

# **LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS EN EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES: ESTUDIO COMPARATIVO DE LAS LEYES 32/2003 Y 11/1998.**

**Angel Carrasco Perera / Ana Mendoza Losana**

*Centro de Estudios de Consumo*

*Universidad de Castilla-La Mancha*

## **ÍNDICE**

- I. CONSIDERACIONES GENERALES**
- II. ÁMBITO DE APLICACIÓN.**
  - 1. Ámbito objetivo.**
    - 1.1. Telecomunicaciones *versus* comunicaciones electrónicas.**
    - 1.2. Nuevo alcance del concepto “telecomunicaciones”.**
    - 1.3. Servicios excluidos.**
      - 1.3.1. Contenidos audiovisuales.*
      - 1.3.2. Servicios de la Sociedad de la Información que no consistan en el transporte de señales.*
    - 1.4. Servicios de comunicaciones electrónicas incluidos en la LGTel.**
  - 2. Ámbito subjetivo.**
    - 2.1. Usuario.**
    - 2.2. Consumidor.**
    - 2.3. Usuario final.**
    - 2.4. Abonado.**
- III. LAS TELECOMUNICACIONES COMO SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL.**
  - 1. Concepto**
  - 2. Consecuencias jurídicas.**
    - 2.1. La regulación de la actividad como instrumento de protección de los usuarios.**
    - 2.2. Libertad de acceso al mercado: la autorización administrativa.**

- 2.3. **El control de la competencia en el mercado y la imposición de obligaciones de los Operadores con Poder Significativo en el Mercado (OPS).**

#### **IV. OBLIGACIONES DE SERVICIO PÚBLICO. EN PARTICULAR, EL SERVICIO UNIVERSAL.**

1. **Introducción.**
2. **Delimitación y categorías de obligaciones de servicio público.**
3. **Operadores obligados.**
4. **Condiciones de la prestación.**
5. **Competencias administrativas.**
  - 5.1. **Potestad reguladora.**
  - 5.2. **Vigilancia y control. La potestad sancionadora.**
  - 5.3. **Responsabilidad de la Administración por la prestación de obligaciones de servicio público PÁG. 42 Y SS**
    - 5.3.1. *Consideraciones generales.*
    - 5.3.2. *Inimputabilidad a la Administración de los daños ocasionados por los operados.*
    - 5.3.3. *Responsabilidad por el funcionamiento de los servicios de inspección.*
    - 5.3.4. *Características de la responsabilidad patrimonial de la Administración.*
  - 5.4. **Posición de los usuarios.**
6. **El servicio universal**
  - 6.1. **Concepto.**
  - 6.2. **Contenido**
  - 6.3. **Operadores obligados.**
  - 6.4. **Financiación.**
7. **Otras obligaciones de servicio público.**

#### **V. DERECHOS DE LOS USUARIOS Y PROTECCIÓN DE DATOS**

1. **Novedades de la nueva regulación: art. 38 LTGel 32/2003 *versus* art. 54 LGTel 11/1998.**
  - 1.1. **Tutela arbitral.**
  - 1.2. **Tutela *cuasi arbitral***
  - 1.3. **Contenido mínimo de las normas reguladoras de las condiciones de utilización de los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público.**
  - 1.4. **Derechos de los abonados**
  - 1.5. **Derechos de usuarios no abonados.**
2. **Comunicaciones electrónicas y defensa del consumidor: distribución competencial entre Estado y CCAA.**
  - 2.1. **Concurrencia de títulos**
  - 2.2. **Núcleo indisponible de la regulación de los servicios de telecomunicaciones.**
3. **Comunicaciones electrónicas y defensa del consumidor: distribución intraestatal de competencias.**
  - 3.1. **Concurrencia de títulos.**
  - 3.2. **Distribución competencial sobre dos ámbitos concretos: precios y calidad.**
  - 3.3. **Principios generales para resolver la concurrencia.**
4. **Secreto de las comunicaciones y protección de datos.**

## **VI. DOMINIO PÚBLICO RADIOELÉCTRICO**

1. **El carácter demanial del espectro radioeléctrico.**
2. **Novedades en la regulación del dominio público radioeléctrico.**
  - 2.1. **Creación de la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones**
    - 2.1.1. **Regulación y naturaleza jurídica.**
    - 2.1.2. **Funciones.**
  - 2.2. **Transmisión de derechos de uso**
3. **Competencias administrativas sobre títulos habilitantes para el uso de dominio público radioeléctrico.**
4. **Títulos habilitantes para el uso del dominio público radioeléctrico.**

5. **Infracciones y sanciones.**
6. **Dominio público radioeléctrico y defensa del consumidor: distribución de competencias.**

## **VII. TUTELA PÚBLICA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES.**

### **1. Administraciones competentes.**

#### **1.1. Administración General del Estado.**

*1.1.1. Autoridades Nacionales de Reglamentación.*

*1.1.2. Administración de consumo.*

#### **1.2. Comunidades Autónomas.**

### **2. Títulos de intervención.**

### **3. Modalidades de intervención.**

#### **3.1. Regulación.**

#### **3.2. Atribución de títulos habilitantes.**

#### **3.3. Potestad sancionadora.**

*3.3.1. Administración de telecomunicaciones*

*3.3.2. Administración de consumo.*

#### **3.4. Otras**

## **VIII. CONCLUSIONES**

### **LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS EN EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES: ESTUDIO COMPARATIVO DE LAS LEYES 32/2003 Y 11/1998.**

#### **I. CONSIDERACIONES GENERALES**

La nueva Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (BOE núm. 264, de 4-11-2003), -en adelante, LGTel-, deroga su homónima de 1998 y

transpone al ordenamiento español el nuevo marco comunitario regulador de las comunicaciones electrónicas, integrado por la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas; Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas; la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas; la 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; la Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión; 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; la Directiva 2002/77/CE, de la Comisión, de 16 de septiembre de 2002, relativa a la competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas; y la Decisión n° 676/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, sobre un marco regulador de la política del espectro radioeléctrico en la Comunidad Europea.

El nuevo texto pretende simplificar y flexibilizar la regulación del sector. Por ello, se limita a establecer unos principios básicos, que habrán de ser desarrollados y concretados por reglamento y aplicados de forma flexible por las Autoridades Nacionales de Reglamentación (en adelante, ANR). La Ley proclama entre sus objetivos el fomento de la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones; la promoción de la inversión eficiente en materia de infraestructuras; el impulso de la innovación, desarrollo y utilización de nuevos servicios, redes y tecnologías; la promoción del uso eficaz de los recursos limitados (en particular, espectro radioeléctrico y numeración), así como la atribución a los operadores de derechos de ocupación de la propiedad pública y privada; el fomento, en la medida de lo posible, de la neutralidad tecnológica en la regulación<sup>1</sup>; el desarrollo de la industria de productos y servicios de

---

<sup>1</sup> El principio de neutralidad tecnológica implica que ni las normas reguladoras, ni la intervención de las autoridades nacionales de reglamentación impondrán el uso de un tipo de tecnología particular, ni

telecomunicaciones y el desarrollo del mercado interior de servicios de comunicaciones electrónicas en la Unión Europea (art. 3). Particularmente explícita es la enumeración de objetivos en relación a la defensa de los intereses de los usuarios. Así, define como uno de sus objetivos y principios “defender los intereses de los usuarios, asegurando su derecho al acceso a los servicios de comunicaciones electrónicas en adecuadas condiciones de elección, precio y calidad, y salvaguardar, en la prestación de éstos, la vigencia de los imperativos constitucionales, en particular, el de no discriminación, el de respeto a los derechos al honor, a la intimidad, a la protección de los datos personales y al secreto en las comunicaciones, el de la protección a la juventud y a la infancia y la satisfacción de las necesidades de los grupos con necesidades especiales, tales como las personas con discapacidad” [art. 3,e)]. Correlativamente, el mismo art. 3.e) prevé expresamente la posibilidad de imponer obligaciones a los prestadores de los servicios para la garantía de dichos derechos.

La simplificación del régimen de acceso al mercado de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, mediante la eliminación del sistema de títulos habilitantes basado en la licencia individual y la autorización general y su sustitución por un régimen de autorización general; la introducción de la categoría de los operadores con peso significativo en el mercado (OPSM); el fortalecimiento de las potestades de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) como garante de la competencia en el mercado; la flexibilización del régimen de imposición de obligaciones a los operadores y el incremento del nivel de protección de los usuarios, mediante la ampliación de las obligaciones de servicio universal y del catálogo de derechos reconocidos con rango legal constituyen algunas de las aportaciones más significativas de la nueva Ley.

Correlativamente, la simplificación del régimen de acceso al mercado exige la adopción de especiales medidas de control de la actividad de los operadores. La función de control se atribuye a distintas ANR, en particular, CMT y MCT, y se endurece el régimen de infracciones y sanciones.

---

discriminarán en su favor, sin perjuicio de la adopción de medidas proporcionadas para fomentar determinados servicios específicos, cuando esté justificado (ej. utilización de tecnologías de TV digital para mejorar la eficiencia del espectro).

Este estudio expone las novedades introducidas por la nueva Ley, pero contempladas desde la peculiar perspectiva de los consumidores y usuarios de redes y servicios de comunicaciones electrónicas. En otros términos, no se pretende realizar un estudio exhaustivo del régimen de las comunicaciones electrónicas regulado por la nueva Ley, sino un estudio comparativo del *status* del usuario en la nueva Ley 32/2003 en relación al de la derogada Ley 11/1998 y sus normas de desarrollo. Ello exige analizar no sólo los preceptos relacionados directamente con los usuarios, como los dedicados a salvaguardar el secreto de las comunicaciones o la protección de los datos personales (arts. 33 y 34) o a regular expresamente los derechos de los consumidores y usuarios (art. 38), sino también todos aquellos que, directa o indirectamente, pueden afectar al régimen de protección de los usuarios, tales como el régimen de las obligaciones de servicio público y en particular, del servicio universal; la regulación del espectro radioeléctrico; el alcance de la intervención de las Autoridades Nacionales de Reglamentación –Gobierno, Ministerio de Ciencia y Tecnología, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones o Agencia Estatal de Radiocomunicaciones- y el régimen de infracciones y sanciones.

En definitiva, el alcance de este estudio queda delimitado por dos parámetros: las innovaciones introducidas por la Ley 32/2003 en el régimen jurídico de las telecomunicaciones en relación a la derogada Ley 11/1998 y la relevancia de dichas innovaciones sobre la protección de los consumidores y usuarios. Por ello y sin perjuicio de referencias tangenciales, no se abordarán aquellas cuestiones reguladas en los mismos términos que la Ley de 1998 o que carezcan de trascendencia sobre el *status* de protección de los consumidores y usuarios de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

## **II. ÁMBITO DE APLICACIÓN.**

### **1. Ámbito objetivo.**

El conjunto de Directivas que integran el nuevo marco regulador transpuestas por la Ley 32/2003 es fruto de la Revisión de las Directivas liberalizadoras realizada en

1999<sup>2</sup>. Aquellas primeras medidas liberalizadoras concentraban su atención casi exclusivamente en la telefonía, los circuitos alquilados y el mercado de interconexión. Pero en un entorno caracterizado por la *convergencia*, es decir, por la prestación de múltiples y variados servicios a través de las mismas redes, se cuestiona la viabilidad y adecuación de mantener unas estructuras y planteamientos regulatorios diferentes para según que tipo de redes y servicios. Como resultado de esta reflexión, de la Revisión de 1999 surge un marco regulatorio horizontal en el sentido de abarcar a todas las redes y servicios que pasarían a denominarse de “comunicaciones electrónicas”, con independencia de la tecnología utilizada o de los servicios prestados. De esta forma, la Revisión de 1999 no afectaría únicamente a las redes y servicios de telecomunicaciones más tradicionales sino también a otras utilizadas, por ejemplo, para la difusión de radio y TV, poniendo a todas ellas en pie de igualdad, sin perjuicio del reconocimiento de ciertas peculiaridades.

Con todo y a diferencia de las Directivas comunitarias, que se aplican a las redes y servicios de “comunicaciones electrónicas” (art. 1.1 Directiva Marco), la nueva Ley conserva el título de su predecesora “Ley General de Telecomunicaciones”. Y define su objeto como “la regulación de las *telecomunicaciones*, que comprenden la explotación de las redes y la prestación de los servicios de *comunicaciones electrónicas* y los recursos asociados” (art. 1). La Ley de 1998 también definía su objeto como “la regulación de las telecomunicaciones”, pero, igual que las Directivas que transponía, no realizaba ninguna mención a las comunicaciones electrónicas (art. 1). Constatada la discrepancia terminológica y a fin de definir el ámbito de aplicación de la Ley, se hace preciso determinar dos cosas: 1ª) si en el nuevo marco existe *de facto* alguna diferencia trascendente entre “telecomunicaciones” y “comunicaciones electrónicas” y 2ª) si el término “telecomunicaciones” adquiere un nuevo significado y tiene un contenido distinto en relación al marco normativo derogado. Por último, se han de analizar los servicios que quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Ley.

### ***1.1. Telecomunicaciones versus comunicaciones electrónicas.***

---

<sup>2</sup> Comunicación de 10 de noviembre de 1999, de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones titulada, “Hacia un nuevo marco para la infraestructura de comunicaciones electrónicas y los servicios asociados. Revisión de 1999 del sector de las comunicaciones”, COM (1999) 539.

En relación a la primera cuestión, el legislador español explica que existen diferencias en cuanto al alcance de uno y otro concepto. Así, expone que “el concepto de ‘comunicaciones electrónicas’ tiene un ámbito más restringido que el de ‘telecomunicaciones’. En efecto, al regular las comunicaciones electrónicas, las directivas se refieren a ámbitos concretos de las telecomunicaciones, como serían, entre otros, la habilitación para actuar como operador en este sector, los derechos y obligaciones de los operadores, las obligaciones en materia de interconexión y acceso, la necesidad de garantizar unas prestaciones mínimas bajo el epígrafe del servicio universal y los derechos de los usuarios. Sin embargo, [...], las directivas no abordan ciertos temas que se encuentran dentro del régimen de las telecomunicaciones, como podrían ser los requisitos para la evaluación de la conformidad y puesta en el mercado de los aparatos de telecomunicaciones. De ahí que el término ‘telecomunicaciones’ se mantenga en la rúbrica de la ley, siendo así que su articulado distingue entre los supuestos en que se están regulando aspectos relativos al régimen de las comunicaciones electrónicas y los que no se incluyen en tal epígrafe, todos ellos, eso sí, bajo el denominador común de las telecomunicaciones” (EXP. M., apdo. II).

Conforme al texto transcrito, *telecomunicaciones* es un concepto más amplio que *comunicaciones electrónicas*<sup>3</sup>. Comprende toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza por hilo, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos (Anexo II, apdo. 32 LGTel), incluyendo no sólo los actos de transmitir, emitir o recibir, sino también los equipos utilizados para realizar dichos actos.

---

<sup>3</sup> No obstante, las Directivas comunitarias no confirman este extremo. Ciertamente, no se aplican a los equipos terminales de telecomunicaciones regulados por la Directiva 1999/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 1999, sobre equipos radioeléctricos y equipos terminales de telecomunicación y reconocimiento mutuo de su conformidad<sup>3</sup>, pero sí se aplican a los equipos de consumo utilizados para la televisión digital (cdo. 8 y arts. 1.4, 17.2 y 18.1.b) Directiva Marco). Además, la regulación de los requisitos para la evaluación de la conformidad y puesta en el mercado de los aparatos de telecomunicaciones tampoco pertenece en sentido estricto al ámbito de las “telecomunicaciones”, entendido como “toda transmisión, emisión o recepción de signos señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza por hilo, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos” (Anexo II, apdo. 32 LGTel). Por último, la propia Ley tampoco es coherente con lo dicho en la EXP. M. y utiliza discrecionalmente los términos “comunicaciones electrónicas” y “telecomunicaciones”. Así, afirma que los servicios de comunicaciones electrónicas incluyen “los servicios de telecomunicaciones y servicios de transmisión en las redes utilizadas para la radiodifusión” (Anexo II, apdo. 28). No se explica como un concepto más reducido comprende ahora un concepto más amplio. En mi opinión, la verdadera razón de mantener la rúbrica de la Ley es para encuadrarla cómodamente en el título competencial “telecomunicaciones” del art. 149.1.21 CE.

## 1.2. *Nuevo alcance del concepto “telecomunicaciones”.*

La nueva Ley define telecomunicaciones en términos idénticos a los de su predecesora, como “toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza por hilo, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos” (cfr. Anexo II, apdo. 32 Ley 32/2003 y apdo 1º del Anexo Ley 11/1998). Ambas leyes han tenido por objeto “la regulación de las telecomunicaciones” (cfr. art. 1.1 Ley 32/2003 y art. 1 Ley 11/1998). Sin embargo, en el nuevo marco comunitario, el término “telecomunicaciones” adquiere un nuevo alcance, pues comprende la *explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas y los recursos asociados* (art. 1.1).

Se define la *red de comunicaciones electrónicas* como los sistemas de transmisión y, cuando proceda, los equipos de conmutación o encaminamiento y demás recursos que permitan el transporte de señales mediante cables, ondas hertzianas, medios ópticos u otros medios electromagnéticos. Se incluyen las redes de satélites, redes terrestres fijas (de conmutación de circuitos y de paquetes, incluida internet) y móviles, sistemas de tendido eléctrico, en la medida en que se utilicen para la transmisión de señales, redes utilizadas para la radiodifusión sonora y televisiva y redes de televisión por cable, con independencia del tipo de información transportada (Anexo II, apdo. 25 LGTel). Por tanto, son redes de comunicaciones electrónicas todas las utilizadas para la prestación de servicios consistentes en el transporte de señales, independientemente de su carácter fijo o móvil, de la señal transportada (voz, imagen, datos o todas simultáneamente), del medio físico utilizado (cables o espectro radioeléctrico) o de la tecnología empleada (digital o analógica). Como destaca la definición legal, también se incluyen las redes eléctricas, en cuanto se utilicen para la transmisión de señales<sup>4</sup>. A pesar de la exhaustiva enumeración, la definición no contiene una lista cerrada, de modo que nada impide su aplicación a otras

---

<sup>4</sup> Ya es una realidad los servicios de voz y el acceso a Internet a través de la toma de conexión a la red eléctrica (enchufe) (tecnología *Power Line Communication*, PCL), servicio que de forma experimental prestan Endesa e Iberdrola en diversas ciudades españolas. Permite la conexión a velocidades equiparables o incluso superiores a la tecnología ADSL (128, 300 o 600 Kbits/s) y requiere un módem de cabecera en los centros de transformación eléctricos; la instalación de un pequeños repetidor en los cuadros de contadores de cada edificio y un módem PLC, en casa del usuario.

infraestructuras de red (v.gr. infraestructuras de gas), si la tecnología permite su utilización para la transmisión de señales.

