo 22.1, al que ya hicimos referencia.

26. Y es que la mención expresa al “municipio” como entidad local de referencia, puede excluir del ámbito del servicio universal núcleos de población que, en buena lógica, deberían estar perfectamente cubiertos por esta medida. Piénsese que en determinadas zonas del territorio nacional –como Asturias–, el municipio abarca distintos núcleos de población desperdigados, circunstancia que hubiera merecido una atención particular –más matizada– por parte de la norma.

27. En los municipios que no superen aquel nivel de población, la instalación del teléfono público de pago solo se convierte en obligación para el operador designado si concurren –de forma alternativa– una serie de circunstancias especificadas por el propio RSU05: “la existencia de una distancia elevada a facilidades similares, la baja penetración del servicio telefónico fijo, la falta de accesibilidad del servicio telefónico móvil o la elevada tasa de población flotante.”

28. Así cabría reconocerlo, al comprobar que en el Consejo Asesor de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información –órgano asesor del Gobierno en la materia– se ha contemplado expresamente que este colectivo esté específicamente representado (*vid.* apartado 3 de la disposición adicional quinta de la Ley).

sin discapacidad.<sup>29</sup> Así pues, las medidas arbitradas por la LGTel03 (artículo 33.2), el RSU05 (artículo 32.4) y la Carta de derechos del usuario (artículos 28 y 29) se limitan a dar a estos usuarios acceso a determinados elementos del servicio universal en condiciones equiparables al resto de los usuarios –lo cual incorpora criterios específicos de asequibilidad a los que es sensible el vigente Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos (CDGAE), al que posteriormente haremos referencia–, siendo así que, en particular, se recogen medidas en relación con los equipos terminales,<sup>30</sup> con las facturas y la publicidad suministrada a los abonados de telefonía fija<sup>31</sup> y, finalmente, con los teléfonos públicos de pago.<sup>32</sup>

De otro lado, en relación con las “personas con necesidades sociales especiales”, las previsiones de la LGTel03, que asume como objetivo que tengan acceso al servicio telefónico disponible al público o que –como garantía devaluada– puedan hacer uso del mismo,<sup>33</sup> ofreciéndoles opciones o paquetes de tarifas “que difieran de las aplicadas en condiciones normales de explotación comercial”, siempre bajo “condiciones transparentes, públicas y no discriminatorias”, se han visto concretadas, en términos restrictivos, por el artículo 35.2.a) 1º RSU05, que contempla un sistema de ayudas directas –el llamado “abono social”–<sup>34</sup> exclusivamente a favor de “los colectivos de pensionistas y jubilados cuya renta familiar no exceda del índice que se determine, en cada momento, por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos”. Índice de referencia que, desde que entrara en vigor el Acuerdo

de la CDGAE vigente, de 27 de enero de 2007, ha dejado de ser el salario mínimo interprofesional para identificarse con el Índice Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM);<sup>35</sup> siendo así que el sucesivo Acuerdo de 16 de abril de 2009 ha introducido una modificación puntual en este aspecto, fijando el umbral de renta familiar que da acceso al abono social en función del 110% del IPREM.<sup>36</sup> El propio Acuerdo incorpora, además, como novedad, la identificación como beneficiarios no solo de los perceptores de pensiones públicas, sino también de pensiones privadas que hayan sido reconocidas mediante resolución judicial.

Estas medidas inciden, en definitiva, en las condiciones de asequibilidad del servicio universal, para algunos usuarios con necesidades especiales, lo que no debe hacer olvidar que la garantía de asequibilidad es consustancial al servicio universal en su conjunto. A este aspecto fundamental del servicio universal nos referimos al tratar de la financiación, cuestión con la que, por razones obvias, está íntimamente relacionado.

#### 4. QUIÉN: mecanismos de designación del operador obligado a prestar el servicio universal. De la designación directa a la licitación pública

En rigor, en la garantía del servicio universal todos los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas están obligados. Ello no quiere decir, sin embargo, que todos ellos deban prestar obligatoriamente

29. Se ha perdido, con ello, la oportunidad de profundizar en una línea apuntada en el marco derogado, y que la Directiva de servicio universal contempla en términos potestativos, dirigida a favorecer que estos usuarios finales “puedan beneficiarse de la capacidad de elección de operadores de que disfruta la mayoría de los usuarios finales” (artículo 22.2.).

30. Se exige al operador designado que promueva la existencia de una “oferta suficiente” y tecnológicamente actualizada de terminales especiales, adaptados a los diferentes tipos de discapacidades, y que realice una difusión suficiente de tal oferta. Obsérvese que en este caso no se especifica qué pueda entenderse por “oferta suficiente”, ni se dan pautas para su concreción, lo que reduce drásticamente la virtualidad de esta previsión.

31. En particular, para los abonados de telefonía fija invidentes o con discapacidad visual, se les reconoce el derecho a obtener, previa solicitud al operador designado, esta información en sistema Braille o en letras grandes.

32. Como novedad de la nueva legislación, se requiere al operador designado para que mejore progresivamente las condiciones de su accesibilidad a los usuarios discapacitados. Se trata, esta, de una previsión que se refiere, con carácter general, a todo tipo de discapacidad, aun cuando el mismo artículo 32.4 RSU05 mencione expresamente a “los usuarios en silla de ruedas o con deficiencias de crecimiento”. De ahí que quepa plantearse que, con ella, puede concretarse la posibilidad de ofrecer, para los usuarios sordos, teléfonos de texto públicos, tal y como se plantea la Directiva 2002/22/CE.

33. Obsérvese que esta última expresión permite incorporar fórmulas que no supongan la conexión del usuario a la red telefónica, como pueda ser la facilitación de tarjetas prepagadas para su utilización en teléfonos de uso público.

34. Su contenido queda limitado a la aplicación de una bonificación en el importe de la cuota de alta y en la cuota fija de carácter periódico del servicio telefónico, del 70 y del 95% respectivamente, en función del vigente Acuerdo de la CDGAE, al que posteriormente haremos referencia.

35. Que venía siendo de aplicación transitoria en aplicación del apartado 4 de la disposición transitoria segunda del RSU05.

