Centro de Estudios de Consumo

http://www.uclm.es/centro/cesco/

DERECHOS DE LOS USUARIOS EN EL NUEVO MARCO REGULADOR DE LAS TELECOMUNICACIONES EN LA UNIÓN EUROPEA

Ana I. Mendoza Losana
Anaisabel.Mendoza@uclm.es
Profesora de Derecho Civil.
Universidad de Castilla-La Mancha

1. INTRODUCCIÓN.

El Diario Oficial de la Unión Europea del pasado 18 de diciembre (DO L 337) publica la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2009 por la que se modifican la Directiva 2002/22/CE (Directiva del servicio universal), la Directiva 2002/58/CE (datos personales) y el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores y la Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2009 por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE (Directiva marco), la Directiva 2002/19/CE (Directiva de acceso) y la Directiva 2002/20/CE (Directiva de autorización). Estas dos nuevas Directivas, que han de transponerse antes del 25 de mayo de 2011, configuran el nuevo marco regulador de las comunicaciones electrónicas, que se completa con la Directiva 2009/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009, por la que se modifica la Directiva 87/372/CEE del Consejo relativa a las bandas de frecuencia a reservar para la introducción coordinada de comunicaciones móviles terrestres digitales celulares públicas paneuropeas en la Comunidad (DO L 274, 20-10-2009), la Decisión 2009/766/CE de la Comisión de 16 de octubre de 2009, relativa a la armonización de las bandas de frecuencias de 900 MHz y 1800 MHz para los sistemas terrenales capaces de prestar servicios paneuropeos de comunicaciones electrónicas en la Comunidad y el Reglamento (CE) núm. 1211/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2009, por el que se establece el Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas (ORECE) y la Oficina (DO L 337, 18-12-2009).

De forma muy resumida, se exponen aquí algunas de las novedades más significativas del nuevo marco regulador de las comunicaciones en Europa en relación a los derechos de los usuarios.

2. NOVEDADES EN RELACIÓN A LOS DERECHOS DE LOS USUARIOS.

2.1. Destinatarios de las normas sectoriales de protección de los derechos de los usuarios. Hasta la modificación de la Directiva 2002/22, las disposiciones relativas a los contratos entre prestadores de servicios y consumidores se aplicaban también a “otros usuarios finales” (ej. profesionales autónomos, pequeñas y medianas empresas). Con la nueva Directiva, las disposiciones relativas a los contratos sólo se aplicarán a los “demás usuarios finales” cuando lo soliciten (art. 20 Directiva 2002/22 en redacción dada por art. 1.14 Directiva 2009/136). Se fundamenta esta nueva definición de los destinatarios de las normas en el

propósito de evitar "cargas administrativas innecesarias para los prestadores de los servicios y la complejidad relacionada con la definición de las PYME" (cdo. 21 Directiva 2009/136).

2.2. Portabilidad en un día y límites a las cláusulas de permanencia. Con el propósito de maximizar la competencia**, se** simplifica el cambio de operador fijando en un día hábil el tiempo para hacer efectiva la solicitud de portabilidad, no pudiendo privar al usuario del servicio por más de un día laborable (art. 30.4 Directiva 2002/22 en redacción dada por art. 1.21 Directiva 2009/136).

Otra novedad muy significativa es la limitación de las cláusulas de permanencia en los contratos con consumidores, cuya duración inicial no podrá superar los 24 meses, si bien se ha de garantizar que las empresas ofrecen la opción de contratar por un plazo máximo de 12 meses (art. 30.5 Directiva 2002/22 en redacción dada por art. 1.21 Directiva 2009/136).

2.3. Servicio universal. Aparte de las implicaciones de la eventual separación funcional entre red y servicios del operador obligado a facilitar el servicio universal (nuevo art. 4.1 y 4.3 Directiva 2002/22 en redacción dada por art. 1.3 Directiva 2009/136), no hay novedades significativas respecto al contenido de las prestaciones de servicio universal. Se exige que la conexión a la red pública incluida en el servicio universal permita realizar comunicaciones de datos, fax y voz a velocidades suficientes para acceder de *forma funcional* a Internet. No se ha aprovechado esta ocasión para incluir el derecho de acceso a la banda ancha como prestación de servicio universal, como se propone entre los objetivos de la presidencia española de la UE (http://www.mityc.es/telecomunicaciones/Presidencia/Paginas/Objetivos.aspx). Y es que el regulador comunitario no ha querido imponer una velocidad mínima, considerando preferible que sean los Estados miembros quienes adopten medidas en caso necesario (art. 4.2 Directiva 2002/22 en redacción dada por art. 1.3 Directiva 2009/136).