La Ley de 1998 definía en términos parecidos la red de telecomunicaciones<sup>5</sup>, pero no contenía enumeración alguna de las redes que quedaban incluidas en el concepto general. Tan solo hacía mención expresa de las infraestructuras de red utilizadas como soporte de los servicios de radiodifusión sonora y televisiva para someterlas a su ámbito de aplicación y en especial, al régimen de interconexión y acceso a redes (art. 1). No obstante, la doctrina y la propia CMT admitieron su aplicación a todo tipo de redes utilizadas para la prestación de servicios de telecomunicaciones<sup>6</sup>.

Son *servicios de comunicaciones electrónicas* los que consisten, total o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas, por lo general a cambio de una remuneración. Se incluyen los servicios de telecomunicaciones y servicios de transmisión en las redes utilizadas para la radiodifusión (Anexo II, apdo. 28). Entre otros, son servicios de comunicaciones electrónicas los servicios telefónicos de voz fijo y móvil, los servicios de transmisión de datos por la red telefónica (mensajes cortos), el acceso a Internet, independientemente de la tecnología utilizada (red telefónica conmutada fija o móvil, RDSI, cable, ADSL, PLC) o el acceso a los servicios de radiodifusión sonora y televisiva.

Como corresponde a este amplio catálogo de servicios a los que resulta aplicable y sin perjuicio del régimen transitorio establecido hasta que se aprueben las normas de desarrollo de la nueva Ley (DA 7ª y DT 6ª), ésta deroga todas las leyes precedentes

---

<sup>5</sup> El apdo. tercero del Anexo definía red de telecomunicaciones como “los sistemas de transmisión y, cuando proceda, los equipos de conmutación y demás recursos que permitan la transmisión de señales entre puntos de terminación definidos mediante cable, o medios ópticos o de otra índole”.

<sup>6</sup> Prueba de esta afirmación es la consolidada doctrina de la CMT sobre la instalación y explotación de “fibra oscura”. En el marco derogado, el titular de una infraestructura (v.gr. tendido eléctrico o infraestructuras de transporte) que la alquilara a terceros para la prestación de servicios de telecomunicaciones precisaba de la obtención del correspondiente título habilitante (licencia individual tipo B, si la infraestructura se iba a destinar a la prestación del servicio telefónico disponible al público o licencia individual tipo C, en los demás casos) (sirvan como ejemplos, las Resoluciones de 21-6-2001, para el otorgamiento de una licencia individual de tipo C1 y su posterior inscripción en el registro correspondiente a la entidad Autopista Vasco-Aragonesa, Concesionaria Española, S.A. (expediente RO - 2001/4701 ); y de 26-4-2001, para el otorgamiento de una licencia individual de tipo C1 y su posterior inscripción en el registro correspondiente a la entidad Ibérica de Autopistas, S.A.C.E. (IBERPISTAS) (expediente ROL - 2001/4094 ).

referentes a las telecomunicaciones, incluidas las relativas a los servicios de radiodifusión sonora y televisiva. En particular, la Ley 17/1997, de 3 de mayo, por la que se incorpora al Derecho español la Directiva 95/47/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, sobre el uso de normas para la transmisión de señales de televisión y se aprueban medidas adicionales para la liberalización del sector y la Ley 42/1995, de de 22 de diciembre, de las Telecomunicaciones por Cable (DD Única). La LGTel de 1998 ofrecía un catálogo más reducido de servicios incluidos en su ámbito de aplicación. Sólo definía el servicio de telefonía disponible (fijo y móvil) (Anexo apdo. 6) y declaraba vigentes las Leyes 37/1995, de 12 de diciembre, de Telecomunicaciones por Satélite en lo referente al servicio de difusión de televisión, así como la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de las Telecomunicaciones por Cable, igualmente en lo dispuesto para el régimen del servicio de difusión de televisión (DD Única).

Por último, son *recursos asociados* aquellos sistemas, dispositivos u otros recursos vinculados con una red de comunicaciones electrónicas o con un servicio de comunicaciones electrónicas que permiten o apoyan la prestación de servicios a través de dicha red o servicio, incluyendo los sistemas de acceso condicional y las guías electrónicas de programas (Anexo II, apdo. 24). Los recursos asociados permiten explotar la red y prestar el servicio y mejorar o diversificar las capacidades de dicha red e incrementar el valor del servicio prestado. Por ejemplo, además de los sistemas de acceso condicional y las guías electrónicas de programas, son recursos asociados las concesiones de espectro radioeléctrico, las asignaciones de recursos públicos de numeración, los equipos que permiten la prestación del servicio ADSL mayorista, los interfaces y protocolos técnicos que garantizan la interoperabilidad de los servicios, la información sobre tráfico (ej. puntas y valles de tráfico, horas de máxima carga), o la información sobre abonados, entre otros.

Los recursos asociados son especialmente relevantes en relación a la regulación de la obligación de facilitar acceso a los mismos, cuando las condiciones de competencia en el mercado así lo requieran (arts. 11 a 15 LGTel).

### **1.3. Servicios excluidos.**

La Ley *excluye* de su ámbito de aplicación el régimen aplicable a los *contenidos de carácter audiovisual* transmitidos a través de las redes, el régimen básico de los *medios de comunicación social de naturaleza audiovisual*, la regulación de los *servicios que suministren contenidos mediante redes y servicios de comunicaciones electrónicas, de las actividades que consistan en el ejercicio del control editorial sobre dichos contenidos y los servicios de la Sociedad de la Información*, regulados en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, *que no consistan, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas* (art. 1.2 LGTel).

### 1.3.1. *Contenidos audiovisuales.*

Al igual que la LGTel de 1998, la nueva Ley no se aplica a los contenidos audiovisuales transmitidos a través de las redes por formar parte de los medios de comunicación social, que quedan excluidos y sometidos a su propia regulación<sup>7</sup>. Por ejemplo, la Ley determina el régimen de protección de los usuarios de los servicios de TV digital de acceso condicional en cuanto reconoce su derecho a formalizar un contrato, a elegir el medio de pago o a obtener una compensación por la interrupción del servicio pero nada establece acerca del contenido de la programación suministrada o de los tiempos dedicados a publicidad o de las medidas de protección de la juventud y la infancia en cuanto eventuales destinatarios de la programación; del mismo modo prevé la imposición de obligaciones de interconexión para garantizar la interoperabilidad plena de los servicios de TV digital, pero nada dispone sobre la programación a emitir por ese medio. Aunque la convergencia de los sectores de telecomunicaciones, medios de comunicación y tecnologías de la información supone que todos los servicios y las

---

<sup>7</sup> Las normas que con carácter general regulan en la actualidad los medios de comunicación social son la Ley 4/1980, de 10 de enero, del Estatuto de la Radio y la Televisión, la Ley 46/1983, de 26 de diciembre, reguladora del Tercer Canal de Televisión, la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada, la Ley 25/1994, de 12 de julio, de incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, la Ley 41/1995, de 22 de diciembre, reguladora del régimen jurídico del servicio de Televisión Local por Ondas terrestres y el art. 1.1 y las DA 3ª, 5ª y 7ª, párrafo 1ª de la Ley 37/1995, de 12 de diciembre, reguladora del régimen de las Telecomunicaciones por Satélite y su Reglamento aprobado por RD 2066/1996 (RCL 1996,2477), RD 2169/1998 (RCL 1998,2560), de Televisión Digital así como las correspondientes Leyes de las CCAA reguladoras de sus propias entidades de radiodifusión televisiva. Por otra parte, también se han de considerar otras normas específicas referentes a los contenidos publicitarios como Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad o la Ley Orgánica 2/1988, que regula la Publicidad Electoral en las Emisoras Privadas.

redes de transmisión deben estar sometidos a un único marco regulador, se considera conveniente separar la regulación de la transmisión de la regulación de los contenidos. La política audiovisual y la normativa sobre contenidos tienen objetivos específicos, tales como la libertad de expresión, el pluralismo de los medios de comunicación, la imparcialidad, la diversidad cultural y lingüística, la integración social, la protección de los consumidores y la protección de los menores. Sin perjuicio de los vínculos entre la regulación de la transmisión y de los contenidos (v.gr. la garantía del pluralismo de los medios de comunicación, la diversidad cultural y la protección de los consumidores), los objetivos de la política de comunicaciones electrónicas están más relacionados con el fomento de la competencia efectiva en el mercado, la promoción del desarrollo del sector o la garantía del cumplimiento de las obligaciones de servicio público en la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.

Además de las normas específicas reguladoras del régimen de los medios de comunicación social y de las normas de propiedad intelectual, el sector audiovisual se rige como todo mercado liberalizado por el Derecho general de la competencia (control de operaciones de fusión y concentración, prohibición de abusos de posición de dominio...etc).

### *1.3.2. Servicios de la Sociedad de la Información que no consistan en el transporte de señales.*

No constituyen servicios de comunicaciones electrónicas en el sentido de la Ley los *servicios prestados sobre redes de comunicaciones electrónicas que no consisten en el transporte de señales* a través de dichas redes. Conforme al tenor literal de la Ley, se trata de los servicios que suministren contenidos mediante redes y servicios de comunicaciones electrónicas, las actividades de control editorial de dichos contenidos y los servicios regulados por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (LSSI)<sup>8</sup>, que “no consistan, en su totalidad o

---

<sup>8</sup> En realidad, el concepto de servicios de la sociedad de la información adoptado por la LSSI es tan amplio que no hubiera sido necesaria la exclusión expresa de las actividades de “suministro de contenidos” y “control editorial de dichos contenidos”, pues ambas quedan incluidas en la LSSI (v. Anexo, apdo. a), 5º) y 6º) y art. 8, respectivamente). Hubiera bastado con excluir del ámbito de aplicación de la LGTel los servicios de la sociedad de la información regulados por la LSSI.

principalmente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas”.

La LSSI acoge un concepto amplio de “servicios de la sociedad de la información” que comprende todo servicio prestado a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario. No es imprescindible que el destinatario remunere el servicio, basta que éste constituya una actividad económica para el prestador del mismo [Anexo, apdo. a)]. En realidad, el concepto de servicios de la sociedad de la información adoptado por la LSSI es tan amplio que no hubiera sido necesaria la exclusión expresa de las actividades de “suministro de contenidos” y “control editorial de dichos contenidos”, pues ambas quedan incluidas en la LSSI (v. Anexo, apdo. a), 5º) y 6º) y art. 8, respectivamente<sup>9</sup>). Hubiera bastado con excluir del ámbito de aplicación

---

<sup>9</sup> *Anexo, apdo. a) LSSI.* Son servicios de la Sociedad de la Información: “el suministro de información por vía telemática” (apdo. 5º); “el vídeo bajo demanda, como servicio en que el usuario puede seleccionar a través de la red, tanto el programa deseado como el momento de su suministro y recepción, y, en general, la distribución de contenidos previa petición individual” (apdo. 6º).

*Artículo 8 LSSI. Restricciones a la prestación de servicios.*

1. En caso de que un determinado servicio de la sociedad de la información atente o pueda atentar contra los principios que se expresan a continuación, los órganos competentes para su protección, en ejercicio de las funciones que tengan legalmente atribuidas, podrán adoptar las medidas necesarias para que se interrumpa su prestación o para retirar los datos que los vulneran. Los principios a que alude este apartado son los siguientes:

- a) La salvaguarda del orden público, la investigación penal, la seguridad pública y la defensa nacional.
- b) La protección de la salud pública o de las personas físicas que tengan la condición de consumidores o usuarios, incluso cuando actúen como inversores.
- c) El respeto a la dignidad de la persona y al principio de no discriminación por motivos de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal o social, y
- d) La protección de la juventud y de la infancia.

En la adopción y cumplimiento de las medidas de restricción a que alude este apartado se respetarán, en todo caso, las garantías, normas y procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico para proteger los derechos a la intimidad personal y familiar, a la protección de los datos personales, a la libertad de expresión o a la libertad de información, cuando éstos pudieran resultar afectados.

En todos los casos en que la Constitución, las normas reguladoras de los respectivos derechos y libertades o las que resulten aplicables a las diferentes materias atribuyan competencia a los órganos jurisdiccionales para intervenir en el ejercicio de actividades o derechos, sólo la autoridad judicial competente podrá adoptar las medidas previstas en este artículo.

2. Si para garantizar la efectividad de la resolución que acuerde la interrupción de la prestación de un servicio o la retirada de datos procedentes de un prestador establecido en otro Estado, el órgano competente estimara necesario impedir el acceso desde España a los mismos, podrá ordenar a los prestadores de servicios de intermediación establecidos en España, directamente o mediante solicitud motivada al Ministerio de Ciencia y Tecnología, que tomen las medidas necesarias para impedir dicho acceso.

Será de aplicación lo dispuesto en el artículo 11 cuando los datos que deban retirarse o el servicio que deba interrumpirse procedan de un prestador establecido en España.

3. Las medidas de restricción a que hace referencia este artículo serán objetivas, proporcionadas y no discriminatorias, y se adoptarán de forma cautelar o en ejecución de las resoluciones que se dicten, conforme a los procedimientos administrativos legalmente establecidos o a los previstos en la legislación procesal que corresponda.

de la LGTel los servicios de la sociedad de la información regulados por la LSSI, que no consistan, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas.

Constituyen *servicios de la sociedad de la información* los siguientes:

- a) La contratación de bienes y servicios por vía electrónica y otras actividades relacionadas (ej. organización y gestión de subastas por medios electrónicos, gestión de compras en la red por grupos de personas o envío de comunicaciones electrónicas);
- b) El suministro de información por vía telemática (ej. periódicos y revistas en red);
- c) Vídeo bajo demanda, como servicio en que el usuario puede seleccionar a través de la red, tanto el programa deseado como el momento de su suministro y recepción;
- d) Cualquier otro servicio de distribución de contenidos que se preste a petición individual de los usuarios (ej. descarga de software, de vídeos, música...etc), siempre que represente una actividad económica para el prestador.

También se aplica la LSSI a las *actividades de intermediación* consistentes en facilitar la prestación o utilización de otros servicios de la sociedad de la información (art. 1.1), entre ellas se incluyen las siguientes:

- a) La provisión de acceso a Internet;
- b) La transmisión de datos por redes de telecomunicaciones;

---

4. Fuera del ámbito de los procesos judiciales, cuando se establezcan restricciones que afecten a un servicio de la sociedad de la información que proceda de alguno de los Estados miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo distinto de España, se seguirá el siguiente procedimiento:

- a) El órgano competente requerirá al Estado miembro en que esté establecido el prestador afectado para que adopte las medidas oportunas. En el caso de que no las adopte o resulten insuficientes, dicho órgano notificará, con carácter previo, a la Comisión Europea o, en su caso, al Comité Mixto del Espacio Económico Europeo y al Estado miembro de que se trate las medidas que tiene intención de adoptar.
- b) En los supuestos de urgencia, el órgano competente podrá adoptar las medidas oportunas, notificándolas al Estado miembro de procedencia y a la Comisión Europea o, en su caso, al Comité Mixto del Espacio Económico Europeo en el plazo de quince días desde su adopción. Asimismo, deberá indicar la causa de dicha urgencia.

Los requerimientos y notificaciones a que alude este apartado se realizarán siempre a través del órgano de la Administración General del Estado competente para la comunicación y transmisión de información a las Comunidades Europeas.

- c) La realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios;
- d) El alojamiento en los propios servidores de información, servicios o aplicaciones suministradas por otros (servicio de *hosting*);
- e) La provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet.

Los servicios de la sociedad de la información pueden prestarse por los propios operadores de redes de comunicaciones electrónicas, los proveedores de acceso a Internet, o cualquier otra persona física o jurídica que disponga de un sitio en Internet a través del que realice estas actividades económicas, incluido el comercio electrónico.

La LSSI excluye expresamente de su ámbito de aplicación los siguientes servicios [Anexo, apdo. a) II]:

- Los servicios prestados por medio de telefonía vocal, fax o télex;
- El intercambio de información por medio de correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente para fines ajenos a la actividad económica de quienes lo utilizan;
- Los servicios de radiodifusión televisiva (incluidos los servicios de cuasivídeo a la carta);
- Los servicios de radiodifusión sonora;
- El teletexto televisivo y otros servicios equivalentes como las guías electrónicas de programas ofrecidas a través de las plataformas televisivas.

A estos servicios se aplica la LGTel en cuanto consistan en la emisión, recepción y transmisión de señales, pero no a los contenidos transmitidos (ej. contenido de las guías electrónicas de programación).

En *conclusión*, no todos los servicios de la Sociedad de la Información quedan excluidos de la LGTel. La exclusión no afecta a aquellos servicios que sí consistan, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas.

#### **1.4. Servicios de comunicaciones electrónicas incluidos en la LGTel.**

A modo de conclusión, cabe exponer una lista de servicios de comunicaciones electrónicas a los que se aplica la LGTel. Naturalmente, esta enumeración es meramente ejemplificativa y nada obsta para la incorporación de otros servicios que consistan en la transmisión de señales por las redes de comunicaciones electrónicas, en los términos que hasta aquí se han expuesto. Así, la LGTel no se aplica a los contenidos transmitidos pero sí a la provisión de los siguientes servicios de comunicaciones electrónicas:

- i) Los servicios de telefonía vocal (fija o móvil), fax o télex.
- ii) El intercambio de información por medio de correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente para fines ajenos a la actividad económica de quienes lo utilizan;
- iii) La provisión de servicios de radiodifusión sonora y televisiva, incluido el servicio de vídeo bajo demanda;
- iv) Transmisión de datos por redes de comunicaciones electrónicas (ej. SMS o mensajes cortos, teletexto televisivo).
- v) Provisión de acceso a Internet. Por ejemplo, un proveedor de servicios de Internet puede ofrecer tanto un servicio de comunicaciones electrónicas sometido a la LGTel, tal como el acceso a Internet, como un servicio no cubierto por dicha Ley, tal como el suministro de contenidos en forma de páginas de Internet.