36. Vid. Orden PRE/1231/2009, de 18 de mayo, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 16 de abril de 2009, por el que se modifica el umbral de renta familiar que da acceso al abono social.

todos o parte de los elementos del servicio universal: para la garantía del servicio universal, algunos operadores quedarán obligados de forma activa –mediante su designación para ser prestadores obligatorios de estos servicios o facilidades–, mientras que, en principio, todos los operadores están obligados de forma pasiva, en el sentido de que, sin que por ello queden obligados a prestar por sí mismos el servicio universal, quedan obligados a coadyuvar en su financiación, en la medida en que se constituya un mecanismo de cofinanciación del coste neto derivado de su prestación.<sup>37</sup> Se han descartado, pues, en este ámbito otras fórmulas posibles para articular la garantía de la prestación de los servicios de interés económico general: en un extremo, la de otorgar a un único operador, mediante concesión, derechos exclusivos para la prestación de la actividad de interés general; en el otro, la de imponer a todos los operadores del mercado “obligaciones de interés general” en sentido activo.<sup>38</sup> La fórmula adoptada en el ámbito de las telecomunicaciones –la de “designar a un operador o a un número limitado de éstos con obligaciones específicas sin concederles derechos especiales o exclusivos”, en expresión de la Comisión Europea en su Comunicación de 20 de septiembre de 2000– parece, no hay duda, por razones de eficacia y proporcionalidad, la más adecuada para muchos de los elementos del servicio universal y, sobre todo, para el que constituye su núcleo principal, el acceso a la red desde una ubicación fija: no tiene sentido obligar a los pequeños operadores a asumir prestaciones para las que son ineficientes y que, por sí mismas, dificultarán su asentamiento en el mercado.

El problema se plantea a la hora de identificar a los concretos operadores que deben prestar el servicio universal. Y ello por la sencilla razón de que, no lo olvidemos, en un contexto liberalizado, todos los operadores debidamente habilitados para prestar los elementos del servicio universal (hoy bajo la fórmula simplificada de la mera notificación a la CMT, artículo 6 LGTel03) pueden prestar tales elementos, lo que supone que los usuarios podrán dirigirse a ellos para obtener las

prestaciones que componen el servicio universal; si bien solo los operadores designados para la prestación del servicio universal no podrán negarse a su prestación en las condiciones tasadas de precio y calidad que configuran el estándar, en cada momento vigente, de esta obligación de servicio público.

Se trata, en definitiva, de establecer mecanismos de designación del operador u operadores obligados a prestar todo o parte del servicio universal. Mecanismos que, a pesar de la aparente paradoja, no excluyen, particularmente desde la aprobación de la LGTel03, que los propios operadores asuman voluntariamente tal obligación y que, incluso, se postulen al efecto.

La LGTel03, frente a su antecesora de 1998, presenta, en efecto, varias novedades. Bajo la LGTel98, la designación del operador obligado a prestar el servicio universal estaba impregnada de la intensa inspiración asimétrica, sectorial y *ex ante* de una normativa que pretendía encarar los primeros pasos de un mercado recién liberalizado en su totalidad, lo que se traducía en la imposición de la obligación de servicio universal al entonces llamado “operador dominante”, identificado –en aplicación del criterio formal de la superación del 25% de la cuota de mercado– con Telefónica de España, S.A. Frente a este modelo de confesada asimetría, la LGTel03 pretende desenvolverse en un mercado en fase de maduración, lo que le permite asumir varias premisas radicalmente novedosas. En rigor, por aplicación del principio de subsidiariedad, la necesidad de designar a un operador para prestar todo o parte del servicio universal solo se activará cuando los componentes de aquel concepto no sean prestados eficazmente en el mercado, a todos los ciudadanos, en unas adecuadas condiciones de calidad y precio (artículos 20.1 LGTel03 y 26.2 RSU05), lo que implicará, de forma inmediata, que la designación puede ser limitada, en términos geográficos u objetivos (artículo 23 LGTel03). A lo que se suma la contemplación de la posibilidad de que haya operadores interesados en prestar todo o parte del servicio universal, lo que implica que debe darse prioridad a un procedimiento de licitación

37. Bien es verdad que, en la práctica, en la medida en que no se constituya un fondo de cofinanciación del servicio universal –como, de hecho, ha sucedido en España hasta el ejercicio 2003–, o en la medida en que se recurra a vías distintas de financiación, como la derivada de presupuestos públicos, la obligación pasiva queda vacía de contenido. Pero, conceptualmente, no debemos dejar de insistir en que la obligación de garantizar el servicio universal recae en todos los operadores, lo que permite articular la obligación de cofinanciación en los términos que veremos en el apartado siguiente.

38. Un abanico de variantes ha sido admitido por la Comisión Europea –en su Comunicación de 20 de septiembre de 2000– al contemplar los modelos posibles para la prestación de los “servicios de interés económico general”. Al respecto, *vid.* CARLÓN RUIZ, M., “Nuevas técnicas para nuevos tiempos: del servicio público al servicio universal”, *op. cit.*

pública, dejando la fórmula de la designación directa como mecanismo subsidiario. Resulta así que, aunque pueda sorprender a quien quisiera ver en los servicios de interés general una metamorfosis radical del servicio público más clásico, el régimen vigente del servicio universal se apoya prioritariamente en un modelo de corte concesional, si bien acotado a las prestaciones de servicio universal que no sean prestadas de forma espontánea por el mercado.

A la luz de lo previsto en el artículo 23 de la LGTel03, cualquier operador podrá ser designado para prestar total o parcialmente el servicio universal. Es más, si nos atenemos al concepto legal de “operador”, que tiende a diluirse toda vez que el sistema de acceso al mercado de las comunicaciones electrónicas se ha simplificado notablemente,<sup>39</sup> debemos concluir que cualquiera que preste, *de iure* o *de facto*, redes o servicios de comunicaciones electrónicas, puede ser –en principio– designado para la prestación de obligaciones de servicio universal, incluso –teniendo en cuenta que algunas prestaciones de servicio universal no son estrictamente servicios de comunicaciones electrónicas– sujetos que no sean propiamente operadores. En rigor, mientras que los operadores *de facto* no están eximidos de la posibilidad de ser designados, solo los operadores *de iure* tienen reconocido el derecho a serlo, lo que entronca con la priorización de la designación mediante licitación pública.

El modelo así construido exige como paso previo la convocatoria de una consulta pública, para tantear el interés de los distintos operadores en la prestación de los componentes del servicio universal. Los operadores que se muestren interesados en su prestación contestarán a la consulta a través de una comunicación formal al Ministerio, que puede resultar vinculante: si varios operadores muestran su interés, el procedimiento de licitación pública es obligado; de no ser así, queda a criterio del Ministerio, que, de no considerarlo oportuno, aplicará un procedimiento de designación directa. De todo lo cual se deduce, como la práctica habida hasta ahora ha demostrado, que el diseño de tal consulta previa se muestra crucial para facilitar la activación plena del modelo instaurado por la LGTel03.