2.4. Restricción del acceso a Internet. Probablemente ha sido este uno de los puntos más conflictivos de la reforma que ha enfrentado al Parlamento europeo y a los Gobiernos de los Estados miembros en torno a la necesidad o no de intervención judicial previa para interrumpir el acceso a Internet a los usuarios, cuando ello esté justificado (ej. descargas ilegales y otros delitos). Al final, la polémica se ha resuelto con la introducción de un nuevo apartado en el artículo 1 de la Directiva 2002/21, según el cual se podrá cortar el acceso a Internet sin intervención judicial previa. Si bien y dado que Internet es un medio esencial para el ejercicio de la libertad de expresión y el derecho a la información, toda restricción debe ajustarse al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, cualquier medida que conlleve una restricción del acceso ha de ser adecuada, proporcionada y necesaria en una sociedad democrática y adoptada en un procedimiento conforme con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y con los principios generales del Derecho comunitario, que incluyen una protección judicial efectiva y un procedimiento con las debidas garantías. Tales medidas sólo podrán ser adoptadas respetando la presunción de inocencia y el derecho a la vida privada y en el marco de un procedimiento previo, -no necesariamente judicial-, justo e imparcial, que incluirá el derecho de los interesados a ser oídos, salvo en casos de urgencia debidamente justificados. Como no podía ser de otro modo, "se garantizará el derecho a la

tutela judicial efectiva y en tiempo oportuno" (nuevo apdo. 3 bis del art. 1 Directiva 2002/21 en redacción dada por art. 1.1 Directiva 2009/140). Se ha de poner de manifiesto la confusa traducción española del texto de la Directiva que se cita entrecomillado y de la que se ha eliminado una referencia fundamental a la revisión judicial de la resolución que impone la restricción de acceso a Internet, lo que puede suscitar dudas respecto a la exigencia de intervención judicial "en tiempo oportuno". ¿Cuándo se considera "tiempo oportuno"?, ¿antes de la resolución que acuerde la restricción o en un plazo breve tras la decisión de restricción?. Conforme a la versión inglesa aprobada por el euro Parlamento no hay lugar a dudas, basta que la decisión de restringir el acceso se someta a revisión judicial ("*The right to effective and timely judicial review shall be guaranteed*").

Considerando la amplitud con la que los artículos 8 y 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos configuran las causas que justifican la limitación o restricción del derecho a la intimidad y a la libertad de expresión, respectivamente, puede afirmarse que los Estados miembros disponen de amplias facultades para interrumpir el acceso a Internet a los usuarios finales, sin intervención judicial previa invocando no sólo la persecución de delitos (ej. pornografía infantil, fraudes y estafas, descargas ilegales) y otras infracciones (envío de comunicaciones comerciales no deseadas), sino también en nombre de fines tan dispares y ambiguos como "la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás", con la única condición de que las causas de restricción estén previstas legalmente (cfr. arts. 8.2 y 10.2 Convenio). Con todo, en España la restricción al acceso o uso por los usuarios a las redes y servicios de comunicaciones electrónicas sin intervención judicial previa puede suscitar problemas de constitucionalidad, que no corresponde aquí analizar (arts. 18.3, 20.2 y 20.5 CE).

2.5. Especial atención a los usuarios con discapacidad y otros colectivos con necesidades especiales. Las nuevas Directivas reflejan una mayor preocupación del regulador por garantizar el acceso a los servicios de comunicaciones electrónicas a ciertos colectivos, como los usuarios de la tercera edad o con necesidades sociales especiales y en particular, los usuarios con discapacidad. Las ANR podrán establecer "cuando proceda" condiciones a cumplir por los operadores para garantizar no sólo que los usuarios con discapacidad pueden tener un acceso a los servicios de comunicaciones electrónicas equivalente al que disfrutan la mayoría de los usuarios finales, sino también que se beneficien de la posibilidad de elección de empresas y servicios disponible para la mayoría de los usuarios finales (nuevo art. 23 bis.1 Directiva 2002/22 en redacción dada por art. 1.15 Directiva 2009/136 y art. 8.2,a Directiva 2002/21 en redacción dada por art. 1.8,b Directiva 2009/140; art. 22.2 Directiva 2002/22 en redacción dada por art. 1.14 Directiva 2009/136). En particular, los Estados podrán obligar a las empresas que suministren redes de comunicaciones electrónicas utilizadas para la distribución de canales de programas de radio o televisión a transmitir determinados canales de programas de radio y televisión y servicios complementarios, en particular, servicios para facilitar el acceso a los usuarios con discapacidad, si estas redes son utilizadas por un número significativo de usuarios finales como medio principal de recepción de

canales de programas de radio y televisión (art. 31.1 Directiva 2002/22). Correlativamente, se fomentará la disponibilidad de equipos terminales adaptados a los diversos tipos de discapacidad (nuevo art. 23 bis.2 Directiva 2002/22 en redacción dada por art. 1.15 Directiva 2009/136).