## **2. Ámbito subjetivo.**

Por el peculiar enfoque de este estudio, conviene determinar los sujetos considerados consumidores y usuarios, destinatarios de la protección dispensada por la Ley.

La LGTel de 1998 se limitaba a definir la categoría de “usuarios” como categoría general, utilizándola sin excesivo rigor. Así se garantizaba el derecho a la información de los *usuarios* (art. 54.4 LGT); el derecho a la conservación del número al *abonado* (art. 33) y se habilitaba al Gobierno o a la CMT para modificar las condiciones de los contratos celebrados entre operadores y usuarios (art. 54.5). Por esta imprecisión y generalidad fue criticada. La nueva Ley corrige estas deficiencias

definiendo las distintas clases de usuarios y utilizando con mayor rigor técnico las diversas categorías. Así, proclama como objetivo la defensa de los intereses de los *usuarios* [art. 3,e)]; atribuye a los *abonados* el derecho a la conservación de los números (art. 18) y aunque regula con carácter general los derechos de los *consumidores* y *usuarios finales* (art. 38), establece distinto régimen de protección en función de los distintos tipos de usuarios (cfr art. 38, apdos. 2, último párrafo, 4 y 5), atribuyendo al MCYT la competencia para modificar los contratos celebrados entre los operadores y los consumidores que sean *personas físicas* y *usuarios finales*, para evitar el trato abusivo.

### **2.1. Usuario.**

Como se ha dicho, *usuario* es una categoría general, que comprende todas las demás. Es cualquier persona física o jurídica que *utiliza o solicita* un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público (Anexo II, apdo. 34).

Esta definición incluye a consumidores o usuarios residenciales, empresariales y también a los propios operadores de redes o servicios de comunicaciones electrónicas en cuanto “utilizan” los servicios prestados por terceros operadores [ej. proveedor de acceso a Internet a través de la red telefónica de un tercero].

La Ley define diversas categorías de usuarios. A saber, consumidores, usuarios finales y abonados.

### **2.2. Consumidor.**

Se definen como consumidores las personas físicas o jurídicas que utilicen o soliciten un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público para fines no profesionales (Anexo II, apdo. 4). Entre las personas jurídicas que utilizan los servicios de comunicaciones electrónicas para fines ajenos al desarrollo de una actividad empresarial o profesional, se incluyen las asociaciones, fundaciones y también las Administraciones Públicas, si bien en este último caso la necesidad de un régimen especial de protección decae, por las potestades de autotutela de las Administraciones Públicas.

### **2.3. Usuario final.**

Son *usuarios finales* aquellos usuarios que no explotan redes públicas de comunicaciones ni prestan servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público ni tampoco los revenden (Anexo II, apdo. 34). En otros términos, las personas físicas o jurídicas que utilizan los servicios de comunicaciones electrónicas *para* el desarrollo de una actividad empresarial o profesional.

La definición de usuarios finales abarca a los consumidores, pero también a los usuarios profesionales o empresariales, incluyendo los usuarios que utilizan recursos de red para la autoprestación de servicios de telecomunicaciones y los usuarios que contratan la prestación de un servicio para ponerlo a disposición de terceros mediante un precio (ej. teléfonos públicos de pago situados en propiedad privada o equipos informáticos situados en locales abiertos al público para el acceso a Internet).

No tienen la consideración de usuarios finales los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas. No obstante, esta exclusión sólo debe operar en lo que se refiere a la explotación de la red o la prestación del servicio consideradas como actividades económicas en sí mismas. Pero nada obsta para considerar “usuarios finales” a los operadores de redes o servicios que utilizan los servicios de terceros operadores al servicio de esa actividad principal (ej. operador de red que contrata el servicio telefónico o la provisión de acceso a Internet con otro operador).

### **2.4. Abonado.**

Abonado es cualquier persona física o jurídica que haya *celebrado un contrato* con un proveedor de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público para la prestación de dichos servicios (Anexo II, apdo. 1).

Esta categoría se contrapone a la de los *usuarios esporádicos* que “utilizan” los servicios de comunicaciones electrónicas de forma puntual o esporádica y carecen de

vínculo contractual con el prestador del servicio (ej. usuario de teléfonos públicos de pago).

Los abonados y usuarios esporádicos tendrán la consideración de consumidores y usuarios finales, según el uso que hagan de los servicios de comunicaciones electrónicas.

### **III. LAS TELECOMUNICACIONES COMO SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL.**

#### **1. Concepto.**

Como la LGTel de 1998, la LGTel de 2003 califica los servicios de telecomunicaciones como “servicios de interés general que se prestan en régimen de libre competencia” (art. 2.1). Queda así definitivamente superada la vieja calificación de las telecomunicaciones como “servicios esenciales de titularidad estatal”.

Conforme a la definición dada por el Derecho comunitario, la noción de “servicios de interés general” abarca los servicios de mercado y no mercado que el regulador considera de interés general y a los que se imponen determinadas obligaciones de servicio público. Estos servicios constituyen un concepto dinámico y evolutivo, que incluye aquellos servicios de importancia para la vida cotidiana de las personas (ej. transportes, correos, telecomunicaciones, radiodifusión, educación, suministro de agua potable y energía, en particular, eléctrica y gas,...etc.). Los principales atributos que caracterizan a un servicio de interés general son la igualdad de acceso, evitando toda discriminación; la continuidad del servicio y la adaptabilidad a las evoluciones necesarias. Se basan en principios y objetivos como la solidaridad, universalidad; seguridad; una tarificación equitativa; unos niveles de calidad controlables por la autoridad pública responsable; la transparencia y la concertación, especialmente, con los trabajadores y sus sindicatos y con los usuarios y consumidores y sus asociaciones representativas<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Comunicación de la Comisión sobre los Servicios de Interés General en Europa (DO C 281, de 26-9-1996); Dictamen del Comité Económico y Social 949/99, sobre “Los servicios de interés general” aprobado en el Pleno de 20 y 21-10-1999 (ponente, Sr. Hernández Bataller) (DO C 368, 20-12-1999); Comunicación de la Comisión de 29-9-2000 (COM(2000)) 580 final) y Dictamen del Comité Económico

Algunos de estos rasgos identificativos de los servicios de interés general se plasman expresamente en la Ley. Así, la explotación de las redes y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas se sujetarán a las condiciones previstas en la ley y su normativa de desarrollo, entre las que se incluirán las condiciones referentes a la “salvaguarda de los derechos de los usuarios finales” (art. 8.1). En aras del principio de adaptabilidad, las condiciones impuestas podrán ser modificadas por el Gobierno conforme a los principios de objetividad y de proporcionalidad, previo informe de la CMT y audiencia de los interesados, del Consejo de Consumidores y Usuarios y en su caso, de las asociaciones más representativas de los restantes usuarios (art. 8.2), sin que esta modificación dé lugar a indemnización. Idéntica competencia e idéntica participación en la toma de la decisión, se concede al MCYT para la modificación de los títulos habilitantes para el uso del dominio público radioeléctrico, cuando ello sea preciso por necesidades de la planificación y del uso eficiente y la disponibilidad de dicho recurso (art. 45.5). También para satisfacer ese principio de adaptabilidad, se atribuye a la CMT la potestad de analizar periódicamente la situación de competencia en los mercados y en su caso, imponer, levantar o modificar las obligaciones específicas de los operadores con poder significativo (art. 10). Y a fin de “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” (art. 20.1), la Ley regula las obligaciones de servicio público en la explotación de redes públicas y en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas (art. 20.2), cuya imposición y cumplimiento se hará conforme a los principios de igualdad, transparencia, no discriminación, continuidad, adaptabilidad, disponibilidad y permanencia y en los términos y condiciones que reglamentariamente se determinen (art. 20.3).

## **2. Consecuencias jurídicas.**

La calificación de los servicios de telecomunicaciones como “servicios de interés general” no es inocua. De ella derivan importantes consecuencias jurídicas.

---

y Social 23/2002, sobre “Los servicios de interés general” , aprobado en el Pleno de 17 y 18-7-2002 (ponente, Sr. Hernández Bataller) (DO 241, de 7-10-2002).

## **2.1. La regulación de la actividad como instrumento de protección de los usuarios.**

En primer lugar, la calificación como servicios de interés general significa que el Estado deja de ser el titular del servicio y responsable de su correcta prestación –directa o indirecta-, pero se convierte en garante de su correcto funcionamiento. Sin perjuicio de la aplicación supletoria del régimen de la concesión de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a las obligaciones de servicio público (art. 20.2), la Administración no garantiza la correcta prestación del servicio mediante la técnica de la concesión, sino a través de la *reglamentación de la actividad*.

El Estado se reserva poderes de intervención y de ordenación de forma permanente durante el ejercicio de la actividad [STS cont. 18 diciembre 1979 (RJ 1979, 4212)]. La calificación del servicio como de “interés general” constituye un título que justifica la intervención administrativa sobre una actividad económica de titularidad privada y prestada en régimen de competencia. Esta intervención se concreta en la atribución a la Administración de diversas potestades: la de regulación y organización del servicio y correlativamente, la de vigilancia y control de su correcta aplicación y para los supuestos de incumplimiento, la potestad sancionadora. Entre las facultades de regulación, destaca la imposición de obligaciones de servicio público (art. 21), que será objeto de análisis específico en el apartado siguiente.

Pero la calificación de las telecomunicaciones como servicios de interés general no sólo justifica la intervención administrativa sobre las actividades consideradas como obligaciones de servicio público (cfr. epígrafe siguiente). *También legitima la atribución a las ANR de potestades de regulación y control sobre otras actividades de explotación de redes o prestación de servicios de comunicaciones electrónicas no calificadas como obligaciones de servicio público*. Por ejemplo, la Ley habilita al Gobierno para regular las condiciones de explotación de las redes y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas, entre las que se incluirán “la de salvaguarda de los derechos de los usuarios finales” (art. 8.1) y se admite la modificación de las mismas previo informe de la CMT y previa audiencia del consejo de Consumidores y Usuarios y, en su caso, de las asociaciones más representativas de los restantes usuarios (art. 8.2); obliga al MCYT a regular un procedimiento público, rápido y gratuito de

resolución de conflictos entre operadores y los consumidores que sean personas físicas y otros usuarios finales por el propio Ministerio, a petición de estos últimos (art. 38.1); a definir los supuestos en los que el Ministerio ha de aprobar los contratos tipo entre operadores y usuarios finale [art. 38.1.i)]; y a regular derechos de los consumidores y usuarios, como el derecho a recibir información comparable y actualizada sobre la calidad de los servicios de comunicaciones electrónicas [art. 38.1.j)] o el derecho a elegir el medio de pago para el abono de los correspondientes servicios, entre los comúnmente utilizados en el tráfico comercial<sup>11</sup>.

Igualmente, por ser servicios de interés general prestados en competencia se justifica la imposición de ciertas obligaciones, en particular las de interconexión y acceso (arts. 11 a 15 LGTel). Estas obligaciones son instrumento de salvaguarda de la competencia y tienen su ámbito natural de aplicación en las relaciones entre operadores. Pero, indirectamente, constituyen un instrumento de protección de los usuarios, no sólo por los beneficios derivados de la competencia efectiva (pluralidad de ofertas y reducción de precios), sino también porque son los mecanismos imprescindibles para tutelar su derecho a la libre elección de operador y al acceso a los servicios ofrecidos por el conjunto de los operadores, independientemente de la red a la que se encuentren conectados físicamente. La Administración, a través de la CMT ha de garantizar que se cumplen esas obligaciones [arts. 48.3, d) y e) LGTel] y en su caso, imponer la pertinente sanción [art. 53, v) LGTel)].

También por ser servicios de interés general, se tipifican determinados comportamientos que, de no ser por esa peculiar condición de los servicios de telecomunicaciones, sólo serían perseguibles mediante técnicas de Derecho privado, en tanto en cuanto constituyeran incumplimientos contractuales. Citamos algunos ejemplos:

- Se tipifica como infracción muy grave “el incumplimiento reiterado de la obligación de mantener los niveles de calidad establecidos para la prestación de los

---

<sup>11</sup> Sobre las dificultades para calificar estas medidas como condiciones de prestación del servicio, dictadas al amparo del título competencial “telecomunicaciones” y no como medidas de tutela de los derechos e intereses de los usuarios encuadrables en el título competencial “consumo”, v. *infra* epgr. dedicado a la distribución de competencias entre Estado y CCAA.

servicios” [art. 53, m) LGTel]. Obsérvese que la Ley sólo se refiere a “servicios”. El control público de la calidad de los servicios no se circunscribe a aquellos calificados como servicios públicos u obligaciones de servicio público.

- Constituye una infracción muy grave o grave el incumplimiento de los derechos de los abonados reconocidos en el art. 38.3 [arts. 53, z) y 54, r), respectivamente], todos ellos referentes a la protección de los datos personales y a la salvaguarda de la privacidad<sup>12</sup>.

Cualquiera de estas intervenciones administrativas no son propias de mercados en competencia, pero sí quedan justificadas bajo el título “servicios de interés general”.

Hasta aquí no existen diferencias notables entre el régimen de la Ley de 1998 y el de la Ley de 2003. Pero en este nuevo marco regulador, *la intervención administrativa adquiere unos matices distintos*, debido a la *modificación del régimen de títulos habilitantes* (art. 6) y a las exigencias derivadas del *principio de flexibilidad*, que otorga a la *CMT la potestad de modificar periódicamente las obligaciones impuestas a los operadores* en función de la situación de la competencia en cada mercado (art.10).

## **2.2. Libertad de acceso al mercado: la autorización administrativa.**

---

<sup>12</sup> Literalmente, dispone el art. 38.3: “En particular, los abonados a los servicios de comunicaciones electrónicas tendrán los siguientes derechos:

- a) A que se han anónimos o se cancelen sus datos de tráfico cuando ya no sean necesarios a los efectos de la transmisión de una comunicación. Los datos de tráfico necesarios a efectos de la facturación de los abonados y los pagos de las interconexiones podrán ser tratados únicamente hasta que haya expirado el plazo para la impugnación de la factura del servicio o para que el operador pueda exigir su pago.
- b) A que sus datos de tráfico sean utilizados con fines comerciales o para la prestación de servicios de valor añadido únicamente cuando hubieran prestado su consentimiento informado para ello.
- c) A recibir facturas no desglosadas cuando así lo solicitasen.
- d) A que sólo se proceda al tratamiento de sus datos de localización distintos a los datos de tráfico cuando se hayan hecho anónimos o previo su consentimiento informado y únicamente en la medida y por el tiempo necesarios para la prestación, en su caso, de servicios de valor añadido, con conocimiento inequívoco de los datos que vayan a ser sometidos a tratamiento, la finalidad y duración del mismo y el servicio de valor añadido que vaya a ser prestado.
- e) A detener el desvío automático de llamadas efectuado a su terminal por parte de un tercero.
- f) A impedir, mediante un procedimiento sencillo y gratuito, la presentación de la identificación de su línea en las llamadas que genere o la presentación de la identificación de su línea al usuario que le realice una llamada.
- g) A impedir, mediante un procedimiento sencillo y gratuito, la presentación de la identificación de las líneas de origen en las llamadas entrantes y a rechazar las llamadas entrantes en que dicha línea no aparezca identificada.
- h) A no recibir llamadas automáticas sin intervención humana o mensajes de fax, con fines de venta directa sin haber prestado su consentimiento previo e informado para ello”.

La autorización general es el título exigido para acceder al mercado, esto es, para desarrollar lícitamente las actividades de explotación de redes públicas y/o la prestación de servicios públicos de comunicaciones electrónicas<sup>13</sup>. Los interesados en explotar tales redes o prestar dichos servicios deberán notificarlo fehacientemente a la CMT, antes del inicio de la actividad, sometiéndose a las condiciones impuestas reglamentariamente para el ejercicio de la actividad que pretenden realizar (art. 6.2). Sólo si la CMT estima que la notificación no reúne los requisitos adecuados, dictará resolución motivada en un plazo máximo de quince días, no teniendo por realizada aquélla (art. 6.3). En el ánimo del legislador se observa ahora una verdadera intención de liberalizar la prestación de un servicio, que se considera de titularidad privada. La autorización general no tiene valor constitutivo de derecho alguno, sino que es la mera declaración o reconocimiento de un derecho preexistente, que ha de ejercerse en las condiciones fijadas por el regulador.

A diferencia de las licencias individuales y autorizaciones generales de la Ley de 1998, la autorización general no conlleva la imposición de obligaciones específicas. El titular de la autorización sólo ha de someterse a las condiciones de prestación del servicio fijadas con carácter general por la LGTel y sus normas de desarrollo (art. 6.2) (ej. cumplir los niveles de calidad definidos por la Administración, contribuir a la financiación del servicio universal, pagar las tasas legales, garantizar a los consumidores y usuarios los derechos que les reconoce la LGTel...etc.)<sup>14</sup>. Así, la potestad reguladora de la Administración se ejerce de un modo más genérico. En principio y sin perjuicio de la introducción de condiciones específicas en los títulos que habilitan para la ocupación del dominio público y la propiedad privada (arts. 28 y 29); para el uso de la numeración (art. 16.3) o del dominio público radioeléctrico (art. 45.3 LGTel), no se impondrán condiciones específicas a la autorización general que otorga la condición de operador de redes y/o servicios de comunicaciones electrónicas.

---

<sup>13</sup> No es precisa la notificación previa para la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de autoprestación (art. 6.2, *in fine*).

<sup>14</sup> El Borrador de Proyecto de RD por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla la LGTel en lo relativo a las condiciones para la prestación de servicios o la explotación de redes de comunicaciones electrónicas, y las obligaciones de servicio público y otros derechos y obligaciones de carácter público, elaborado por el MCYT, distingue entre “condiciones generales”; “condiciones exigibles a los operadores que exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas”; “condiciones exigibles a los operadores que exploten redes telefónicas públicas” y “condiciones exigibles a los operadores que presten el servicio telefónico disponible al público” (arts. 14, 15, 16 y 17, respectivamente).

No obstante, la autorización general crea una *relación de sujeción especial* entre la Administración y los operadores. La autorización es el requisito imprescindible para obtener derechos de ocupación del dominio público y de la propiedad privada para la instalación de las redes de comunicaciones electrónicas, así como para obtener derechos de uso del espectro radioeléctrico y el incumplimiento de las condiciones reguladoras de la prestación del servicio (v.gr. incumplimiento de obligaciones de servicio público, incumplimiento de los niveles de calidad establecidos para la prestación del servicio, incumplimiento de las instrucciones de la CMT...) justifica la inhabilitación para la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas [cfr. art. 56.1,b) *in fine*].