Es evidente que la aparente paradoja que se encierra en la aplicación del principio de concurrencia cuando se trata de imponer una obligación –en este caso, de servicio universal, constreñida por exigencias de accesibilidad y asequibilidad que pugnan, en principio, con la vocación de ánimo de lucro ínsita en la actividad empresarial– se ve superada si se configura el contenido concreto de la obligación bajo criterios equilibrados –particularmente en términos de precio, de cobertura geográfica, en su caso, de exclusividad en la propia designación y, en último término, de financiación– que hagan su prestación atractiva, atendiendo muy particularmente al dato de que la prestación de obligaciones de servicio universal incorpora –como veremos al tratar de la financiación– unos “beneficios no monetarios” o “beneficios intangibles” que pueden hacer atractiva su prestación, incluso aunque no genere un balance positivo en términos contables. A estos efectos es clave que la consulta pública sea lo más neutra posible, a los efectos de tantear, propiamente, el interés de los distintos operadores en la prestación del servicio universal, proponiendo, en su caso, una fragmentación geográfica u objetiva, pero sin adelantarse a fijar las condiciones de prestación de unos y otros elementos del servicio universal.

No sucedió así, sin embargo, en la primera consulta abierta a estos efectos por el Ministerio con fecha 21 de diciembre de 2005.<sup>40</sup> El diseño de la consulta, que evitó toda fragmentación real del servicio universal y adelantó unos criterios de otorgamiento de la licitación basados en el menor coste, influyó severamente en que solo TESAU contestara mostrando su interés en prestar el servicio universal, lo que se tradujo en su confirmación como operador obligado, condición que mantenía transitoriamente hasta el 31 de diciembre de 2007 por haber sido considerado “operador dominante”, conforme al marco derogado (DDTT 1 LGTel03 y RSU05), y en la que fue sucesivamente designado mediante Real decreto 1768/2007 hasta el 31 de diciembre de 2010. En el nuevo marco, la aplicación de cualquiera de los criterios objetivos de designación directa que contempla el artículo 38 RSU05 –condición de operador con

39. Si nos atenemos a la definición legal (referencia 21 del anexo a la LGTel03), “operador” será toda “persona física o jurídica que explota redes públicas de comunicaciones electrónicas o presta servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público y ha notificado a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el inicio de su actividad.”

40. Resolución de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, mediante la que se publicó en el BOE la consulta pública sobre la designación de operadores para la prestación del servicio universal de telecomunicaciones (BOE de 28 de diciembre de 2005).

Poder Significativo en el Mercado (PSM), condición de operador que viniera prestando el servicio universal y, subsidiariamente, la condición de operador con mayor cuota de mercado— conduce, en efecto, a la designación de este operador.

La reacción de la Comisión Europea ante la consulta de 2005, que abrió un procedimiento contra España a instancia de un operador de servicios de consulta telefónica, forzó la reacción del Ministerio. De forma inmediata convocó un procedimiento de licitación pública en relación con estos servicios incluidos en el servicio universal (Orden ITC/2833/2008, de 8 de octubre),<sup>41</sup> licitación a la que se presentaron tres candidatos, si bien fue resuelta a favor de TESAU,<sup>42</sup> de modo que, mediante la Orden ITC/3809/2008, de 23 de diciembre, se le adjudicó de forma definitiva la licitación, y mediante la Orden ITC/3808/2008, de la misma fecha, se le designó de forma directa para prestar los restantes elementos del servicio universal hasta el 31 de diciembre de 2010. Más recientemente, se convocó una nueva consulta pública para conocer el interés de los operadores en prestar los demás componentes del servicio universal, consulta que ha estado abierta hasta el 26 de octubre de 2009, de modo que, sin poder conocer aún sus resultados, se puede adelantar que en ella se hace expresa la intención de convocar nuevas licitaciones públicas respecto de los restantes componentes del servicio universal, de modo que se pretende generalizar un mecanismo que se puede demostrar muy útil para articular los principios que se contraponen en la garantía del servicio universal.

## 5. CUÁNTO: el carácter asequible del servicio universal en conexión con la cuestión de la financiación. La creación del Fondo Nacional de Financiación del Servicio Universal

La garantía de la asequibilidad del servicio universal, que se integra, junto con la accesibilidad, en el núcleo duro de esta peculiar obligación de servicio público, revela como uno de los elementos principales de su regulación

el de su financiación: en la medida en que la asequibilidad suponga falta de rentabilidad, surge el problema de compensar al operador obligado por su prestación. Surgen así, en la órbita del servicio universal, dos temas clásicos del servicio público, el de la fijación de sus precios y, de forma más amplia, el de su financiación.

En el modelo de servicio público clásico, la garantía de asequibilidad de las prestaciones se materializaba mediante el ejercicio de la potestad tarifaria: el titular del servicio podía, como facultad inherente a esa titularidad, fijar los precios (propriadamente, las tarifas) a pagar por los usuarios, siendo así que en esta operación se guiaba, precisamente por la vocación de asequibilidad, por el principio de subvenciones cruzadas, de modo que para las prestaciones que se consideraban de mayor “interés público” —en concreto, la cuota de conexión, la de abono mensual y las llamadas locales— se fijaban tarifas por debajo de costes, que eran compensadas por las tarifas (superiores a los costes) que se imponían a otros servicios, en particular los internacionales. Todo ello dentro de la lógica del equilibrio económico-financiero del contrato concesional.

Contra este planteamiento pugna desde su origen el proceso de liberalización. No ya solo en vía de principio, dado que la desaparición de la titularidad pública de la actividad, en términos omnicomprendivos, anula la potestad tarifaria propiadamente entendida, sino porque uno de los principios nucleares del proceso liberalizador, precisamente como medio para lograr hacer efectiva la competencia, es el principio de orientación de precios a costes. Principio, como es evidente, radicalmente incompatible con el de las subvenciones cruzadas, y que asume como primer objetivo eliminar el llamado “déficit de acceso”.<sup>43</sup> ¿Cómo garantizar, entonces, la asequibilidad de las prestaciones del servicio universal en un entorno liberalizado?