2.6. Refuerzo de las medidas de seguridad para preservar la intimidad y la confidencialidad y evitar el spam. Una de las prioridades del nuevo marco es la protección de los datos personales y la garantía de la confidencialidad de las comunicaciones. Junto a la genérica proclamación del deber de los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas de adoptar las medidas técnicas y de gestión adecuadas para preservar la seguridad de sus servicios por lo que respecta a la seguridad de la red (art. 4.1 Directiva 2002/58), se detallan cuales han de ser esas medidas (art. 1.1 bis Directiva 2002/58 en redacción dada por art. 2.4 Directiva 2009/136). Los operadores serán responsables del proceso y almacenamiento de ese tipo de información e incluso del envío de comunicaciones comerciales no deseadas, si con su negligencia contribuyen a la comisión de estas prácticas (art. 13.6 Directiva 2002/58 en redacción dada por art. 2.7 Directiva 2009/136). Estarán obligados a informar a las autoridades y a sus clientes "sin dilaciones indebidas" de las violaciones de seguridad que afecten a los datos personales (art. 4.3 Directiva 2002/58 en redacción dada por art. 2.4 Directiva 2009/136 y art. 13 bis.3 Directiva 2002/21 en redacción dada por art. 1.15 Directiva 2009/140). Se pretende con ello minimizar los perjuicios sociales o económicos que para el usuario o abonado puede conllevar la violación de seguridad (ej. usurpación de identidad, fraudes económicos…). Además, con el fin de incentivar la adopción de las medidas de seguridad adecuadas, los operadores deben llevar un inventario de las violaciones de datos personales, sus efectos y las medidas adoptadas (art. 4.4 Directiva 2002/58 en redacción dada por art. 2.4 Directiva 2009/136), facilitar a las ANR información sobre las políticas de seguridad e integridad de sus redes y servicios y someterse a auditorías de seguridad realizadas por organismos independientes o por la autoridad competente (art. 13 ter.2 Directiva 2002/21 en redacción dada por art. 1. 15 Directiva 2009/140).

2.7. Procedimientos de resolución de conflictos. Como en su redacción anterior, el artículo 34 de la Directiva 2002/22 obliga a los Estados miembros a articular procedimientos extrajudiciales transparentes, no discriminatorios, sencillos y poco onerosos para resolver litigios entre los consumidores y las empresas suministradoras de redes o servicios de comunicaciones electrónicas. Aunque estos procedimientos se ponen a disposición de los consumidores, los Estados miembros podrán ampliar su ámbito de aplicación a otros litigios que impliquen a "otros usuarios finales" (art. 34.1 en redacción dada por art. 1.24 Directiva 2009/136). Las principales novedades afectan al objeto del procedimiento. Según el art. 34.1 de la Directiva 2002/22, en su redacción anterior, el objeto de estos procedimientos eran los "litigios no resueltos que afecten a los consumidores y se refieran a asuntos regulados por la presente Directiva". En su nueva redacción, se especifica que el objeto del procedimiento son "los litigios no resueltos entre consumidores y las empresas suministradoras de redes o servicios de comunicaciones electrónicas *derivados de la presente Directiva y que se refieran a las condiciones o la ejecución de los contratos* relativos al suministro de estas redes o

servicios". La exigencia de que los litigios se refieran no solo a asuntos derivados de la propia Directiva, sino que también se refiera a las condiciones o a la ejecución de los contratos relativos al suministro de redes o servicios excluye de estos procedimientos todo lo relativo al cumplimiento de las obligaciones de servicio universal, siempre que no medie un contrato entre consumidor y operador (ej. carencia de un número suficiente de teléfonos públicos de pago, falta de medidas para garantizar el acceso a los servicios a usuarios con discapacidad…etc.). Por el contrario, sí podrán ser objeto de estos procedimientos otros litigios relacionados con la contratación de prestaciones de servicio universal (ej. denegación o dilación de la conexión inicial a la red o al servicio telefónico).

Toledo, 10 de enero de 2009.