Además, el Estado conserva sus facultades de “rescate” del servicio en ciertos supuestos. En concreto, en caso de incumplimiento de las obligaciones de servicio público, el Gobierno podrá intervenir o asumir la gestión directa de los correspondientes servicios o de la explotación de las redes (art. 4.5<sup>15</sup>).

### ***2.3. El control de la competencia en el mercado y la imposición de obligaciones de los Operadores con Poder Significativo en el Mercado (OPS).***

La Ley ha optado por conservar la calificación de las telecomunicaciones como servicios de interés general que se prestan en competencia (art. 2.1). Esta declaración se enmarca en un entorno caracterizado por los siguientes rasgos:

---

<sup>15</sup> Art. 4.5 *LGTel*. El Gobierno, con carácter excepcional y transitorio, podrá acordar la asunción por la Administración General del Estado de la gestión directa de determinados servicios o de la explotación de ciertas redes de comunicaciones electrónicas, de acuerdo con el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, para garantizar la seguridad pública y la defensa nacional. Asimismo, en el caso de incumplimiento de las obligaciones de servicio público a las que se refiere el título III de esta Ley, el Gobierno, previo informe preceptivo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, e igualmente con carácter excepcional y transitorio, podrá acordar la asunción por la Administración General del Estado de la gestión directa de los correspondientes servicios o de la explotación de las correspondientes redes. En este último caso, podrá, con las mismas condiciones, intervenir la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas.

i) La situación de la competencia es heterogénea en relación a los diversos mercados considerados. Así, está prácticamente consolidada en el servicio de llamadas de larga distancia desde terminales fijos, en el servicio telefonía móvil o en el de acceso a Internet; pero es sólo incipiente o cuando no inexistente en el mercado de llamadas locales o en el de acceso a la red telefónica fija);

ii) En el ámbito comunitario se están replanteado los principios inspiradores de la liberalización del mercado de las telecomunicaciones, entendiendo que tales principios no pueden ser aplicados de modo uniforme al conjunto de los mercados. Por ejemplo, el principio de orientación a costes carece de justificación en relación a las redes y servicios de banda ancha;

iii) El nuevo marco regulador comunitario tiene como objetivo básico la progresiva suplantación del Derecho sectorial por el Derecho general de la competencia.

En este contexto, se encomienda a la Administración, en concreto a la CMT, el seguimiento y control del mercado, con el fin de garantizar la competencia y el acceso de todos los usuarios a los servicios de comunicaciones electrónicas. La CMT puede imponer obligaciones específicas (v.gr.control de precios, separación de cuentas, obligaciones de servicio público...) a aquellos operadores que alcancen una posición de dominio en los mercados de referencia, en los que se constate la falta de competencia efectiva (cfr. arts. 10 y 48.2 y 48.3, g) LGTel).

La categoría de “operadores con poder significativo en el mercado” (OPSM) es una de las principales novedades de la nueva regulación. Sustituye al “operador dominante” de la regulación anterior y a diferencia de éste no responde principalmente a la cuota de mercado (art. 23 LGTel 1998<sup>16</sup>), sino a un criterio material, más próximo al

---

<sup>16</sup> *Artículo 23. Operador dominante.*

1. A los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de operador dominante, en el ámbito municipal, autonómico, estatal o en otro ámbito territorial determinado, el operador u operadores de redes o servicios que hayan obtenido en dicho ámbito y en el año inmediatamente anterior, una cuota de mercado superior al 25 por 100 de los ingresos brutos globales generados por la utilización de las redes o por la prestación de los servicios.

No obstante lo anterior y en atención a la capacidad de las redes de un mismo titular, o a la del servicio que éste preste, para influir en las condiciones del mercado, su volumen de negocios, su control sobre los medios de acceso a los usuarios finales, su acceso a los recursos financieros, su experiencia en suministrar productos y servicios o cualquier otra circunstancia que pueda afectar a las condiciones de la competencia, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con carácter individualizado y

Derecho general de la competencia (arts. 82 TUE y 6 LDC<sup>17</sup>). Esto es, la posición de fuerza económica del operador y sus posibilidades de actuar, -individual o conjuntamente-, en el mercado de referencia o en otro estrechamente vinculado, con independencia de sus competidores y clientes. La Ley lo define 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” (Anexo II, apdo. 8).

La CMT analizará periódicamente (como mínimo cada dos años) y conforme a las directrices de la Comisión Europea los distintos mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (al por mayor y al por menor)<sup>18</sup>. Mediante Resolución publicada en el BOE y previo informe del Servicio de Defensa de la Competencia, definirá los mercados de referencia, para detectar si el mercado en cuestión se desarrolla en un marco de competencia efectiva. En caso negativo, impondrá obligaciones específicas a los operadores con peso significativo en dicho mercado (art. 10).

La imposición de obligaciones específicas se contempla con carácter restrictivo. Tales obligaciones se determinarán por Reglamento y pueden afectar a las relaciones entre operadores (interconexión y acceso; selección y preselección de operador) o las relaciones con usuarios (ej. control de precios). En todo caso, habrán de ser proporcionadas, justificadas, vinculadas a la existencia de un problema de competencia

---

mediante resolución motivada, podrá establecer que no tiene posición dominante en el mercado aunque participe en él en una cuota superior al 25 por 100, en el ámbito territorial de referencia. Del mismo modo y con arreglo a las mismas condiciones, podrá establecer que sí tiene esa posición dominante el prestador de los servicios o el titular de red con una cuota de mercado inferior al 25 por 100, en el ámbito territorial de referencia.

2. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones establecerá y hará pública, anualmente, la relación de los operadores que se consideran dominantes en el mercado.

3. En el reglamento al que se refiere el artículo 22.7, se determinará qué obligaciones de las impuestas a los operadores dominantes son exigibles a los operadores de los servicios de telefonía móvil.

<sup>17</sup> Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

<sup>18</sup> Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (DO C 165, de 11-7-2002) y Recomendación de la Comisión de 11-2-2003, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación *ex ante* de conformidad con la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (DO L 114, de 8-5-2003).

y limitadas al tiempo “estrictamente imprescindible”. Se otorga preferencia a las medidas en materia de interconexión, acceso, selección y preselección de operador. Esto es, a la obligación del OPSM de poner a disposición de terceros sus redes, servicios y recursos asociados con el fin de facilitar el acceso de aquellos al mercado (art. 10).

El sistema descrito revela una importante innovación con respecto a la regulación anterior. La nueva LGTel no prevé una lista de obligaciones que se imponen a los OPSM, con la posibilidad de que la CMT excluya su aplicación en casos concretos. El nuevo marco es más flexible, sólo contiene una habilitación a la Comisión para evaluar el mercado y decidir si procede o no la imposición de ciertas obligaciones, que la Ley no impone.

#### **IV. OBLIGACIONES DE SERVICIO PÚBLICO. EN PARTICULAR, EL SERVICIO UNIVERSAL.**

##### **1. Introducción.**

Una de las consecuencias principales de la calificación de las telecomunicaciones como servicios de interés general, que se prestan en competencia (art. 2 LGTel), es la posibilidad de imponer obligaciones de servicio público (T. III, arts. 20-25). Junto a ellas, la nueva Ley mantiene algunos servicios calificados como servicios públicos (art. 4).

Los servicios de telecomunicaciones para la defensa nacional y la protección civil son servicios públicos en el sentido clásico del término. Su titularidad corresponde al Estado, que puede prestarlos en régimen de gestión directa o indirecta, mediante la concesión (art. 4 LGTel). Sin perjuicio de la regulación dada por el artículo 4 de la LGTel, los servicios de telecomunicaciones relacionados con la seguridad pública y la defensa nacional se rigen por su normativa específica. En este estudio no se prestará especial atención al régimen jurídico de estos servicios ya que la nueva regulación no introduce ninguna novedad significativa<sup>19</sup> y la posición de los usuarios no difiere a la propia de los usuarios del resto de servicios públicos (sanidad, educación, justicia...etc.).

---

<sup>19</sup> La redacción del art. 5 de la LGTel de 1998 y del art. 4 de la nueva Ley es básicamente coincidente. La única diferencia entre ambos preceptos es de pura adaptación a la nueva organización ministerial. El art. 4 de la Ley 32/2003 atribuye la competencia en la materia al Ministerio de Ciencia y Tecnología y no al Ministerio de Fomento, como hacía la Ley derogada.

Las obligaciones de servicio público son una categoría específica y distinta a la de los clásicos “servicios públicos”. Aunque la redacción literal del artículo 2.2 de la nueva Ley conserva la ambigüedad de la Ley de 1998<sup>20</sup>, cabe interpretar que todos los servicios de telecomunicaciones, excepto los servicios para la defensa nacional y protección civil, tienen la consideración de servicios de interés general y como tales y sin perjuicio de su prestación en régimen de competencia, se justifica la imposición de obligaciones de servicio público<sup>21</sup>.

Al igual que su predecesora, la nueva LGTel permite la imposición de obligaciones de servicio público para la consecución de los objetivos por ella establecidos (art. 2.2, II), tales como, la promoción del acceso a los nuevos servicios de telecomunicaciones en condiciones de igualdad, el impulso de la cohesión territorial, económica y social; la defensa de los intereses de los usuarios, asegurando su derecho al acceso a los servicios de comunicaciones electrónicas en adecuadas condiciones de elección, precio y calidad; o la protección de los grupos sociales con necesidades especiales, como las personas con discapacidad (art. 3).

En síntesis, son obligaciones de servicio público las que integran el servicio universal y otras impuestas por razones de interés general (defensa nacional, protección civil y otras que el Gobierno podrá imponer para incentivar la cohesión territorial, la extensión de nuevos servicios y tecnologías a la sanidad, la educación o la cultura o para facilitar la disponibilidad de servicios que comporten la acreditación de fehaciencia del contenido de los mensajes enviados, entre otras).

---

<sup>20</sup> *Artículo 2. Las telecomunicaciones como servicios de interés general.*

1. Las telecomunicaciones son servicios de interés general que se prestan en régimen de libre competencia.

2. Sólo tienen la consideración de servicio público o están sometidos a obligaciones de servicio público los servicios regulados en el artículo 4 y en el título III de esta ley.

La imposición de obligaciones de servicio público perseguirá la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 de esta ley y podrá recaer sobre los operadores que obtengan derechos de ocupación del dominio público o de la propiedad privada, de derechos de uso del dominio público radioeléctrico, o que ostenten la condición de operador con poder significativo en un determinado mercado de referencia.

<sup>21</sup> V. ARPÓN DE MENDÍVIL, A., “Obligaciones de servicio público” en ARPÓN DE MENDÍVIL, A. Y CARRASCO PERERA, A. (Directores), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*. Aranzadi. Pamplona, 1999, págs. 403-459, concr. pág. 410.

Obviamente, como después se expondrá con mayor detalle, la imposición de obligaciones de servicio público constituye una medida de protección de los usuarios.

## **2. Delimitación y categorías de obligaciones de servicio público.**

El concepto de “obligaciones de servicio público” es inherente a la calificación de las telecomunicaciones como “servicios de interés general”. Precisamente, porque son servicios de este tipo, se justifica la imposición de obligaciones de servicio público a operadores que prestan servicios en un mercado en competencia, con objeto de garantizar la prestación de determinados servicios en unas condiciones definidas.

Las obligaciones de servicio público son cargas reguladas, al menos con carácter subsidiario por las normas de gestión indirecta de los servicios públicos tradicionales, en el marco de un sistema de libre competencia (art. 20.2 LGTel). El fundamento de su existencia es la obligación del Estado de asegurar que determinados servicios de telecomunicaciones se presten a toda la población en condiciones tales que se asegure el bienestar social y la cohesión económica y territorial. La Ley declara expresamente que el capítulo dedicado a las obligaciones de servicio público en la explotación de redes y en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas tiene por objeto “garantizar la existencia de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, de adecuada calidad en todo el territorio nacional a través de una competencia y una libertad de elección reales, y tratar las circunstancias en que las necesidades de los usuarios finales no se vean atendidas de manera satisfactoria por el mercado” (art. 20.1).

La nueva Ley regula dos categorías de obligaciones de servicio público:

- El *servicio universal*, cuyo contenido queda definido en el artículo 22 de la Ley. No obstante, el Gobierno, de conformidad con la normativa comunitaria, podrá revisar el alcance de las obligaciones de servicio universal (art. 22.4);
- *Otras obligaciones de servicio público* impuestas por razones de interés general. Salvo la obligación de encaminar gratuitamente las llamadas a los números de emergencia (112 y otros que se determinen reglamentariamente) (art. 25.4), la Ley se

limita a habilitar al Gobierno para que mediante Real Decreto imponga obligaciones de servicio público distintas a las de servicio universal (art. 25, apdo. 1-3).

Han desaparecido los “servicios obligatorios” de la Ley de 1998 (art. 40), quedando subsumidos bajo la categoría de “otras obligaciones de servicio público”.

### **3. Operadores obligados.**

Las obligaciones de servicio público podrán imponerse a cualquiera de los siguientes operadores (art. 2.2.II LGTel):

- Los que obtengan derechos de ocupación del dominio público o de la propiedad privada (arts. 26 y 27 LGTel);

- Los que obtengan derechos de uso del dominio público radioeléctrico (art. 45 LGTel) ;

- O los que ostenten la condición de operador con poder significativo en un determinado mercado de referencia (art. 10.3).

.

En principio, cualquiera de estos operadores puede quedar sujeto a las dos categorías de obligaciones de servicio público establecidas por la Ley (servicio universal y otras obligaciones impuestas por razones de interés general).

### **4. Condiciones de la prestación.**

La prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas que constituyen obligaciones de servicio público se rigen por la regulación específica del Título III de la Ley y “con carácter supletorio” por el régimen establecido para la concesión de servicio público por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas<sup>22</sup> (art. 20.2 LGTel). La Ley de 1998 también se refería a la aplicación de la LCAP a los títulos habilitantes

---

<sup>22</sup> El contrato de gestión de servicios públicos se regula en el Título II, arts. 154 a 170, del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el RD Legislativo 2/2000, de 16 de junio (BOE núm. 148 , de 21 de junio).

en los que se impusieran a sus titulares obligaciones de servicio público (art. 35.3 y DA 2ª).

La LGTel establece las condiciones de cumplimiento de estas obligaciones de servicio en la explotación de las redes públicas y en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas. Se efectuarán conforme a los principios de *no discriminación, continuidad, adaptabilidad, disponibilidad y permanencia y conforme a los términos y condiciones que reglamentariamente se determinen* (art. 20.3). Los principios que han de inspirar la prestación de estos servicios –no discriminación, continuidad, adaptabilidad, disponibilidad y permanencia- son coincidentes con los proclamados por el art. 35.2 de la LGTel de 1998. Sin embargo, la nueva Ley otorga un mayor poder de regulación y dirección de la Administración, pues puede definir mediante reglamento “los *términos y condiciones*” de prestación del servicio [v.gr condiciones de calidad, precios (cfr. DT 3ª) u otras condiciones de contratación].

Los principios enunciados han sido calificados como las “leyes naturales del servicio público”<sup>23</sup>. Se encuentran también regulados, de forma directa o indirecta, por la LCAP [arts. 161, a) y d) y 163]. Aunque están vinculados entre sí, cada uno de ellos tiene su propia significación y correlativamente, sus propias consecuencias jurídicas:

*Principio de igualdad y no discriminación.* Como es sabido, estos principios no implican la prohibición de todo trato desigual, sino la prohibición del tratamiento discriminatorio, entendiendo por tal el trato diferenciado, sin razón o causa objetiva que justifique la diferencia<sup>24</sup>. Este principio se proyecta tanto en las relaciones entre operadores y Administración, como en las relaciones entre operadores y usuarios.

Desde la perspectiva de la Administración, implica la prohibición de discriminación en la imposición de obligaciones de servicio público y en las condiciones de prestación de los mismos. Éstas serán coincidentes para los operadores de idéntica categoría y sólo se admitirán tratamientos diferenciados cuando existan razones objetivas (v.gr. posición de dominio de cierto operador) que justifiquen la imposición de obligaciones o condiciones distintas.

---

<sup>23</sup> ROLLAND, *Cours de Droit administratif*, París, 1943-1944, pág. 178.

<sup>24</sup> SSTC 177/1993 (RTC 1993, 177) y 76/1990 (RTC 1990, 76).

En las relaciones entre operadores y usuarios, el principio de igualdad obliga a no discriminar a ningún colectivo de usuarios ni al facilitar el acceso al servicio, ni tampoco en las condiciones de prestación del mismo. Naturalmente, se admiten condiciones diferenciadas, siempre que existan razones que objetivamente justifiquen el tratamiento desigual (v.gr. descuentos por volumen de tráfico; condiciones especiales para usuarios discapacitados o con necesidades sociales especiales...etc.).

*Principio de transparencia.* La proclamación de este principio responde a la calificación de los servicios de telecomunicaciones como servicios de interés general prestados en competencia. La imposición de obligaciones de servicio público no debe ser en ningún caso un instrumento aprovechable para obtener ventajas competitivas en perjuicio del resto de los operadores. Así, por ejemplo, los mecanismos de compensación por la prestación del servicio universal en los casos en los que éste implique una carga injustificada para los operadores obligados a prestarlo, habrán de establecerse en “condiciones de transparencia” (art. 24.2), evitando las subvenciones cruzadas entre ingresos procedentes de los servicios sujetos a las cargas y los demás.

Como uno de los instrumentos de cumplimiento de este principio, la LGTel habilita a las ANR<sup>25</sup> para requerir la información precisa para, entre otros fines, controlar el cumplimiento de las obligaciones de servicio público [art. 9.1, a)]. La Ley también prevé expresamente la posibilidad de imponer obligaciones de separación de cuentas a los OPSM (art. 13,c), pero la genérica proclamación del principio de transparencia y la potestad de las ANR de requerir información para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de servicio público, permite extender esa obligación a otros operadores carentes de la condición de OPSM.

*Principios de disponibilidad, continuidad y permanencia.* Tales principios hacen referencia a la eficacia y estabilidad en la prestación del servicio. Implican que los operadores no podrán posponer u obstaculizar la prestación del servicio, reducir su

---

<sup>25</sup> Tienen la consideración de ANR, el Gobierno, los órganos superiores y directivos del Ministerio de Ciencia y Tecnología que, de conformidad con la estructura orgánica del departamento, asuman las competencias de esta ley, los órganos superiores y directivos del Ministerio de Economía en materia de regulación de precios, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones (art. 46 LGTel).