En un entorno liberalizado, la potestad tarifaria se ve sustituida por la potestad de fijación de lo que se califica como “precios regulados”, en la medida en que no quedan sometidos plenamente a la libre decisión del operador en ejercicio de su libertad de empresa. O no al menos para todos los operadores, o para todos

41. Orden ITC/2833/2008, de 8 de octubre, por la que se aprueba el pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas para la designación de operador encargado de la prestación del elemento de servicio universal relativo al servicio de consulta telefónica sobre números de abonado, y se convoca el correspondiente procedimiento de licitación.

42. Los licitadores fueron TESAU, 11888 Servicio de Consulta Telefónica, S.A., y 11811 Nueva Información Telefónica, S.A.U.

43. Y ello con la consecuencia inmediata del aumento de las cuotas de conexión y de abono y de los precios de los servicios locales, frente a la bajada de los precios de los servicios internacionales. Con la pretensión de transponer las disposiciones comunitarias al respecto, la DT 4ª LGTel98 previó la posibilidad de que la CDGAE estableciera un recargo transitorio sobre los

los servicios. Y ello en el bien entendido de que, durante la vigencia de la LGTel98, la política de control de precios se constituyó por sí misma como una técnica de carácter sectorial, *ex ante* y asimétrico, tendente a garantizar, de forma prioritaria, la libre competencia, lo que facilitaba, por la misma vía, la garantía de la asequibilidad del servicio universal, dado que ambas políticas de precios se aplicaban sobre un mismo operador –el operador “dominante”–, el cual era, por ese mismo dato, tal y como nos consta, el operador obligado a prestar el servicio universal.

El problema surge cuando, en el marco normativo inaugurado por la LGTel03, este esquema queda radicalmente alterado, ya que la imposición de obligaciones de control de precios dependerá de lo que decida la CMT al realizar el análisis de un concreto mercado y, en su caso, actuar sobre el hoy llamado operador con Poder Significativo de Mercado (PSM) en el mismo, siempre bajo la condición previa de que concluya que, en el correspondiente mercado, la competencia no es efectiva.<sup>44</sup> A ello se suma, además, el dato de que la designación del operador obligado a prestar todo o parte del servicio universal ya no queda –como nos consta– vinculada de forma automática con esta condición de operador PSM, lo que se traduce en que, cuando la designación se produce a través de una licitación pública, es el propio procedimiento de designación el que, en la medida en que fija las condiciones de

precio, es mecanismo de garantía de la asequibilidad. Fuera de estos supuestos, la garantía de la asequibilidad queda en manos de la CDGAE, si bien con un cierto grado de indefinición, ya que el artículo 35.1 RSU05 especifica que a esta Comisión Delegada le corresponde “garantizar el carácter asequible” de los precios del servicio universal, no su fijación;<sup>45</sup> y lo hará a propuesta conjunta del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y del Ministerio de Economía y Hacienda, y previo informe de la CMT.

El primer acuerdo de la CDGAE, de 22 de diciembre de 2005, se limitó a prorrogar el régimen transitorio que la DT 3ª LGTel03 había asumido en tanto en cuanto la CMT no concluyera sus trabajos de definición y análisis de los mercados de referencia, de modo que prolongó en el tiempo los precios entonces vigentes, “de forma que ni el tráfico ni la cuota de abono experimenten subidas”, si bien incluyó como novedad la tarificación por segundos.<sup>46</sup> El vigente, de 27 de enero de 2007, publicado como Orden PRE/531/2007, de 5 de marzo, impone para el servicio telefónico disponible al público de uso privado una estructura de precios, que obligatoriamente debe integrar la cuota de conexión y la de abono, y el desglose de llamadas de fijo a fijo en las distintas distancias (metropolitano, provincial, interprovincial e internacional) y de llamadas de fijo a móvil, siendo así que para estos componentes de precio y para los del servicio de consulta telefónica se

---

precios de interconexión. Posteriormente, la Orden de 31 de julio de 1998, sobre reequilibrio tarifario de los servicios prestados por TESAU, fijó un aumento de la cuota fija, política en la que insistió el Real decreto-ley 16/1996, de 15 de octubre, por el que se adoptan medidas para combatir la inflación y facilitar un mayor grado de competencia en las telecomunicaciones. Todas estas previsiones no fueron, sin embargo, consideradas suficientes por las instancias comunitarias, lo que condujo a la condena de España –como había ocurrido previamente con Francia en la Sentencia de 6 de diciembre de 2001 (asunto C-146/00, Comisión c. Francia)– mediante STJCE de 7 de enero de 2004 (asunto C-500/01, Comisión c. Reino de España), por entender que se había incumplido el plazo para resolver el problema del déficit de acceso. Con todo, la propia Sentencia reconoce que en 2003 se había resuelto el problema gracias a las sucesivas subidas en las cuotas de abono.

44. El procedimiento para llevar a cabo el análisis de mercado y, en su caso, la consiguiente identificación del operador con PSM, viene desarrollado en el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por el Real decreto 2296/2004, de 10 de diciembre. El apartado 8 del anexo II de la LGTel03, identifica al “operador con poder significativo en el mercado” como aquel “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”. No hay que olvidar, sin embargo, en el nuevo marco, el criterio de la cuota de mercado, ya que jurisprudencia europea consolidada reconoce en cuotas superiores al 50% un indicio claro de posición de dominio. *Vid.*, por todas, STJCE de 13 de febrero de 1979 en el asunto 85/76, Hoffman-La Roche contra Comisión de las Comunidades.

45. Estas técnicas, aún devaluadas, de fijación de precios en aras a garantizar la asequibilidad de los distintos componentes del servicio universal, se complementan con medidas para el control del gasto, a las que se refiere el artículo 35.2 RSU05, pudiendo ser sistematizadas en los tres grupos siguientes: a) las medidas que pretenden, por vía indirecta, favorecer en el futuro la reducción de los gastos a través de la aportación de información –como la obligación general de facilitar información y, sobre todo, la facturación detallada–; b) las medidas que se dirigen, directamente, a lograr una reducción en los gastos –en particular, la posibilidad de restringir el acceso a determinados servicios–, y c) las medidas que pretenden facilitar el pago de los gastos –como las referidas a la frecuencia y a las formas de pago de las facturas–.

46. Acuerdo publicado mediante Orden PRE/4079/2005, de 27 de diciembre.

asumen como punto de partida los precios vigentes en el momento de entrada en vigor del Acuerdo, de modo que cualquier modificación de dichos precios debe ser comunicada por TESAU a los ministerios de Economía y Hacienda y de Industria, con una antelación mínima de 21 días. La CDGAE, a propuesta de ambos ministerios y previo informe de la CMT, podrá suspender la aplicación de alguna de las modificaciones propuestas “cuando lo considere necesario para garantizar la asequibilidad de los precios del servicio universal”.