ámbito de prestación, modificar sus condiciones o suspender su prestación sin la autorización de la Administración competente, en concreto del MCYT (art. 20.4). Lo contrario, constituye una infracción administrativa muy grave [art. 53, letra l)] o grave [art. 54, letra o)], con el riesgo de intervención o gestión directa del servicio por la Administración (art. 4.5).

*Principio de adaptabilidad o cláusula de progreso.* La Administración definirá en cada momento las obligaciones de servicio público, en función del desarrollo tecnológico y de las necesidades observadas en cada momento y mercado geográfico o de servicio considerado [cfr. arts. 21, b), 22.4 y 25]. Precisamente, por ser las obligaciones de servicio público una categoría abierta, cuya imposición está sujeta a las necesidades detectadas por la Administración, los operadores están obligados a adaptar la prestación del servicio a las exigencias impuestas en cada momento en función de dichas necesidades, sin que esto dé derecho al operador a recibir indemnización.

Por último, los servicios han de prestarse en las condiciones económicas determinadas por la Administración. El servicio universal deberá prestarse en todo caso a “precio asequible” (art. 22.1) y el servicio de llamadas a números de emergencia deberá ser gratuito (art. 25.4). Los precios del resto de servicios que constituyen obligaciones de servicio público, al igual que el precio del resto de servicios, pueden ser regulados con carácter transitorio por la CDGAE, que podrá fijar precios orientados a costes hasta que se definan los nuevos mercados de referencia, se determine qué operadores ostentan posición de dominio y cuáles son sus obligaciones en cada mercado (DT 3<sup>a</sup>). Y ello con dos objetivos: garantizar la concurrencia en el mercado y el acceso a dichos servicios de todos los ciudadanos a precios asequibles<sup>26</sup>. Instrumentalmente, se

---

<sup>26</sup> La citada DT 3<sup>a</sup> establece que “durante el período transitorio previsto en el apartado tres de la disposición transitoria primera, la CDGAE, previo informe de la CMT, podrá fijar, transitoriamente, precios fijos, máximos y mínimos, o los criterios para su fijación y los mecanismos para su control, en función de los costes reales de la prestación del servicio y del grado de concurrencia de operadores en el mercado. Para determinar el citado grado de concurrencia, se analizará la situación propia de cada uno de los distintos servicios, de forma tal que se garantice la concurrencia, el control de las situaciones de abuso de posición dominante y el acceso a aquéllos de todos los ciudadanos a precios asequibles. A estos efectos, los operadores que exploten redes o presten servicios estarán obligados a suministrar información pormenorizada sobre sus costes, atendiendo a los criterios y condiciones que se fijan reglamentariamente. En todo caso, dicha información deberá ser relevante a los fines de la regulación de los precios y, asimismo, deberá suministrarse acompañada de un informe de conformidad emitido por una empresa auditora independiente”.

obliga a los operadores de redes y servicios a facilitar información contable sobre sus costes.

Sin perjuicio de su concreción, los principios expuestos constituyen auténticas condiciones de prestación del servicio y su vulneración tiene consecuencias no sólo en el ámbito del Derecho público [potestad sancionadora de la Administración *ex* arts. 53, l), 54,o) y 56 LGTel] sino también en el ámbito del Derecho privado. En otros términos, la deficiente prestación del servicio calificado como obligación de servicio público, por ejemplo la interrupción de la prestación, tiene relevancia en las relaciones entre el operador incumplidor y los usuarios afectados, quienes podrán exigir la correspondiente indemnización, no sólo por incumplimiento del contrato [cfr. art. 38.2,a) y e) LGTel], sino también por la deficiente prestación del servicio público (cfr. art. 161 LCAP). Además, en virtud de las potestades de regulación, control y sanción atribuidas a la Administración y de la aplicación subsidiaria del régimen de la concesión de servicio público de la LCAP, cabe cuestionarse si también la Administración es responsable subsidiaria de los daños ocasionados por el incumplimiento de las condiciones de prestación de las obligaciones de servicio público. Esta cuestión se analiza en el subepígrafe siguiente.

## **5. Competencias administrativas.**

Sobre las redes y servicios incluidos en las obligaciones de servicio público, se atribuyen a la Administración unos poderes de ordenación, intervención y sanción mucho mayores que para aquellas otras actividades que residen fuera del ámbito de esas obligaciones. Sin perjuicio de las potestades atribuidas expresamente al Gobierno, corresponde al Ministerio de Ciencia y Tecnología el control y el ejercicio de las facultades de la Administración relativas a las obligaciones de servicio público (art. 20.3 LGTel).

### **5.1. Potestad reguladora.**

La Administración ostenta un importante poder de regulación en relación a las obligaciones de servicio público. Son numerosos los aspectos del régimen jurídico de estas obligaciones que la Ley remite a su regulación mediante reglamento. Así, la

definición de los términos y condiciones de prestación del servicio universal, en particular los niveles de calidad y los precios “asequibles” (cfr. art. 22.1.II y 22.2); la revisión del alcance de las obligaciones de servicio universal (art. 22.4); el sistema de designación de los operadores encargados de la prestación del servicio universal (art. 23.2); la definición de los términos y condiciones en los que se harán efectivas las aportaciones al mecanismo de compensación para la financiación del servicio universal (art. 24.2); la determinación de la estructura, organización, funcionamiento y mecanismos de control del Fondo nacional del Servicio Universal (art. 24.4.IV); la imposición de obligaciones de servicio público por razones de defensa nacional, seguridad pública o protección civil (art. 25.1); la imposición de obligaciones de servicio público por otras razones (art. 25.2), así como la determinación del procedimiento de prestación y financiación de estas últimas obligaciones (art. 25.3).

En particular en relación a la determinación de los términos y condiciones de prestación de los servicios que constituyen obligaciones de servicio público cabe poner de manifiesto que entre la redacción del artículo 35.2 de la Ley 11/1998 y el artículo 20.3 de la nueva Ley se observa una diferencia, que puede ser relevante. Y es que la nueva Ley otorga un mayor poder de regulación y dirección de la Administración. La Ley derogada además de proclamar los principios de no discriminación, igualdad, transparencia, continuidad, adaptabilidad, disponibilidad y permanencia, exigía que la prestación de los servicios en cuestión se realizara “conforme a los *criterios de calidad* que reglamentariamente se determinen, que serán objeto de adaptaciones periódicas”. La nueva Ley proclama los mismos principios generales y exige la prestación conforme a “los *términos y condiciones* que reglamentariamente se determinen”. Como puede observarse, en el nuevo contexto, se consagra expresamente en el texto de la Ley la potestad de la Administración de definir las condiciones de calidad, pero también otras condiciones (v.gr precios, condiciones de contratación...etc).

La Ley regula expresamente la intervención de la Administración en la definición de los precios. Así, los precios de los servicios que constituyen obligaciones de servicio público, al igual que el precio del resto de servicios, pueden ser regulados con carácter transitorio por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos (CDGAE), que podrá fijar precios orientados a costes hasta que se definan los nuevos mercados de referencia, se determine qué operadores ostentan posición de

dominio y cuáles son sus obligaciones en cada mercado (DT 3ª). Y ello con dos objetivos: garantizar la concurrencia en el mercado y el acceso a dichos servicios de todos los ciudadanos a precios asequibles<sup>27</sup>.

## **5.2. Vigilancia y control. La potestad sancionadora.**

Como ya establecía el artículo 35.2 de la Ley de 1998, en su redacción dada por el art. 66 de la Ley 14/2000<sup>28</sup>, el control y el ejercicio de las facultades de la Administración relativas a las obligaciones de servicio público corresponde al Ministerio de Ciencia y Tecnología. Sin perjuicio de las competencias atribuidas por la Ley a la CMT [ej. determinación de si la obligación de prestación del servicio universal implica una carga injustificada para los operadores obligados (art. 24.1) y la gestión del Fondo Nacional del Servicio Universal (art. 24.4.IV)], corresponde al MCYT proponer al Gobierno la política a seguir para facilitar el desarrollo y la evolución de las obligaciones de servicio público y la desarrollará asumiendo la competencia de control y seguimiento de las obligaciones de servicio público que correspondan a los distintos operadores en la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas (art. 46.2 LGTel).

El MCYT ha de vigilar el cumplimiento de las obligaciones de servicio universal y en particular, garantizar que éste se efectúe con respeto a los principios de igualdad, transparencia, no discriminación, continuidad, adaptabilidad, disponibilidad y permanencia y conforme a los términos y condiciones que reglamentariamente se determinen (art. 20.3 LGTel).

---

<sup>27</sup> La citada DT 3ª establece que “durante el período transitorio previsto en el apartado tres de la disposición transitoria primera, la CDGAE, previo informe de la CMT, podrá fijar, transitoriamente, precios fijos, máximos y mínimos, o los criterios para su fijación y los mecanismos para su control, en función de los costes reales de la prestación del servicio y del grado de concurrencia de operadores en el mercado. Para determinar el citado grado de concurrencia, se analizará la situación propia de cada uno de los distintos servicios, de forma tal que se garantice la concurrencia, el control de las situaciones de abuso de posición dominante y el acceso a aquéllos de todos los ciudadanos a precios asequibles. A estos efectos, los operadores que exploten redes o presten servicios estarán obligados a suministrar información pormenorizada sobre sus costes, atendiendo a los criterios y condiciones que se fijan reglamentariamente. En todo caso, dicha información deberá ser relevante a los fines de la regulación de los precios y, asimismo, deberá suministrarse acompañada de un informe de conformidad emitido por una empresa auditora independiente”.

<sup>28</sup> Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE núm. 313, de 30-12-2000).

Como instrumento para ejercer esta potestad, la Administración podrá requerir información a los operadores con distintos fines, entre ellos, comprobar el cumplimiento de las obligaciones que resulten de los derechos de uso del dominio público radioeléctrico, de la numeración o de la ocupación del dominio público o de la propiedad privada (v.gr. las obligaciones de servicio público) (art. 9 LGTel). El incumplimiento reiterado de tales requerimientos de información constituye una infracción administrativa muy grave [art. 53, p) LGTel].

El incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones de servicio público constituye una infracción administrativa muy grave [art. 53, l) LGTel] o grave [art. 54, o)]<sup>29</sup>. Una forma concreta de incumplimiento de estas obligaciones es el incumplimiento de la obligación de mantener los niveles de calidad establecidos para la prestación de los servicios, tipificado expresamente como infracción muy grave, si el incumplimiento es reiterado [art.53, m)] o grave, si no lo es [art. 54, q)]. Su sanción corresponde al MCYT, a través de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información [art. 58,b)]. Las sanciones previstas por la Ley son la multa, la inhabilitación y la pública amonestación.

Para las infracciones muy graves, la multa será por importe no inferior al tanto, ni superior al quíntuplo, del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción. En caso de que no resulte posible aplicar este criterio, el límite máximo de la sanción será de dos millones de euros. La inhabilitación para la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas podrá ser de hasta cinco años [art. 56.1,b)]<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> No es este el lugar adecuado para indagar sobre la tipificación de infracciones realizada por la Ley. Pero sí se ha de poner de manifiesto que sería deseable una mayor nitidez en la tipificación y distinción entre infracciones muy graves y graves. Obsérvese que se tipifica como infracción muy grave “el incumplimiento grave o reiterado” y como infracción grave, el incumplimiento que “no deba considerarse como infracción muy grave”. La definición legal conduce a un círculo vicioso, que sólo se romperá por la discrecionalidad (cuando no arbitrariedad) de la Administración sancionadora.

<sup>30</sup> Aunque la nueva LGTel no prevé como sanción la revocación del título habilitante, el Borrador de Proyecto de RD por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla la LGTel en lo relativo a las condiciones para la prestación de servicios o la explotación de redes de comunicaciones electrónicas, y las obligaciones de servicio público y otros derechos y obligaciones de carácter público elaborado por el MCYT sí regula la extinción de la autorización general por “sanción administrativa, de acuerdo con lo establecido en el Título VIII de la LGTel” (art. 6).

Para las infracciones graves, la multa será por importe de hasta el duplo del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones que constituyan aquéllas o, en caso de que no resulte aplicable este criterio, el límite máximo de la sanción será de 500.000 euros. En función de sus circunstancias, las infracciones graves podrán llevar aparejada amonestación pública, con publicación en el Boletín Oficial del Estado y en dos periódicos de difusión nacional, una vez que la resolución sancionadora tenga carácter firme [art. 56.1,c)].

Al igual que en la LGTel de 1998, la máxima manifestación de los poderes de intervención de la Administración en defensa del interés general, materializado en las obligaciones de servicio público, es la posibilidad que otorga al Gobierno de intervenir o incluso asumir la gestión directa de los correspondientes servicios o de la explotación de redes de comunicaciones electrónicas en caso de incumplimiento de las obligaciones de servicio público (art. 4.5). La intervención o asunción de la gestión directa ha de acordarse con carácter excepcional y transitorio, previo informe preceptivo de la CMT y por propia iniciativa del Gobierno o a instancia de una Administración pública territorial, con competencias para la prestación de los servicios públicos afectados por el anormal funcionamiento del servicio o de la red de comunicaciones electrónicas. En cuyo caso, esta Administración, tendrá la condición de interesada y podrá evacuar informe con carácter previo a la resolución final (art. 4.5.).

Estas actuaciones son propias de los servicios públicos prestados indirectamente por un concesionario, quien sustituye al Estado. Coinciden con los poderes de policía atribuidos a la Administración para asegurar la buena marcha de los servicios (art. 155.3 LCAP) y en virtud de los cuales, se justifica la intervención cuando, habiéndose producido un incumplimiento por parte del contratista (en este caso, del operador), del mismo se derivase una perturbación grave y no reparable por otros medios para el servicio afectado (cfr. arts. 166 y 168.2 LCAP). La intervención o asunción de la gestión directa del servicio se regirá por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (art. 4.5).

Por su carácter excepcional, la situación de intervención se mantendrá en tanto la alteración del servicio no desaparezca, y parece que podría conducir tanto a la continuación de su prestación por el operador entonces obligado o por un nuevo

operador a quien se hayan impuesto *ex novo* esas obligaciones de servicio público, sin perjuicio de la tramitación del correspondiente expediente sancionador.

### **5.3. Responsabilidad de la Administración por la prestación de obligaciones de servicio público<sup>31</sup>.**

#### **5.3.1. Consideraciones generales.**

Existen varios argumentos que sugieren una cierta responsabilidad de la Administración en caso de prestación deficiente de los servicios calificados como obligaciones de servicio público. Así,

i) La autorización reglada que habilita para explotar redes o prestar servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público pertenece a las denominadas “autorizaciones de funcionamiento”, caracterizadas por constituir una relación permanente entre la Administración y el sujeto autorizado, en la que aquélla conserva sus potestades de salvaguarda del interés público. En ejercicio de esta potestad y como medida sancionadora ante la comisión de infracciones muy graves *ex art. 53 LGTel* (v.gr. prestación del servicio a niveles de calidad inferiores a los estipulados reglamentariamente, incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones de servicio público, interceptación, sin autorización, de comunicaciones no destinadas al público en general...), la Administración podrá “inhabilitar” para actuar en el mercado de redes y servicios de comunicaciones electrónicas [art. 56.1,b) LGTel].

ii) La Administración ostenta un importante poder regulador. Organiza la prestación del servicio en los términos que ya hemos visto. En particular, define los niveles mínimos de calidad de los distintos servicios<sup>32</sup> y los precios “asequibles” de su prestación.

iii) Vigila y controla la prestación de tales servicios.

---

<sup>31</sup> En otro apartado de este estudio se analiza la distribución de competencias entre las distintas Administraciones implicadas (estatal *versus* autonómica; de telecomunicaciones *versus* de consumo). Sin perjuicio de las competencias de la Administración de consumo, a las que haremos oportuna referencia, en este apartado el concepto “Administración” hace referencia a la Administración de telecomunicaciones que regula, impone y controla las condiciones de prestación de las obligaciones de servicio público y en su caso, sanciona las condiciones de prestación de dichas obligaciones.

<sup>32</sup> Al igual que en el marco de la LGTel de 1998, el Borrador de nuevo RSU atribuye al MCYT la definición, mediante Orden, de los niveles mínimos de calidad del servicio (art. 32).

iv) Sanciona en caso de incumplimiento de las obligaciones de servicio público.

v) Puede intervenir o asumir la gestión directa de los servicios calificados como obligaciones de Derecho público. Y esta intervención se produce en los términos de la LCAP.

vi) Aparte de la autorización general, existen otros títulos, que conserva la Administración (v.gr. las autorizaciones para la ocupación de la propiedad pública, privada o las concesiones de uso del dominio público radioeléctrico) que permiten un control más estricto sobre su uso.

vii) En general, la prestación de los servicios calificados como obligaciones de servicio público se regula con carácter supletorio por la LCAP (art. 20.2 LGTel).

Por la peculiaridad de las obligaciones ahora analizadas, la aplicación de la LCAP tiene un *alcance limitado*. Sin perjuicio de su aplicación a los títulos habilitantes que reconozcan derechos de ocupación del dominio público y propiedad privada o derechos de uso sobre el dominio público radioeléctrico, a las autorizaciones generales no son aplicables aquellas normas de la LCAP que facultan al contratista o a la Administración para resolver el contrato de gestión en caso de incumplimiento (art. 111 LCAP), pues no hay contrato que resolver y tampoco título que revocar. Sólo existe la posibilidad de “inhabilitar” (art. 56 LGTel).

A pesar de esa ausencia de vínculo contractual entre Administrador y prestador del servicio, aquélla se reserva la facultad de intervenir o incluso de asumir directamente la prestación del servicio, en caso de incumplimiento del prestador del mismo (art. 4.5 LGTel).

En este contexto, surge la duda sobre si a pesar de la inexistencia de vínculo contractual entre Administración y operador, la Administración responde frente a los usuarios como última responsable de la correcta prestación del mismo (arts. 106.2 CE, 139 LRJAPC y 121 LEF).

Como en otros sectores de la actividad económica (cfr. electricidad, gas, seguros, servicios bancarios...etc.), la Administración retiene facultades de organización, inspección, control y en su caso, intervención sobre la actividad de

titularidad privada. Se configura un régimen de prestación de servicios no concesional en sentido estricto, pero sí próximo a éste. Y es éste peculiar *status* de la Administración en relación a tales servicios lo que permite cuestionar su responsabilidad frente al usuario por la correcta prestación del mismo. En otros términos, si las acciones de responsabilidad por los daños derivados del incumplimiento de las obligaciones de servicio público (v.gr. incumplimiento de estándares de calidad; denegación de acceso al servicio telefónico fijo; precios por encima de los asequibles, interrupción del servicio...etc) pueden dirigirse no sólo contra el operador prestador del servicio, sino también subsidiariamente, contra la Administración por omisión de sus deberes de vigilancia y en cuanto última responsable de la correcta prestación del mismo (arts. 106.2 CE, 139 LRJAPC y 121 LEP) .

La LGTel no especifica el régimen de responsabilidad de la Administración por la prestación de los servicios que constituyen obligaciones de servicio público.

### 5.3.2. *Inimputabilidad a la Administración de los daños ocasionados por los operados.*

Como es sabido, la responsabilidad patrimonial de la Administración exige como presupuestos necesarios, resumidamente: i) la acreditación de una *lesión* o daño antijurídico, individualizable y susceptible de valoración económica; ii) que el daño o lesión patrimonial sea imputable a la *actuación (activa u omisiva) de la Administración* o sus *agentes* en relación al funcionamiento de los *servicios públicos*; iii) que exista un *nexo de causalidad* entre el daño y la actuación administrativa, no mediando ni intervención de tercero ajeno a la Administración, ni fuerza mayor extraña a la actividad administrativa (arts. 106 CE, 139 LRJAPC y 121 LEP).

Se admite pacíficamente que las normas administrativas reguladoras de la responsabilidad patrimonial de la Administración utilizan la expresión “servicio público” en un sentido amplio, como sinónimo de “actividad administrativa”<sup>33</sup>, alusiva a toda actuación, gestión, actividad o tareas propias de la función administrativa que se ejerce, incluso por omisión o pasividad con resultado lesivo (SSTS de 7 de junio de 1967 y 2 de febrero de 1968, de 5 junio 1989, 22 marzo 1995 y STSJ País Vasco, de 13

---

<sup>33</sup> CHINCHILLA MARÍN, C., “Servicio público: ¿crisis o renovación?” en MALARET GARCÍA, E. (Directora), *Régimen Jurídico de los Servicios Públicos*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1997, págs. 61-98, concr. pág. 83..

diciembre 2003, entre otras muchas). Es decir, a su “giro o tráfico” específico o a la “actuación de sus órganos en el servicio que la norma les tiene encomendados” (STS de 10 de junio de 1985). Esto significa que la calificación de los servicios de telecomunicaciones como “de interés general” y algunos de éstos como “obligaciones de servicio público” y no como servicio público *strictu sensu* es irrelevante para negar la responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento (normal o anormal) del mismo *ex arts.* 106 CE, 139 LAP y 121 LEF.

Los operadores no son “agentes” de la Administración pública, a efectos de imputación a ésta de los daños derivados de su actuación. La actividad no es de titularidad estatal. Como es sabido, en el sistema actual de responsabilidad patrimonial objetiva de la Administración, la titularidad administrativa de la actividad o servicio en cuyo marco se produce el daño es suficiente para justificar la imputación del mismo a la Administración, siempre que la persona causante del daño esté integrado en la organización prestadora del servicio o actividad. En el supuesto ahora analizado, la titularidad del servicio no corresponde al Estado, sino a los operadores que lo prestan en régimen de libre competencia y por tanto, sólo a ellos son imputables los daños ocasionados (art. 2 LGTel). Es desproporcionado pensar que la Administración puede responder de los daños causados por cualquier agente económico por el mero hecho de autorizar la realización de una actividad concreta. Ello llevaría a unos costes de realización del Derecho insostenibles, desproporcionados y manifiestamente irracionales (piénsese que *mutatis mutandi*, tendría que responder la Administración por los daños ocasionados por todas las empresas que han obtenido una licencia de apertura o de realización de determinadas actividades económicas o por los daños ocasionados por conductores, que habiendo obtenido un permiso de circulación, no cumplen las normas).

Pero aún admitiendo que la intensa regulación del sector, los poderes de dirección y control de la Administración y el peculiar *status* de las obligaciones de servicio público convierten la prestación de servicios de interés general, en concreto del servicio de telecomunicaciones, en una actividad *cuasi administrativa*, existen argumentos suficientes para afirmar que los operadores no están integrados en la organización administrativa a efectos de imputar a la Administración responsabilidad

por los daños derivados de su actuación (v.gr. interrupciones del servicio, calidad deficiente...). Citamos algunos de ellos:

i) En la legislación administrativa, es nota común que en todos los supuestos en los que entre la Administración y los terceros víctimas del daño media un intermediario (contratista en general, concesionario de servicios públicos o concesionario de obras públicas) se atribuye la responsabilidad a éste último por los daños derivados de la ejecución del contrato (obra o prestación de servicio). La Administración sólo responde si el daño deriva del cumplimiento de una condición impuesta por ella y cuyo cumplimiento por el concesionario es ineludible [cfr. arts. 97<sup>34</sup>, 161,c)<sup>35</sup> y 243,e)<sup>36</sup>

---

<sup>34</sup> *Artículo 97. Indemnización de daños y perjuicios.*

1. Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato.
2. Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en las leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación.
3. Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción.
4. La reclamación de aquéllos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto.

<sup>35</sup> *Artículo 161. Obligaciones generales.*

El contratista estará sujeto al cumplimiento de las siguientes obligaciones, con carácter general:

- a) Prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el abono, en su caso, de la contraprestación económica comprendida en las tarifas aprobadas.
- b) Cuidar del buen orden del servicio, pudiendo dictar las oportunas instrucciones, sin perjuicio de los poderes de policía a los que se refiere el artículo 155.
- c) *Indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración.*
- d) Respetar el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, respecto de las empresas de Estados miembros de la Comunidad Europea o signatarios del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio, en los contratos de suministro consecuencia del de gestión de servicios públicos.

<sup>36</sup> *Artículo 243. Obligaciones del concesionario.*

Serán obligaciones generales del concesionario:

- a) Ejecutar las obras con arreglo a lo dispuesto en el contrato.
- b) Explotar la obra pública, asumiendo el riesgo económico de su gestión con la continuidad y en los términos establecidos en el contrato u ordenados posteriormente por el órgano de contratación.

LCAP]. Y ello aunque la responsabilidad se califique en estos casos de administrativa y se reconozca a la Administración la competencia para resolver sobre su procedencia según las reglas aplicables a ésta (art. 123 LEF y Dictamen del Consejo de Estado de 13 de julio de 1967, relativo a una reclamación de daños formulada por los propietarios colindantes con un embalse, construido y explotado por una empresa hidroeléctrica, a consecuencia del encharcamiento de sus fincas).

No obstante y sin perjuicio del derecho de repetición frente al concesionario, la jurisprudencia ha declarado reiteradamente la responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento de los servicios públicos prestados en régimen de concesión, por conservar aquélla la titularidad formal del servicio<sup>37</sup>.

Así, el régimen de la concesión de servicios públicos, aplicable subsidiariamente a la prestación de las obligaciones de servicio público, no prevé la responsabilidad de la Administración derivada del incumplimiento por el concesionario de las condiciones de la concesión. Obviamente, la Administración podrá ejercer sus potestades de inspección, sanción y resolución de la concesión, pero sólo responderá de los daños derivados del funcionamiento del servicio público concedido, si los daños tienen su origen en alguna cláusula impuesta al concesionario y que sea de ineludible cumplimiento para éste (art. 121.2 LEF). En los demás casos, será el concesionario del servicio quien tendrá que correr con los gastos de la indemnización. *A fortiori*,

---

c) Admitir la utilización de la obra pública por todo usuario, en las condiciones que hayan sido establecidas de acuerdo con los principios de igualdad, universalidad y no discriminación, mediante el abono, en su caso, de la correspondiente tarifa.

d) Cuidar del buen orden y de la calidad de la obra pública, y de su uso, pudiendo dictar las oportunas instrucciones, sin perjuicio de los poderes de policía que correspondan al órgano de contratación.

e) *Indemnizar los daños que se ocasionen a terceros por causa de la ejecución de las obras o de su explotación, cuando le sean imputables de acuerdo con el artículo 97 de esta Ley.*

f) Proteger el dominio público que quede vinculado a la concesión, en especial, preservando los valores ecológicos y ambientales del mismo.

g) Cualesquiera otras previstas en esta u otra Ley o en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

<sup>37</sup> Por citar algunos ejemplos recientes, SSTs de 26 marzo 2001 (RJ Az 2002,4815); de 20 de octubre de 1998 (RJ Az 1998,8842); de abril de 1985 (RJ 1985, 2855), 9 de mayo (RJ Az 1989, 4487) y 29 de septiembre de 1989 (RJ Az 1989, 6727); STSJ Asturias de 28 de noviembre de 2002 (RJ Az 2003,32440) y STSJ Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 30 septiembre de 2002 (RJ Az 2003, 70408).

tratándose de servicios de interés general de los que la Administración no es titular y prestados en régimen de competencia, no parece razonable que la Administración responda del funcionamiento del servicio de telecomunicaciones.

ii) Por no estar integrados en la organización administrativa tampoco imputan su actividad dañosa a la Administración los profesionales libres que ejercitan privadamente funciones públicas (ej. notarios)<sup>38</sup>.

iii) El Convenio de la UIT (Ginebra 1992), hecho en Minneápolis el 6 de noviembre de 1998 y ratificado por España mediante instrumento público de fecha 9 de octubre de 2003 (BOE núm. 283, de 26-11-2003) niega la responsabilidad de la Administración. Su artículo 36 establece que “los Estados miembros no aceptan responsabilidad alguna con relación a los usuarios de los servicios internacionales de telecomunicaciones, especialmente en lo que concierne a las reclamaciones por daños y perjuicios”. No obstante, es dudoso que pueda esgrimirse este Convenio frente al artículo 106 de la Constitución, que establece el principio general de responsabilidad objetiva de la Administración.

iv) Respecto a los servicios de correos, la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales<sup>39</sup> atribuye al operador postal prestador del servicio universal la responsabilidad económica por la correcta prestación de dicho servicio, en los términos previstos en la propia Ley (art. 21<sup>40</sup>) y desarrollados por el Real Decreto 1829/1999, de 3 diciembre, por el que se

---

<sup>38</sup> No obstante, quizá movida por el ánimo de garantizar la indemnización a la víctima, la jurisprudencia ha interpretado de forma muy amplia este requisito de la integración del causante del daño en la organización administrativa. Como ejemplo puede citarse la conocida STS de 12 de marzo de 1975, caso de los novios de Granada, en la que el Tribunal declara que el hecho daño (muerte a un joven y lesiones a su novia ocasionadas por enfermo mental que se precipita por la ventana del hospital en el que está ingresado), debe ser atribuido a la Diputación titular de establecimiento, “que no puede exonerarse del mismo invocando, como ha hecho, su imputación a la acción de tercero, puesto que el perturbado, al hallarse internado en el hospital, no constituía agente extraño al funcionamiento del centro, sino un usuario interno que, como tal, se integraba en su organización y disciplina”.

<sup>39</sup> BOE núm. 167, de 14-7-1998.

<sup>40</sup> *Artículo 21. Responsabilidad en la prestación del servicio postal universal.*

1. El operador al que se encomienda la prestación del servicio postal universal responderá económicamente, salvo caso de fuerza mayor, de la adecuada prestación de los servicios que lo integran, cuando los envíos se entreguen en régimen de certificado o de valor declarado.

2. El Gobierno fijará la cuantía máxima de la indemnización por la pérdida o deterioro de los envíos certificados, así como las cantidades mínimas y máximas en las que podrán asegurarse los envíos en régimen de valor declarado.

aprueba el Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales (RSP)<sup>41</sup>. Por lo que aquí interesa, puede extraerse que la Administración no responde del incumplimiento de las condiciones de prestación del servicio impuestas por ella. Es el prestador del servicio quien responden económicamente frente al usuario del incumplimiento de las condiciones de prestación del mismo reguladas u ofrecidas por cada operador (art. 21 RSP<sup>42</sup>). Esta cláusula general de responsabilidad de los operadores postales se concreta en los supuestos del artículo 22 del Reglamento (extravío, destrucción o deterioro de los envíos certificados o en régimen de valor declarado<sup>43</sup>). Cabe entender que con la proclamación general del artículo 21 LSP, el regulador ha pretendido excluir la responsabilidad de la Administración y atribuir responsabilidad exclusiva por la prestación del servicio postal y en concreto por el incumplimiento de las condiciones de prestación a los operadores postales.

La cuestión no merece mayor atención. Tan sólo añadir como conclusión que al margen de los supuestos excepcionales en los que el daño sea directamente imputable a una actuación administrativa, -(como ejemplos, casi de laboratorio, podría pensarse en la imposición reglamentaria de estándares técnicos incompatibles o que no garantizan la

---

<sup>41</sup> BOE núm. 313, de 31 diciembre 1999, rect. BOE núm. 36, de 11 febrero 2000.

<sup>42</sup> *Artículo 21. Responsabilidad de los operadores postales por prestación de los servicios postales.*  
1. Con carácter general, los operadores postales responderán ante el usuario por incumplimiento de las condiciones de prestación de los servicios postales, en los casos y condiciones previstos en el presente Reglamento. Dicha responsabilidad se concretará en la indemnización correspondiente.  
2. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, los operadores postales responderán ante sus usuarios en el caso de incumplimiento de las condiciones de prestación por ellos ofertadas. La indemnización correspondiente, en caso de incumplimiento, será equivalente, al menos, al importe abonado por el usuario en concepto de servicio postal solicitado, siendo resarcido el remitente o, en su defecto o a petición de éste, el destinatario.

<sup>43</sup> *Artículo 22. Responsabilidad de los operadores postales por extravío, destrucción o deterioro de los envíos postales.*

1. Los operadores postales están obligados a indemnizar, salvo causa de fuerza mayor o por razones imputables a los servicios aduaneros, por extravío, destrucción o deterioro de los envíos postales certificados que se les confíen para su circulación. Tendrán derecho a la indemnización el remitente del envío o, en su defecto o a petición de éste, el destinatario.  
2. Salvo causa de fuerza mayor, en caso de extravío de un envío con valor declarado, abonado como tal, los operadores postales están obligados a pagar al remitente o, a petición de éste, al destinatario una indemnización equivalente, al menos, a la cantidad declarada, sin perjuicio de otras indemnizaciones. En caso de destrucción total o parcial del contenido, la indemnización será equivalente, al menos, a la cantidad declarada en el primer caso y al valor del contenido desaparecido en el segundo, sin que pueda, en ningún caso, superarse la cantidad establecida para la desaparición total. Reembolsado el importe de los valores declarados no entregados a sus destinatarios, los operadores postales se subrogarán en todos los derechos del propietario, quien estará obligado a darles cuenta de la naturaleza de los valores, así como de las circunstancias que puedan facilitar el ejercicio de sus derechos.

continuidad de la prestación del servicio o en otros casos en los que el daño al usuario derivara directamente de las condiciones de prestación del servicio impuestas por la Administración)-, sólo los operadores y no la Administración han de responder de los daños derivados de la prestación de los servicios de telecomunicaciones. Más dudoso es determinar si la Administración responde por la omisión de sus deberes de vigilancia, en cuanto actividad administrativa que la norma le atribuye en defensa del interés general y como garante de la prestación de dicho servicio, -y en particular, de las obligaciones de servicio público-, en régimen de libre competencia y conforme a determinadas condiciones de calidad y precio (arts. 3, 5, 8, 20.4 LGTel).

### 5.3.3. Responsabilidad por el funcionamiento de los servicios de inspección.

Como hemos apuntado, en este apartado se pretende dilucidar si la Administración de telecomunicaciones y en particular, el MCYT (art. 46.2 LGTel) responde por la omisión de sus deberes de vigilancia, en cuanto actividad administrativa que la norma le atribuye en defensa del interés general<sup>44</sup>. Aplicando los sabidos presupuestos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, se plantea si la inactividad de la Administración, concretada en la falta de inspección y sanción de la actividad de los operadores constituye una vulneración de la función pública que la norma le encomienda, en cuanto garante de la prestación de dicho servicio, -y en particular, de las obligaciones de servicio público-, en régimen de libre competencia y conforme a determinadas condiciones de calidad y precio (arts. 3, 5, 8, 20.4 LGTel) y por ende, desencadena la responsabilidad patrimonial de la Administración. Obsérvese una cuestión relevante a la hora de determinar el título de imputación. Se cuestiona la responsabilidad de la Administración no por el funcionamiento del servicio de telecomunicaciones y en particular, del cumplimiento de las obligaciones de servicio público, servicios de los que no es titular, sino por el “*funcionamiento*” del servicio de inspección y control de las condiciones administrativas que definen el derecho de las empresas privadas a explotar redes y prestar servicios de telecomunicaciones. Es la dejación o inactividad de las potestades de control administrativo sobre la actividad

---

<sup>44</sup> Aunque en otro apartado de este estudio se incidirá sobre la distribución de competencias entre Administración de telecomunicaciones y de consumo, cabe adelantar que la misma doctrina que se expone sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración de telecomunicaciones por omisión de sus deberes de inspección, es extrapolable a otras Administraciones, en particular, la de consumo en el ámbito de sus competencias.

privada el título desencadenante de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Sólo a ella corresponde el ejercicio de tales potestades. Esto significa que, aunque los daños procedan de una actividad privada, la Administración no queda libre de responsabilidad, si se acredita la relación de causalidad entre la causación del daño y el funcionamiento de los servicios de inspección.

Como ya hemos expuesto, a los fines del art. 106.2 CE, la jurisprudencia ha homologado como servicio público toda actuación, gestión, actividad o tareas propias de la función administrativa que ejerce, incluso por omisión o pasividad, con resultado lesivo. En este sentido, las SSTS de 17 de abril de 1980 (RJ 1980,2556), de 5 junio 1989 (RJ 1989\4338), de 25 de mayo (RJ 1995, 4031) y 3 de junio de 1995 (RJ Az 1995, 5258), STSJ Extremadura de 21 de enero de 2003 (RJ Az 2003, 169), entre otras muchas.