A las anteriores previsiones se unen los planes de precios fijados directamente por el Acuerdo –abono social, para abonados invidentes o con graves dificultades visuales, y para usuarios sordos o con graves dificultades auditivas<sup>47</sup> y, para los teléfonos públicos de pago incluidos en el servicio universal, la exigencia de que se apliquen precios uniformes a nivel nacional para cada uno de los tipos de llamadas más arriba identificados, sin que tales precios puedan implicar la aplicación de un recargo superior al 51’56% respecto de los precios aplicados a los abonados, obligándose a la devolución del saldo sobrante sobre la base de las monedas previamente depositadas.

En la medida en que, en los términos descritos, el servicio universal integra la exigencia de su asequibilidad, sigue presente, en relación con esta nueva técnica de servicio público, el viejo problema de la financiación de los servicios públicos, si bien con dificultades añadidas. No se trata ya, tan solo –lo que no es poco–,

de asegurar la “sostenibilidad económica” del servicio público, lo que se lograba, en un contexto concesional, combinando la potestad tarifaria con el otorgamiento de derechos especiales o exclusivos al concesionario, otorgándole, en su caso, subvenciones directas o indirectas aportadas por el Estado. En el nuevo contexto liberalizado, en la medida en que la garantía misma de asequibilidad supone una excepción a las reglas del mercado, la financiación del servicio universal debe encontrar un difícil equilibrio entre la garantía eficiente de sus prestaciones y la neutralidad respecto del libre desenvolvimiento del mercado, lo que se traducirá, en su caso, en la necesidad de compensación por la prestación del servicio universal. Esto supone que, asumiendo que la imposición de obligaciones de servicio público implica –a priori– una distorsión del mercado, debe reconstruirse la situación competitiva como si tal distorsión no se hubiera producido, evitando, en todo caso, que se produzca una distorsión de la competencia.<sup>48</sup> Se trata, en definitiva, de compensar al operador u operadores designados para prestar el servicio universal por la carga implícita en la prestación de este servicio, siempre y cuando esa carga se pueda considerar “injustificada” y esa compensación se mantenga como tal, dado que todo exceso respecto de lo que propiamente pueda ser calificado como compensación por la prestación de obligaciones de servicio público, quedará sometido al régimen de las ayudas de Estado en aplicación de la jurisprudencia Altmark.<sup>49</sup>

47. El artículo 29 de la Carta de derechos del usuario de telecomunicaciones hace referencia a estos tres tipos de planes, sin ofrecer, como no podía ser de otro modo, precisión alguna al respecto.

48. Es importante distinguir entre el principio de mínima distorsión del mercado y el de exclusión de toda distorsión de la competencia. Uno y otro principio están recogidos en la propia Directiva de servicio universal: mientras que el artículo 1.2 excluye taxativamente el efecto de distorsión de la competencia por efecto del servicio universal –lo que conduce, precisamente, a la necesidad de compensar si la prestación del servicio universal implica una carga injustificada–, el 3.2 formula el principio de mínima distorsión del mercado, “en particular cuando la prestación de servicios se realice a precios o en condiciones divergentes de las prácticas comerciales normales, salvaguardando al mismo tiempo el interés público”. Este último principio estará particularmente presente en aquel mecanismo de financiación [artículos 13.1.b) y 13.3] cuando se decida compartir el coste entre los operadores del mercado.

49. *Vid.* STJCE de 24 de julio de 2003 (asunto C-280/00, Altmark Trans). En la medida en que los criterios sentados por esta jurisprudencia sean reconocibles en el supuesto a valorar, la compensación no podrá ser considerada como ayuda de Estado; si fallan uno o varios de los requisitos fijados por aquella Sentencia, la aportación pública en cuestión –y siempre y cuando concurren los requisitos generales contemplados en el artículo 87.1 TCE– debe ser considerada como una ayuda de Estado, si bien no deberá ser notificada si cumple los requisitos fijados por la Decisión de la Comisión 2005/842/CE, de 28 de noviembre de 2005, relativa a la aplicación de las disposiciones del artículo 86, apartado 2, del TCE a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general (DOCE L 312/67). En el caso de ser notificada, el marco comunitario sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público orienta sobre los criterios con los que la Comisión entrará a valorar su compatibilidad (Documento 2005/C 297/04, de 29 de noviembre de 2005). Y ello sin perjuicio de los supuestos en los que se pretenda aplicar fondos estructurales para la financiación de iniciativas en el sector de las comunicaciones electrónicas, en cuyo caso no se podrá hablar propiamente de ayudas de Estado, siempre y que se cumplan los criterios fijados por las líneas directrices relativas a los criterios y modalidades de aplicación de los fondos estructurales a favor de las comunicaciones electrónicas, aprobadas en julio de 2003. Como, de hecho, ha sido la vía asumida por España a la hora de adoptar iniciativas públicas para favorecer la extensión de la banda ancha en cumplimiento de los compromisos adquiridos

La obligación de compensar por la prestación del servicio universal requiere, antes y ahora, que se cumpla una doble condición (artículo 24.1 LGTel03): que tal prestación haya implicado para el operador una “carga injustificada” –expresión que en la LGTel03 sustituye a la de “desventaja competitiva” contenida en la LGTel98, con los efectos que veremos– y que se haya derivado de la misma un coste neto. En rigor, tal y como ha confirmado el Tribunal Supremo mediante Sentencia de 10 de julio de 2007, confirmando una previa de la Audiencia Nacional que desautorizó la práctica anterior de la CMT,<sup>50</sup> el cálculo del “coste neto” es previo, y solo cuando este cálculo arroje un saldo positivo deberá valorarse si la prestación del servicio universal ha supuesto una carga injustificada.<sup>51</sup>

Con todo, en rigor, la comprobación del doble requisito solo es propiamente exigible en el caso de que no se haya recurrido al procedimiento de licitación pública para designar al operador obligado a prestar el servicio universal. Si se hubiera recurrido a tal procedimiento, el coste neto derivado de la prestación del servicio universal será determinado a través del propio procedimiento de licitación, en cuyo caso –siempre que el procedimiento de licitación identifique un coste– solo deberá valorarse si ello ha supuesto al operador una “carga injustificada” (artículos 24.2 LGTel03 y 39 RSU05, según la redacción dada a este último por el Real decreto 329/2009).<sup>52</sup> Solo si la designación se pro-

duce de forma directa habrá que calcular, propiamente, el coste neto derivado de la prestación del servicio en una operación *ex post*, cuyo objetivo es determinar el ahorro neto que el operador conseguiría si no tuviera la obligación de prestar el servicio universal, calculado de acuerdo con el procedimiento que se establece en los artículos 40 a 46 del RSU05: solo en el caso de que tal cálculo arroje una cifra positiva, deberá ponderarse, sucesivamente, si ese coste neto supuso al operador designado una carga injustificada. Así se deduce de los dos primeros apartados del artículo 39 del RSU05.