La responsabilidad patrimonial de la Administración por omisión de la actividad que le es propia exige como presupuestos necesarios: *i)* la existencia de un deber legal de actuación jurídica o material; *ii)* la omisión de la actividad debida, siendo ésta posible; *iii)* el nexo de causalidad entre la omisión del deber de actuar y el daño patrimonial ocasionado.

Por lo que aquí interesa, la responsabilidad patrimonial de la Administración por la omisión de sus deberes de vigilancia alcanza especial relevancia en dos ámbitos: el de los servicios públicos prestados mediante el régimen de concesión y en sectores económicos de titularidad privada, fuertemente intervenidos, en los que, al igual que en el de las telecomunicaciones y mediante la técnica de la autorización administrativa, las empresas privadas se integran en una especie de “organización forzosa”, que la Administración dirige.

En los sectores económicos fuertemente intervenidos, la vigilancia de la actividad constituye un fin en sí misma, es un mecanismo de control preventivo de la legalidad de la actividad intervenida. Como ejemplos típicos pueden citarse el sistema bancario o el sector de los seguros.

Toda la Banca privada está sometida a las instrucciones administrativas sobre coeficientes de caja, de recursos mínimos, de inversión, carteras de fondos, política crediticia, límites de riesgos, depósitos obligatorios en el Banco de España, inspección permanente de actuación y contabilidad, etc. En esta situación, el depositante que no recupera un dinero que es suyo planteará sus pretensiones de resarcimiento a la Administración, que teniendo potestades para ello no ha intervenido previamente.

Otro tanto ocurre en el ámbito de los seguros. El hecho de que el contrato de seguro suponga el cambio de una prestación presente y cierta (prima) por otra futura e incierta (indemnización), exige garantizar la efectividad de la indemnización cuando eventualmente se produzca el siniestro. Este interés público justifica la ordenación y supervisión de las entidades aseguradoras por la Administración al objeto de comprobar que mantienen una situación de solvencia suficiente para cumplir su objeto social. La ordenación y supervisión estatal tiene lugar mediante el sistema de autorización administrativa de vínculo permanente, en virtud de la cual se examinan los requisitos financieros, técnicos y profesionales precisos para acceder al mercado asegurador; se controlan las garantías financieras y el cumplimiento de las normas de contrato de seguro y sus actuaciones en el mercado; y, finalmente, se determinan las medidas de intervención sobre las entidades aseguradoras que no ajusten su actuación a dichas normas pudiendo llegar, incluso, a la revocación de la autorización administrativa concedida o la disolución de la entidad aseguradora cuando carezcan de las exigencias mínimas para mantenerse en el mercado. En esta situación, el asegurado que se encuentra con una compañía insolvente para cubrir un siniestro, a pesar de haber pagado puntualmente la prima, invocará la responsabilidad de la Administración por no haber empleado sus potestades para evitar estas situaciones.

En estos sectores económicos fuertemente intervenidos, la Administración conserva la potestad de emitir instrucciones vinculantes que delimitan las facultades de explotación de las empresas. Éstas no constituyen títulos de imputación de los daños derivados del funcionamiento de los servicios (v.gr. bancarios, aseguradores o de telecomunicaciones), pero parece lógico pensar que si por error o inactividad la Administración consiente el desarrollo por particulares de alguna actividad ilegal y a causa de ésta se producen daños, aquélla debe tener alguna responsabilidad al respecto.

No obstante, el regulador ha pretendido en reiteradas ocasiones excluir esa responsabilidad. Así, por citar algunos ejemplos, el Decreto 2584/1973, de 19 de octubre (sobre publicidad de las entidades financieras) establecía que la autorización administrativa de la actividad publicitaria no implicaría “una garantía de la

Administración frente a los inversionistas respecto a la rentabilidad, plusvalía, seguridad, liquidez o buen fin de la inversión”; en la misma línea el artículo 22 de la derogada Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre Ordenación del Seguro Privado disponía que “el ejercicio de las facultades de control no constituirá a la Administración del Estado en responsable por las actividades y operaciones de las entidades sujetas a control salvo que el daño producido sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos de conformidad con lo dispuesto en la legislación general”. Y en cuanto a la autorización de Planes y fondos de Pensiones, la la derogada Ley 8/1987, de 8 de junio de regulación de Planes y Fondos de Pensiones establecía que su “otorgamiento no podrá ser título que cause la responsabilidad de la Administración del Estado” (art. 11. 3). En similares términos se pronuncia el vigente artículo 92 de la Ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores, disponiendo que “la incorporación a los registros de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de los informes de auditoría de cuentas y de los folletos informativos sólo implicará el reconocimiento de que aquéllos contienen toda la información requerida por las normas que fijen su contenido y en ningún caso determinará la responsabilidad de la Comisión Nacional del Mercado de Valores por la falta de veracidad de la información en ellos contenida”. La derogación expresa de la mayoría de las normas citadas es un argumento favorable a afirmar la responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento de los servicios públicos de inspección sobre las actividades intervenidas. Y las no derogadas no pueden constituir excepción a la cláusula general de responsabilidad contemplada en el art. 106.2 CE, más bien sirven como parámetros que delimitan el alcance del deber de vigilancia de la Administración<sup>45</sup>.

Con todo, se ha de advertir que en una economía fuertemente regulada e intervenida por la Administración (licencias de apertura, autorizaciones para el desarrollo de numerosas actividades económicas, regulación de tarifas y otras condiciones de prestación de los servicios...), cuyas potestades funcionales se atribuyen para la salvaguarda del interés general, casi siempre podrá encontrarse responsabilidad en la Administración tras la producción de cualquier daño, sea cual fuere su autor material y las culpas intervinientes. Obviamente, esta conclusión es desproporcionada. Se impone al intérprete y aplicador de la norma la necesidad de buscar un equilibrio entre el absurdo que supone afirmar la responsabilidad patrimonial de la Administración

---

<sup>45</sup> V. GÓMEZ PUENTE, M., “Responsabilidad por inactividad de la Administración”, *Documentación Administrativa*, núm. 237-238 (enero-junio 1994), págs. 139-203, concr. pág. 190).

de todos los daños derivados de una actividad sobre la que el Ordenamiento le atribuye potestades de regulación y control y la negación absoluta de esa responsabilidad en los casos en los que hay una auténtica dejación u omisión de dichas funciones reguladoras y/o fiscalizadoras.

Naturalmente, no existe un deber absoluto de vigilancia, de modo que la Administración responde de cualquier fallo o defecto en la prestación del servicio. No existe una suerte de presunción de que cualquier fallo podía haberse evitado si la Administración hubiera intervenido a tiempo. El deber de vigilancia sólo alcanza a los eventos que sean razonablemente previsibles en el desarrollo del servicio (Dictamen del Consejo de Estado núm. 52272, de 28 de julio de 1988). El carácter imprevisible del acontecimiento equivale a la fuerza mayor e impide conectar al servicio los eventuales daños que se puedan producir. La previsibilidad razonable no es en términos medios, sino máximos. Es decir, no sólo se refiere a los eventos normales u ordinarios, más o menos habituales o frecuentes, sino también a los eventos de carácter excepcional o extraordinario que sean conocidos o previsibles [SSTS 16 de febrero de 1999 (RJ 1999, 1622), 10 de octubre de 1998 (RJ 1998, 8835) y 26 de febrero de 1998 (RJ 1998, 1795)].<sup>46</sup> Por poner un ejemplo, puede atribuirse a la Administración la responsabilidad por los daños derivados de la prestación de un servicio que de forma habitual incumple los parámetros de calidad fijados por la Administración, a ciencia y paciencia de ésta; la falta de cobertura de las redes motivada por el incumplimiento de los compromisos de inversión en red asumidos por los operadores y no fiscalizados por la Administración o la interrupción del servicio motivada por avería en el sistema informático de una red carente de plan de emergencia para estos supuestos; sin embargo, la Administración no responderá por los daños ocasionados por la interrupción del servicio derivada de una avería en el sistema informático de la red, que afecta tanto al sistema principal como a los sistemas secundarios previstos para casos de incidencia o averías en aquél, habiendo controlado puntualmente el cumplimiento por el operador de sus obligaciones de despliegue de red, de mantenimiento, seguridad e integridad de la misma.

---

<sup>46</sup> En este sentido, el consejo de Estado considera que la fuerza mayor se reserva “a los acontecimientos extraños al campo normal de las previsiones típicas de cada actividad, según su propia naturaleza, y no comprende aquellos hechos que, aunque insólitos, tengan lugar dentro de las virtualidades propias” de la actividad; hechos insólitos sobre lo que, en consecuencia, recae también el deber de vigilancia y una eventual responsabilidad *in omittendo* por no disponer de las adecuadas medidas de seguridad [Dictámenes de 22 de julio de 1982 (núm. 44931) y 30 de junio de 1983 (núm. 45366)].

Un importante obstáculo para aceptar la responsabilidad de la Administración por el incumplimiento o deficiente prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y en particular, de las obligaciones de servicio público es la dificultad de probar la indispensable relación de causalidad entre el comportamiento pasivo de la Administración (omisión de sus deberes de control y sanción) y el daño ocasionado al usuario. Se ha de advertir que conforme a la jurisprudencia, imperante en la actualidad, la intervención de un tercero (el operador incumplidor de las condiciones de prestación del servicio) no es motivo suficiente para romper ese nexo de causalidad<sup>47</sup>. Ciertamente, el que la Administración cumpla con sus deberes de control no garantiza la evitación del daño. La omisión de la Administración no puede calificarse como causa exclusiva o necesaria en la producción del daño, pero sí como causa concurrente<sup>48</sup>. Esta circunstancia, conllevará una distribución de la carga indemnizatoria entre la Administración y el operador.

En *conclusión*, la Administración asume una posición de garante cuando realiza funciones de policía. Si por falta de ejercicio de los poderes de inspección y control propios de esta función se ocasiona un daño, el deber de reparar también le alcanzará, sin perjuicio de la eventual vía de regreso contra los demás sujetos responsables (empresas infractoras de las condiciones de prestación del servicio). Se abre así una vía de protección de los usuarios, pues más allá de la responsabilidad contractual del operador, los usuarios –individual o colectivamente- pueden exigir la responsabilidad

---

<sup>47</sup> Cfr. STSJ Castilla-La Mancha núm. 160/2002 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), de 16 marzo (JUR 2002/162535), que en un supuesto de bañista ahogado en piscina municipal, gestionada en régimen de concesión, declara la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento porque no fiscalizó el incumplimiento del concesionario de la normativa vigente en materia de salvamento. Para la apreciación de la responsabilidad de la Administración cuando concurre la actividad de tercero y la inactividad de la Administración, debe tenerse en cuenta el criterio jurisprudencial señalado en la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1993 -en el mismo sentido las ss. TS de 27.11.1993 y 31.1.1996- a cuyo tenor "... ni el puro deber abstracto de cumplir ciertos fines es suficiente para generar su responsabilidad (por mera inactividad de la Administración) cuando el proceso causal de los daños haya sido originado por un tercero, ni siempre la concurrencia de la actuación de éste exime de responsabilidad a la Administración cuando el deber abstracto de actuación se ha concretado e individualizado en un caso determinado ..."

<sup>48</sup> Una de las sentencias más ejemplificativas de esta doctrina es la STS de 31 de enero de 1996, que estimó la reclamación instada por las víctimas del atentado terrorista de Hipercor de Barcelona por estimar que se produjo "una cierta pasividad o por mejor decir conducta omisiva de las fuerzas de seguridad... en cuanto la Policía no consideró conveniente o factible la evacuación del edificio, ni se impidió la entrada de vehículos en el aparcamiento ni, en fin acudió el servicio de detección de explosivos" y, por lo tanto, una "cierta relación de causalidad entre la constatada conducta omisiva por no adoptarse las debidas precauciones (que pudieron, en su caso, aminorar los efectos nocivos) y el dramático desenlace".

patrimonial de la Administración y de los operadores derivada del incumplimiento de las condiciones de prestación de los servicios que constituyen obligaciones de servicio público (ej. incumplimiento de parámetros de calidad del servicio telefónico, denegación injustificada de la conexión a la red telefónica, falta de teléfonos públicos de pago...etc.), siempre que se acredite suficientemente la relación de causalidad entre el deber de vigilancia debido y la causación de daños. Ambas pretensiones indemnizatorias se sustanciarán ante la jurisdicción contencioso-administrativa [art. 9.4 LOPJ, 144 LRJPC y 2.e) LJCA]<sup>49</sup>.

La jurisprudencia aporta argumentos a favor de esta afirmación<sup>50</sup>. En reiteradas ocasiones ha admitido la responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento anormal del servicio, derivado de la omisión o dejación de sus funciones de inspección y vigilancia. Esto se observa especialmente respecto a servicios públicos gestionados mediante concesión. Se acepta pacíficamente que el deber de vigilancia recae sobre la Administración tanto cuando presta directamente el servicio, como cuando se sirve de intermediarios. La gestión indirecta no priva a la Administración de su poder de dirección, vigilancia y control. Poderes a cuya falta de ejercicio se ha asociado la producción de daños y la responsabilidad de la Administración, a pesar de que la regla general es que el concesionario asume la reparación de los daños ocasionados por el servicio [SSTS de 27-9-1991 (RJ 1991, 8038), de 25 de enero de 1992 (RJ 1992, 1343), STSJ Navarra de 30 abril de 2002 (JUR 2002, 168848), STSJ Extremadura de 22 marzo de 2002 (JUR 2002, 130261), STSJ Castilla-La Mancha de 16 marzo de 2002 (JUR 2002,162535), STSJ Castilla y León, Valladolid, de 28 septiembre de 2001 (JUR 2001, 328256)]<sup>51</sup>.

También en relación a actividades privadas, sobre las que la Administración ostenta potestades de control, la jurisprudencia también admite que la falta de ejercicio

---

<sup>49</sup> Sobre el principio de unidad jurisdiccional en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración cfr. SSTS(Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) 18 de mayo y de 5 junio 2001 (RJ Az. 2001/5779), FJ 2.

<sup>50</sup> También favorable a esta posición es BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. , “Comentario al Artículo 26” en BERCOVITZ R. Y SALAS J. (Coordinadores), *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Civitas. Madrid, 1992, págs. 695-699, concr. pág. 697.

<sup>51</sup> Sobre el derecho a exigir de la Administración que ponga en marcha un procedimiento sancionador y la eventual responsabilidad de no hacerlo, puede verse también, en relación con la inactividad de un concesionario de un servicio público (Dictamen del Consejo de Estado de 27 de octubre de 1982, núm 44505)

de las facultades de inspección y sanción puede ser fuente de daños indemnizables [SSTS de 12 de febrero de 1980 (RJ 1980, 707) –no clausura de un vertedero ilegal-, 25 de mayo de 1988 (RJ 1988, 3962) –falta de de las facultades de policía frente a infracciones urbanísticas-, STSJ Extremadura de 21 de enero de 2003 (JUR 2003, 169)–inejecución de resoluciones administrativas que disponían la clausura de sala de fiestas carente de licencia municipal de apertura e infractora de las normas urbanísticas, los límites de ruido permitidos y las normas sobre horarios-, STSJ Castilla y León, Burgos, de 13 diciembre de 1999 (RJCA 1999/4258) –condena a la Administración a la incoación de un expediente sancionador a instancia de un particular contra la apertura de un establecimiento sin licencia y deja a salvo la eventual acción de responsabilidad patrimonial frente a la Administración-]<sup>52</sup>.

Superado el importante inconveniente de la prueba de la relación de causalidad entre la inactividad administrativa y la causación del daño, la Administración responderá de la deficiente prestación de los servicios de telecomunicaciones, en particular de los considerados obligaciones de servicio público, siempre que quede suficientemente acreditado que la Administración debía actuar y no lo hizo, -por ejemplo, sancionando las deficiencias de calidad del servicio, el incumplimiento de estándares técnicos, los usos inadecuados del dominio público radioeléctrico, las emisiones radioeléctricas por encima de los niveles permitidos o los compromisos de inversión de los operadores-.

---

<sup>52</sup> No obstante, también existen precedentes jurisprudenciales en contra. La STS de 15-3-1982 resuelve negativamente la pretensión de una central lechera de declarar responsable al Ayuntamiento de Pontevedra de las pérdidas económicas derivadas del incumplimiento del Bando municipal que prohibía la venta ilegal de leche a granel en el término municipal. El TS considera que la responsabilidad patrimonial de la Administración no alcanza al supuesto de hecho alegado por las partes.

La STS de 15 de abril de 1988 (RJ Az 3203) dictada en el caso Sofico excluyó la responsabilidad de la Administración por los perjuicios sufridos por los inversionistas a causa de la suspensión de pagos del referido grupo de empresas. La pretensión indemnizatoria venía fundada en la confianza generada por la publicidad hecha por el grupo Sofico, sujeta a intervención y autorización administrativa conforme al derogado Decreto 2584/1973. La Sala rechazó la pretensión porque en el caso de autos la publicidad se hizo sin el previo control y autorización administrativos y porque, aun existentes, la responsabilidad administrativa venía excluida por la norma invocada. La Sala también invocó la negligencia de los inversores por no comprobar que la operación financiera anunciada carecía de la autorización oportuna. La Sentencia ha sido criticada pues el régimen de intervención administrativa sobre este tipo de operaciones financieras implicaba también competencias de vigilancia o inspección e incluso sancionadoras, en cuyo ejercicio podía haberse prohibido una operación desautorizada que no pudo pasar desapercibida para la administración, habida cuenta de la intensa campaña publicitaria en que se apoyó, incluso desde la televisión (por aquel entonces ente público) (v. GÓMEZ PUENTE, M. “Responsabilidad por inactividad de la Administración”, pág. 190).

Por último, ha de advertirse que a efectos de imputar la responsabilidad de la Administración por el funcionamiento de sus servicios de inspección en relación a los servicios de telecomunicaciones, la distinción entre los que constituyen obligaciones de servicio público y los que no lo son es relevante tan sólo a los efectos de modular el parámetro o estándar de vigilancia exigible a la Administración. Obviamente, éste ha de ser más estricto sobre las obligaciones de servicio público. Acreditada la omisión de los deberes de vigilancia, -más o menos estrictos según versen sobre obligaciones de servicio público o sobre el resto de servicios de telecomunicaciones-, la Administración responderá de los daños derivados de su inactividad.