El cálculo *ex post* del coste neto derivado de la prestación del servicio universal se basa en reconstruir, en ponderación de la actuación a largo plazo de un hipotético operador eficiente (para evitar compensar las ineficiencias del operador designado), el coste derivado de la prestación de aquel a los clientes “inviabiles”: a tal fin se identifican tanto por zonas –el “componente territorial”, cifrado en las llamadas “zonas no rentables”– como por servicios –el “componente social”, identificado con los “servicios no rentables”–, según unos criterios fijados por la CMT.<sup>53</sup> Deberán computarse, en todo caso, tanto los gastos como los ingresos y, entre estos últimos, los llamados “beneficios intangibles”,<sup>54</sup> para lo que es imprescindible que el operador mantenga una contabilidad de costes.<sup>55</sup> La CMT verifica y, en su caso, aprueba el cálculo del coste que le presente anualmente el operador.

---

en el marco del Plan de acción eEurope 2005, si bien conviene advertir que la propia Comisión plantea la aplicación extensiva de estos criterios cuando las iniciativas sean objeto de cualquier tipo de financiación pública (COM(2004) 369 final, de 12 de mayo de 2004, apartado 3.1 *in fine*). Estas cuestiones son tratadas más extensamente en CARLÓN RUIZ, M., “Nuevas técnicas para nuevos tiempos...”, *op. cit.*

50. RJCA 2007/7726. Esta STS confirmó, en efecto, la SAN de 21 de octubre de 2004 (RJCA 2005, 295).

51. Mediante resolución de 19 de julio de 2001, este organismo acordó no aprobar el cálculo del coste neto presentado por Telefónica para los años 1998 y 1999, a pesar de lo cual –y sin calcular por sí mismo este coste– concluyó que la prestación del servicio universal no había supuesto una “desventaja competitiva” para el operador y que, en consecuencia, no tenía derecho a ser compensado. Este es el razonamiento desautorizado por la Audiencia Nacional.

52. Hasta la reforma del precepto, la identificación de un coste neto por el procedimiento de licitación automatizaba la consideración de la existencia de una carga injustificada. Conviene advertir, con todo, que en la limitada práctica habida hasta ahora, la de la licitación para el servicio de consulta pública, el propio procedimiento de licitación fijaba como premisa la inexistencia de coste neto (cláusula 8.c) del pliego aprobado mediante Orden ITC/2833/2008.

53. Desde la STS de 10 de julio de 2007 (RJ 2007/7726), se confirmó la legalidad de la determinación de zonas no rentables efectuada por la CMT.

54. Estos “beneficios no monetarios”, calificados como “beneficios intangibles” en la terminología comunitaria, suponen un indudable beneficio derivado de la prestación del servicio universal, que debe ser cuantificado y computado a los efectos de calcular el coste neto de una concreta anualidad. La importancia de estos beneficios puede ser crucial en el nuevo contexto, toda vez que –tal y como hemos tenido ocasión de advertir– su propia existencia puede ser suficiente atractiva para hacer factible un procedimiento de licitación pública para la designación del operador obligado a la prestación de todo o parte del servicio universal. Entre ellos destaca el RSU05, sin ánimo de exhaustividad, el mayor reconocimiento de marca, las ventajas derivadas de la ubicuidad, la valoración de los clientes o grupos de clientes, teniendo en cuenta su ciclo de vida, así como las ventajas comerciales que implica el tener acceso a todo tipo de datos sobre el servicio telefónico. De entre estos criterios, la CMT solo ha venido aplicando hasta ahora el de la ubicuidad.

55. El artículo 44 RSU05 exige para el cálculo del coste neto una suerte de “contabilidad de costes” que se exigirá a estos efectos en todo caso, con independencia de las exigencias de este orden que se puedan imponer al operador designado desde la perspectiva del control del mercado.

Tal y como adelantábamos, si del cálculo verificado se desprende un saldo positivo, la CMT deberá valorar si la prestación misma del servicio universal ha supuesto para el operador designado una “carga injustificada” (expresión esta que, en el seno de la LGTel03, sustituye a la “desventaja competitiva”, de lo que la CMT extrae importantes consecuencias), sin que ni la LGTel03 ni el RSU05 ofrezcan criterios para identificar este nuevo concepto jurídico indeterminado, todo lo cual genera dificultades añadidas para la labor de control judicial.

Sin perjuicio del cambio de criterio incorporado a la LGTel03, y siendo sustancialmente igual el sistema de cálculo del coste neto bajo la LGTel98 y bajo la vigente LGTel03, conviene tener presente que en los ejercicios verificados hasta ahora, la CMT ha asumido una posición progresivamente más generosa con la situación de TESAU. Para los primeros ejercicios, años 1998 y 1999, concluyó, aun sin aprobar el cálculo del coste neto propuesto por Telefónica, que la inexistencia de “desventaja competitiva” impedía reconocerle derecho a compensación, criterio desautorizado, como advertimos, por la STS de 10 de julio de 2007. Para los ejercicios 2000, 2001 y 2002, la CMT concluyó que sí existió coste neto, pero no “desventaja competitiva”, sobre la base de un argumento pretendidamente claro: la cuota de mercado del operador designado apenas se había reducido, siendo mayores su nivel de ingresos por cliente, su eficiencia operativa y los márgenes extraordinarios obtenidos. Criterio que fue confirmado, para el ejercicio 2000, por la STS de 30 de noviembre de 2007,<sup>55</sup> pero no por las SSTS de 25 y 24 de febrero de 2009, respectivamente, para los ejercicios 2001 y 2002, que avalaron la conclusión de la Audiencia Na-

cional de que para valorar si había existido “una carga injustificada o una desventaja competitiva” debían tomarse en consideración “la telefonía fija, la telefonía móvil y las redes públicas en las zonas no rentables”.<sup>56</sup>

Más recientemente, para los ejercicios 2003 a 2005 y 2006, la CMT ha considerado, finalmente, que el operador designado había incurrido en un coste neto que, además, le había supuesto una carga injustificada. Así se apreció, respectivamente, en las resoluciones de 29 de noviembre de 2007 y de 12 de marzo de 2008, en las que se advirtió que el cambio de criterio –de la “desventaja competitiva” a la “carga injustificada”– supone aligerar el requisito, limitado a la mera apreciación de si la carga tiene o no una “justificación objetiva”.<sup>57</sup>

Sea como fuere, alcanzada esta conclusión, se hizo, por primera vez, necesario abrir el procedimiento de compensación.

Cuando se trata de compensar por la prestación del servicio universal, surge como duda inmediata de dónde deben extraerse los recursos para hacer efectiva esta compensación. El legislador español ha descartado otras fórmulas contempladas por la Directiva 2002/22/CE, más respetuosas con los principios que inspiran el modelo –en particular, la financiación a través de presupuestos públicos<sup>58</sup> o la financiación por parte de los usuarios finales mediante la fijación de una tasa de valor añadido–, para contemplar como única vía de financiación la creación de un fondo de compensación engrosado desde el propio mercado. La LGTel03 contempla, en efecto, la implantación de un “mecanismo de compensación”, al que deberán contribuir “todas o determinadas categorías de operadores” en pleno respeto al principio de transparencia (artículo 24.2),

55. RJ 2007/8343.

56. De hecho, la Resolución de 25 de marzo de 2004, que resolvió sobre el ejercicio 2000, identifica implícitamente el término “carga injustificada” con el de “desventaja competitiva”, al considerar que aquella se refiere a un desequilibrio para competir derivado de la asunción de la prestación del servicio universal.

57. Bien es verdad que, así identificado el requisito de la carga injustificada, no ha de resultar muy determinante: o se da siempre, como derivación de la propia designación, o no se da nunca, por aplicación del criterio de corresponsabilidad en la prestación del servicio universal. A tales efectos son, en nuestra opinión, más útiles las apreciaciones de la CMT en ambas resoluciones acerca del beneficio obtenido por otros operadores, en particular los de telefonía móvil, del hecho de que el operador designado hubiera asumido la carga de prestar el servicio universal, particularmente en términos de interconexión.

58. La financiación a través de presupuestos públicos es, desde luego, mucho más oportuna desde el punto de vista de la neutralidad y de la eficiencia, y ni siquiera presenta ya el inconveniente de la dificultad de delimitar el ámbito de la obligación financiada siempre y cuando se atiendan los criterios de la Sentencia Altmark. De modo que se debería favorecer en el futuro que nuestra legislación se decantara por esta opción –al menos para financiar algunos elementos del servicio universal–, superando la evidente renuncia política basada en la intención de evitar la repercusión en la carga fiscal de los contribuyentes. Argumento este que no cabe sino relativizar, cuando se reconoce que la propia universalidad de las prestaciones incluidas en el servicio universal y la virtual generalidad con la que se ha concebido la exigencia de cofinanciación a todos los operadores, implican que los propios contribuyentes, en cuanto que usuarios de servicios de telecomunicaciones, vienen a sufragar indirectamente unas prestaciones cuya financiación se exige a los operadores que, de forma inmediata, computarán sus aportaciones al sistema de financiación a la hora de calcular sus propios costes de prestación.

siendo así que corresponde a la CMT fijar la aportación que corresponderá a cada operador obligado a contribuir a la financiación del servicio universal, así como las posibles deducciones y exenciones (artículo 24.3).

Esta opción por la financiación desde el mercado, se fundamenta en el carácter general con el que se impone la obligación de servicio universal, al que antes aludimos, toda vez que, aunque no todos los operadores estén obligados activamente a prestar el servicio universal, sí lo están a colaborar en su financiación, ya que todos son corresponsables de su garantía. De hecho, la nueva LGTel03 insiste en la lógica de la universalización de las cargas de servicio universal, al ampliar el ámbito de los obligados a cofinanciarlo a “todos los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas”, sin especificar que se trate de redes públicas o privadas, o de servicios concretos [artículos 47 y 48.3.a) RSU05], de modo que solo se contempla la posibilidad excepcional de que la CMT exima de esta obligación a los operadores que no superen un determinado umbral de volumen de negocios a escala nacional. Posibilidad que ha materializado la CMT al identificar a los operadores obligados para compensar el coste neto incurrido por TESAU en los ejercicios 2003 a 2005, cuando en su Resolución de 25 de septiembre de 2008 eximió a los operadores que no hubieran obtenido un mínimo de 6 millones de euros al año; criterio que la Resolución de 1 de julio de 2009 mantiene para el ejercicio 2006.<sup>59</sup>

En aplicación de aquella regla y, en su caso, de su excepción, la CMT ha de fijar la lista definitiva de operadores obligados a contribuir a la financiación del servicio universal, como, de hecho, ha ocurrido en la citada Resolución de septiembre de 2008, en la que fueron cuatro los operadores identificados como contribuyentes: TESAU, Movistar, Vodafone y Orange. Esta lista debe publicarse en el BOE (artículo 47.1 RSU05),

como deberán publicarse las precisiones de la CMT sobre el propio mecanismo de financiación compartida, y, en concreto, los principios aplicables al reparto de costes. Y es que la CMT retiene, en el ámbito de la LGTel03, la competencia para la determinación de las aportaciones que correspondan a cada uno de los operadores obligados a contribuir a la financiación del servicio universal, así como para fijar los criterios a aplicar a la hora de fijar este reparto, si bien el RSU05 advierte que la aportación de cada concreto operador vendrá determinada de forma proporcional a su actividad (artículo 49.1), de modo que se establecerán “contribuciones equitativas y no discriminatorias”.<sup>60</sup> Una vez publicada la lista definitiva, se requerirá a cada operador para que, en un único pago, efectúe el ingreso que le corresponda en el plazo de un mes desde que se le notifique, sin perjuicio de que el monto de este ingreso pueda verse reducido por compensación con su derecho a ser reembolsado de un coste neto cuando él mismo es prestador de servicio universal (artículo 49.3 RSU05). Hasta el punto de verse anulado, como de hecho ha ocurrido respecto de TESAU, para los ejercicios 2003 a 2005.

Las contribuciones de los operadores obligados engrosarán el llamado Fondo Nacional del Servicio Universal de las Telecomunicaciones, que ya contemplaba, en términos casi idénticos, la LGTel98, y cuya constitución efectiva depende, en último término, de que los costes de gestión compensen su creación.<sup>61</sup> Lo anterior se explica en aplicación del principio de minoración de costes y cargas [artículo 48.2.c) RSU05], puesto que los fines de este Fondo son bien simples. En los términos del artículo 50.2 del RSU05, concretamente dos: a) Gestionar el cobro efectivo de las aportaciones de los operadores de comunicaciones electrónicas. b) Gestionar los pagos a los operadores con derecho a recibirlos por la prestación del servicio universal. De

59. *Vid.* Resolución de 1 de julio de 2009 de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por la que se procede a la puesta en marcha del mecanismo de financiación para compartir el coste neto del servicio universal incurrido por TESAU en relación con el ejercicio 2006.

60. En concreto, “cada operador contribuirá a la financiación del servicio universal de forma proporcional a la cantidad resultante de detracer de los ingresos brutos de explotación obtenidos los pagos por interconexión, ponderándose, en su caso, el importe de su contribución con un factor corrector, en función del servicio prestado” [artículo 48.3.a) RSU05]. Advierte, en todo caso, el RSU05 que se trata de un criterio que puede verse desplazado, por decisión del Ministerio, previo informe de la CMT, cuando la evolución tecnológica y las condiciones del mercado, permitan lograr un reparto más equitativo de la carga derivada del servicio universal, a través de la aplicación de otros parámetros de distribución que representen mejor la actividad de los operadores.

61. De no darse esta segunda condición, puede preverse reglamentariamente, a propuesta de la CMT, la existencia de un mecanismo de compensación directa entre operadores (artículo 50.4 RSU05). Estos costes, en los términos del artículo 52 del RSU05, incluyen los costes que ocasiona a la CMT la supervisión del coste neto, los costes administrativos y los derivados de la gestión de las contribuciones, siendo todos ellos objeto de reparto entre los operadores obligados con los mismos criterios aplicados para el reparto del coste neto.

ahí precisamente que el Fondo carezca de personalidad jurídica, tal y como prescribe el artículo 24.4 de la LGTel03, según el cual aquel consistirá propiamente en una cuenta específica, de titularidad de la CMT, que la gestionará.<sup>62</sup>

Tal y como se deduce de lo anterior, la propia existencia del Fondo se explica por la acumulación de las aportaciones recibidas de los operadores obligados a cofinanciar el servicio universal, a las que se sumarán, en su caso, los rendimientos patrimoniales que pueda generar el Fondo (artículo 51.3 RSU05)<sup>63</sup> y, lo que es menos probable, las aportaciones que pueda realizar cualquier persona física o jurídica que desee contribuir “desinteresadamente” a la financiación de cualquier prestación propia del servicio universal (artículo 51.1 RSU05).<sup>64</sup>

Las compensaciones por la prestación del servicio universal se pagarán con cargo al Fondo. Conforme a la LGTel03, los operadores sujetos a obligaciones de prestación del servicio universal recibirán de este Fondo la cantidad correspondiente al coste neto que les supone dicha obligación, calculado según el doble procedimiento descrito más arriba, minorado, tal y como advertíamos, en función de la contribución que les correspondiera en su condición de operadores en el mercado. Corresponde, obviamente, a la CMT llevar a cabo el correspondiente proceso de distribución, advirtiendo el artículo 51.4.c) del RSU05 que los operadores con derecho a compensación, la recibirán en el plazo de un mes contado desde la finalización del plazo de pago de las aportaciones, “de acuerdo con las aportaciones habidas”. Sin embargo, y esto es fundamental, “la obligación de prestar el servicio universal no quedará condicionada, en ningún caso, a la recepción de compensaciones que provengan del Fondo” (artículo 51.6 RSU05).

A la vista de todo lo anterior, podemos concluir afirmando que el servicio universal se ha consolidado ya como una nueva técnica de servicio público, versión reconstruida de la técnica más clásica en un entorno liberalizado, pero que responde en su misma naturaleza y que se inspira, en su propia esencia, en los mismos criterios que alumbraron en su origen el servicio público como mecanismo de garantía, para todos los ciudadanos, de ciertas prestaciones imprescindibles para la interdependencia social. La radical ruptura con la titularidad omnicomprendiva de la actividad que el proceso de liberalización supone, no impide reconocer que, allá donde el mercado falle para asegurar esas prestaciones mínimas a todos los ciudadanos, se articula una forma de intervención pública que, en su planteamiento y estructura, se parece mucho más al servicio público más clásico de lo que, a primera vista, pudiera parecer. El servicio universal de telecomunicaciones se ofrece así como una síntesis, no ya como una antítesis, del ya centenario servicio público. Quizás la más típica y depurada en el escenario de las liberalizaciones, lo cual redundará en su valor como referente para otros sectores, aun cuando la prudencia aconseja evitar todo mimetismo automatizado. ■

62. *Vid.* artículo 24.4 LGTel03 y, en su desarrollo, artículos 50 a 52 RSU05. Las funciones de gestión encomendadas a la CMT se concretan en múltiples aspectos (artículo 50.3 RSU05), entre los que destacan –al margen de los que se refieren a la administración ordinaria– tres: la función de aprobar la memoria anual de su gestión, que se incorporará al informe anual que la CMT ha de presentar al Gobierno (ap. c); la función de determinar las contribuciones de cada operador (ap. e), que ya nos consta, y, sobre todo, la de resolver de forma vinculante los conflictos que se susciten entre operadores en materias relacionadas con el Fondo (ap. f).

63. Toda vez que el propio RSU05 no renuncia a la posibilidad de obtener del mismo rendimientos financieros, sin dejar de garantizar su indemnidad, al especificar el apartado 3 del artículo 51 RSU05 que los recursos del Fondo puedan ser invertidos, siempre y cuando sea “en activos financieros de alta liquidez y rentabilidad asegurada.”

64. Se trata, es obvio, de aportaciones voluntarias, que, sin embargo, no cabría descartar en todo caso, particularmente en relación con concretos elementos de la prestación del servicio universal, como puedan ser los que se refieren a la atención de discapacitados o de usuarios socialmente débiles. Pensemos que puede haber entidades orientadas al cumplimiento de los fines de protección de unos y otros colectivos, que pueden considerar la posibilidad de contribuir al Fondo para facilitar la prestación de estos concretos elementos del servicio universal. A los efectos de lo cual, y en la medida en que las donaciones pueden ser condicionadas, debería articularse alguna fórmula que permitiera respetar las especificaciones de destino de estas contribuciones.