#### 5.3.4. *Características de la responsabilidad patrimonial de la Administración.*

En caso de existir responsabilidad de la Administración en los términos expuestos en el apartado precedente, estaría revestida de las siguientes particularidades:

- La Administración respondería *solidariamente* con el operador de los daños causados, salvo que dichos daños sean consecuencia del cumplimiento de instrucciones de la Administración, en cuyo caso sólo respondería ésta. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha consagrado la existencia de esta responsabilidad solidaria. Así, en STS de 23 de febrero de 1995 (RJ 1995, 1280), establece que, en un supuesto de gestión de servicio público –la contratación de fuegos de artificio por una Administración Local para el fomento del turismo-, puede afirmarse la responsabilidad solidaria del Ayuntamiento y de la entidad concesionaria, estableciendo que “la naturaleza objetiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración, ajena por tanto a toda idea de culpabilidad, impide a la Administración, que actúa en la esfera de sus atribuciones para satisfacer un servicio público, desplazar la misma al contratista, mero ejecutor material, sin perjuicio de la acción de repetición de aquélla contra éste... Es doctrina unánime, desde la Sentencia de 5 noviembre 1974, la aceptación de un vínculo de solidaridad entre los distintos responsables del perjuicio causado, incluso en los supuestos en que uno de los hipotéticos coautores sea un tercero ajeno a la Administración, como único medio para dar satisfacción a las exigencias propias del principio, básico en la materia, de la garantía de la víctima”<sup>53</sup>.

---

<sup>53</sup> En el mismo sentido STSJ Castilla y León, Burgos, núm. 185/2001(Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 26 abril (RJ Az JUR 2001/230848).

- La responsabilidad de la Administración sería *objetiva*, excepto en los casos de fuerza mayor –única circunstancia admitida en la ley con efecto excluyente- (art. 139 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

#### **5.4 Posición de los usuarios.**

En relación a la prestación de los servicios que constituyen obligaciones de servicio público, la posición de los usuarios se caracteriza por las siguientes notas:

- *Exigencia de la prestación.* Obviamente, los servicios calificados como obligaciones de servicio público han de ser ofrecidos al conjunto de los usuarios, en condiciones de igualdad, transparencia, no discriminación y conforme a los términos y condiciones que reglamentariamente se determinen (art. 20.3). El “interés general” que justifica la imposición de las obligaciones de servicio público se concreta en la prestación de tales servicios a los ciudadanos. Por ello, cualquier ciudadano es titular de un derecho subjetivo a la utilización de dichos servicios en las condiciones indicadas, que le legitima para exigir su prestación tanto la Administración, si ésta no cumple con sus deberes de organización del servicio, como a los propios operadores obligados, si no lo prestaran en las condiciones exigidas.

- *Principio de igualdad de trato.* Este principio se proclama con carácter general para todas las obligaciones de servicio público (art. 20.3), pero es en el ámbito del servicio universal donde alcanza su mayor expresión. Pues éste constituye la garantía de prestación de servicios de telecomunicaciones de la misma calidad y a precios asequibles al conjunto de los usuarios finales, con independencia de su ubicación geográfica (art. 22.1).

- *Naturaleza jurídica pública y privada.* El usuario destinatario de las obligaciones de servicios públicos ocupa una posición peculiar, que alcanza una dimensión jurídica pública y privada.

Por un lado, el usuario está vinculado al operador prestador del servicio (calificado como obligación de servicio público) en una relación contractual de Derecho privado. Sin perjuicio de su peculiar régimen de protección en cuanto consumidores o usuario final, ocupa una posición idéntica a la de cualquier contratante. Puede exigir la correcta prestación del servicio, optar por la resolución del contrato y en cualquier caso, exigir la indemnización de los daños que se le hayan inferido, si el incumplimiento se debe al dolo o culpa del operador (arts. 1124 y 1101 CC).

Por otro lado, existe una relación jurídico pública entre el usuario y la Administración a quien corresponde garantizar la prestación de los servicios calificados como de interés general, y en particular, de las obligaciones de servicio público. Y para ello, se le atribuyen potestades de organización, vigilancia y control de la prestación de dichos servicios. No existen dudas al reconocer al usuario un derecho subjetivo que le legitima para exigir la prestación del servicio. En otros términos, para instar a la Administración a que ejerza sus potestades de establecimiento y organización del servicio<sup>54</sup>. Como se ha expuesto en el epígrafe anterior, más dudas se plantean al determinar si la Administración es responsable no sólo del establecimiento del servicio, sino también de su correcta prestación. De modo, que el usuario pueda exigir responsabilidad en los casos de prestación deficiente (v.gr. interrupción).

## **6. El servicio universal**

### **6.1. Concepto.**

La nueva Ley define el concepto de “servicio universal” en términos idénticos a los de la LGTel de 1998. Se entiende por servicio universal “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” (art. 22.1). Reglamentariamente, se determinarán los términos y condiciones en los que se ha de garantizar la prestación del servicio universal.

---

<sup>54</sup> V. ARPÓN DE MENDÍVIL, A., “Obligaciones de servicio público”, pág. 432.

Las diferencias entre la nueva Ley y su predecesora radican en el contenido de ese concepto. Esto es, en “el conjunto definido de servicios” que configura el servicio universal. Por ello y por el alcance de este estudio que se limita a analizar las innovaciones legales más relevantes en relación a los consumidores y usuarios, sólo se examinará con detalle el contenido del servicio universal y las condiciones de prestación del mismo, haciendo sólo una breve mención a otras cuestiones que, como la financiación del servicio universal, atañen más estrictamente a las relaciones entre Administración y usuarios.

## 6.2. Contenido.

Conforme a la Ley vigente, las prestaciones que integran el servicio universal son las siguientes (art. 22.1):

a) *Conexión a la red telefónica pública fija y acceso al servicio telefónico fijo.* Se ha de garantizar que todos los usuarios finales puedan obtener una conexión a la red telefónica pública desde una ubicación fija y acceder a la prestación del servicio telefónico disponible al público, “siempre que sus solicitudes se consideren razonables en los términos que reglamentariamente se determinen”. Esta limitación no se registraba en la regulación anterior, que reconocía el derecho a la conexión a la red telefónica pública fija y a la prestación del servicio telefónico público fijo sin ninguna restricción. El Reglamento que desarrolle el Título III de la Ley habrá de determinar cuándo se consideran razonables las peticiones de conexión<sup>55</sup>.

---

<sup>55</sup> El art. 27.2 del El Borrador de Proyecto de RD por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla la LGTel en lo relativo a las condiciones para la prestación de servicios o la explotación de redes de comunicaciones electrónicas, y las obligaciones de servicio público y otros derechos y obligaciones de carácter público, elaborado por el MCYT, establece que “se considerarán en todo caso razonables las peticiones de conexión en las que se den alguna de las siguientes condiciones: a) Que la conexión se solicite para cualquier inmueble situado en suelo urbano; b) Que la conexión se solicite para una edificación de las contempladas en el apartado 1 de la DT 5ª del Texto refundido de la Ley del Suelo, aprobado por RD Legislativo 1/1992, de 26 de junio y que, además, dicha edificación esté destinada a uso residencial como vivienda habitual del solicitante; c) Que la solicitud de instalación sea para una edificación destinada a uso residencial como vivienda habitual del solicitante que, aún estando en suelo no urbanizable, haya sido excepcionalmente autorizada de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 20.1 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones”. Cuando el operador designado para la prestación del servicio universal considere que una solicitud no es razonable, deberá someterla al Director General de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información, que resolverá (art. 27.3).

La conexión debe ofrecer al usuario final la posibilidad de efectuar y recibir llamadas telefónicas y permitir comunicaciones de fax y datos a velocidad suficiente para acceder de forma funcional a internet.

La LGTel de 1998 ya regulaba el acceso funcional a Internet como una de las prestaciones de servicio público desde la modificación introducida por la LSSI. Se considera “velocidad suficiente”, que permite el acceso de “forma funcional”, la utilizada de manera generalizada para acceder a Internet por los abonados al servicio telefónico fijo disponible para el público con conexión a la Red mediante pares de cobre y módem para banda vocal.

b) *Guía general y servicio de información de abonados.* Se ha de poner a disposición de los abonados al servicio telefónico disponible al público una guía general de números de abonados, impresa o electrónica, o ambas, actualizada, como mínimo, una vez al año. Y a disposición de todos los usuarios finales de dicho servicio, incluidos los usuarios de los teléfonos públicos de pago, se ha de poner al menos un servicio de información general sobre números de abonados. Sin perjuicio del ulterior desarrollo reglamentario, la Ley introduce novedades importantes:

- Guía general *versus* guía unificada para cada ámbito territorial, que será como mínimo provincial (art. 14 RD 1736/1998<sup>56</sup>). La nueva Ley exige una guía “general”. El Reglamento que desarrolle el Título III habrá de determinar el alcance de ese carácter “general”.

- Guía impresa, electrónica o ambas *versus* guía impresa;

- Guía, sin referencia a su carácter retribuido o no *versus* guía gratuita.

Obsérvese que la nueva Ley no exige que la guía sea gratuita, cualidad que sí imponía la regulación derogada<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> RD 1736/1998, de 31 de julio, que aprueba el Reglamento de desarrollo del Título III de la LGTel, en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones, a las demás obligaciones de servicio público y a las obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación de las redes de telecomunicaciones (BOE núm 213, de 5 de septiembre).

<sup>57</sup> No obstante, es muy probable que la regulación reglamentaria mantenga ese carácter gratuito de la guía. Así, el art. 28.4 del ya citado Borrador de nuevo Reglamento del Servicio Universal establece que “cuando la elaboración de la guía [...] no quede garantizada por el libre mercado, su elaboración corresponderá al operador que tenga encomendada la prestación del servicio universal. Dicho operador habrá de suministrarla gratuitamente a sus abonados y, previo el pago del importe de su coste, al resto de los operadores que presten el servicio telefónico fijo disponible al público y no hayan optado por elaborarlas ellos, los ejemplares necesarios para que estos la entreguen, igualmente de manera gratuita, a

- Elevación a rango legal de la exigencia de un servicio de información para todos los usuarios, aunque no sean abonados, servicio que antes sólo exigía el art. 14 del RD 1736/1998.

c) *Oferta suficiente de teléfonos públicos de pago, que satisfaga razonablemente las necesidades de la generalidad de los usuarios.* Se ha de garantizar que exista una oferta suficiente de teléfonos públicos de pago, en todo el territorio nacional, que satisfaga 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, y que sea posible efectuar gratuitamente llamadas de emergencia desde dichos teléfonos, esto es, llamadas al 112 y a otros números de emergencia.

En este ámbito, las exigencias legales se han elevado notablemente. La LGTel derogada se limitaba a exigir la existencia de un número suficiente de teléfonos públicos de pago en todo el territorio nacional y ni siquiera el RD 1736/1998 exigía la accesibilidad de estos teléfonos para los discapacitados, remitiéndose a su desarrollo mediante Orden ministerial (cfr. art 15 y DT 2ª RD 1736/1998).

d) *Acceso de las personas discapacitadas a las prestaciones de servicio universal.* Se ha de garantizar que los usuarios finales con discapacidad tengan acceso al servicio telefónico disponible al público desde una ubicación fija y a los demás elementos del servicio universal regulados por la Ley en condiciones equiparables a las que se ofrecen al resto de los usuarios.

En general, se incluyen dentro del colectivo de discapacitados las personas invidentes o con graves dificultades visuales, las personas sordas o con graves dificultades auditivas, las mudas o con graves dificultades para el habla, las minusválidas físicas y cualesquiera otras con discapacidades que les impidan manifiestamente el acceso normal al servicio telefónico fijo o le exijan un uso más oneroso del mismo.

---

sus respectivos abonados a los que le proporcionen la conexión a la red telefónica pública fija". Y en relación al servicio de consulta telefónico sobre números de abonados, el Borrador exige que este servicio se preste a precio asequible y sea gratuito para los usuarios de teléfonos públicos situados en dominio público no afecto a la prestación de un servicio público (art. 29).

Entre las medidas a adoptar para facilitar el acceso a las prestaciones de servicio universal pueden citarse la oferta de terminales especiales, adaptados a los diferentes tipos de discapacidades, el suministro de información, publicidad y facturas en sistema Braille.

La Ley establece también que “reglamentariamente se podrán adoptar medidas a fin de garantizar que los usuarios finales con discapacidad también puedan beneficiarse de la capacidad de elección de operadores de que disfruta la mayoría de los usuarios finales” (art. 22.2).

*e) Tarifas especiales para colectivos con necesidades sociales especiales, cuando se establezca reglamentariamente.* Forma parte del concepto de servicio universal, cuando se establezca reglamentariamente, el deber de ofrecer a los consumidores que sean personas físicas, de acuerdo con condiciones transparentes, públicas y no discriminatorias, opciones o paquetes de tarifas que difieran de las aplicadas en condiciones normales de explotación comercial. Obviamente, con ello se pretende garantizar que las personas con necesidades sociales especiales (v.gr. pensionistas, jubilados, desempleados) puedan tener acceso al servicios telefónico disponible al público o hacer uso de éste.

La Ley prevé la eventual regulación mediante reglamento de sistemas de ayuda directa a los consumidores que sean personas físicas con rentas bajas o con necesidades sociales especiales (v.gr. subvención de terminales adaptados para discapacitados) (art. 22.2 LGTel).

*f) Limitaciones de precios, cuando proceda.* La Ley exige como prestación de servicio universal “que se apliquen, cuando proceda, opciones tarifarias especiales o limitaciones de precios, tarifas comunes, equiparación geográfica u otros regímenes similares, de acuerdo con condiciones transparentes, públicas y no discriminatorias” (art. 22, f). Se pretenden, entre otros objetivos articular mecanismos que permitan a los usuarios controlar sus propios gastos. Esta referencia no tiene precedente en la regulación anterior. Supone investir a la Administración de un poder de intervención impropio en un mercado en competencia, concretamente el de imponer tarifas especiales, limitaciones de precios o equiparación geográfica de tarifas sin más causa

justificativa que “cuando proceda”. O lo que es lo mismo, cuando la Administración estime que debe intervenir revisando mediante reglamento el alcance de las obligaciones de servicio universal (art. 23.4). Ciertamente, la Administración sólo podrá imponer obligaciones de servicio universal para conseguir los objetivos enumerados por el art. 3 de la Ley, pero estos se formulan en términos tan amplios que dan cabida a cualquier actuación administrativa.

### **6.3. Operadores obligados.**

Corresponde al MCYT designar uno o más operadores para la prestación del servicio universal en todo el territorio nacional o en determinadas zonas geográficas. La Ley no exige que los operadores designados sean OPSM. Conforme a la Directiva comunitaria sobre servicio universal, el método de designación no debe excluir *a priori* a ningún operador. Nada obsta para la designación de un operador de red móvil para la prestación de ciertas obligaciones, como el servicio de información telefónica. Si tras un proceso de consulta pública realizado por el Ministerio, resulta que ningún operador está interesado en la prestación del servicio universal, podrá ser designado cualquier operador que tenga poder significativo en el mercado en una zona determinada<sup>58</sup>.

Hasta la aprobación de las normas de desarrollo de la Ley, es *Telefónica de España, S.A.U* el operador obligado a prestar el servicio universal (DT 2ª LGTel).

### **6.4. Financiación.**

Para los supuestos en los que la prestación del servicio universal implica una carga injustificada para el operador u operadores obligados a prestarlo, la Ley articula un mecanismo de compensación entre operadores. La CMT determinará si la obligación de la prestación del servicio universal implica una carga injustificada para los operadores obligados a su prestación (art. 24.1 LGTel). A estos fines, la Ley crea el Fondo Nacional del Servicio Universal, gestionado por la CMT, que se nutre

---

<sup>58</sup> Según procedimiento previsto por del Borrador de futuro RSU, el MCYT organizará una consulta pública para determinar si existen operadores interesados en la prestación del servicio universal en una determinada zona; si así, fuera convocará un concurso público para determinar el operador encargado de la prestación de dicho servicio. Por el contrario, si no existiera ningún operador interesado el Ministerio podrá designar mediante Orden a cualquier operador que tenga poder significativo en el mercado en una zona determinada (arts. 35 y 36)..

principalmente de las aportaciones de los operadores realizadas en los términos que fije un Reglamento. Alternativamente, si la magnitud del coste no justifica los gastos de gestión del FNSU, se articularán mecanismos de compensación directa entre operadores.

## **7. Otras obligaciones de servicio público.**

La nueva Ley unifica bajo la categoría “otras obligaciones de servicio público” dos tipos de obligaciones de servicio público reguladas por la LGTel de 1998, “los servicios obligatorios” (arts. 40 y 41) y las “otras obligaciones de servicio público” (art. 42). A reserva del futuro desarrollo reglamentario del art. 25 LGTel, conforme al tenor legal, la modificación no es una cuestión puramente terminológica (“otras obligaciones de servicios público” *versus* “servicios obligatorios” y “otras obligaciones”), sino que trasciende al régimen jurídico de los diversos servicios. En la nueva Ley y sin perjuicio de ciertas peculiaridades que después se expondrán, todos los servicios que integran las “otras obligaciones de servicio público”, -salvo el servicio de encaminamiento de llamadas a los números de emergencia-, se someten al mismo régimen jurídico: el Gobierno decidirá si se imponen o no y mediante Reglamento se definirá el procedimiento para la designación de los operadores obligados a prestarlos y su forma de financiación (art. 25.3).

Las razones de interés general que justifican la imposición de estas otras obligaciones de servicio público son de diversa índole:

1º) El Gobierno podrá imponer otras obligaciones de servicio público *por necesidades de la defensa nacional, de la seguridad pública, de la seguridad de las personas o de la protección civil* (art. 25.1). La Ley 32/2003 exige que estas obligaciones se impongan “a los operadores”. En cambio, la LGTel de 1998 calificaba estas obligaciones como “servicios obligatorios” [art. 40.1,a) LGTel] y obligaba al Gobierno a determinar mediante reglamento la Administración Pública a la que se encomendaba la obligación de prestarlos, en función de su competencia sectorial. Esta Administración podía gestionar el servicio directamente o indirectamente, mediante operadores elegidos en un procedimiento de licitación pública [art. 41.1,a)]. La

financiación de estos servicios se hacía con cargo a los presupuestos de la correspondiente Administración [art. 41.1,b)].

No obstante, la misma Ley también permitía al Gobierno imponer a los operadores (“titulares de licencias individuales o de autorizaciones generales”) obligaciones distintas a las de servicio universal y a los servicios obligatorios, por necesidades de la defensa nacional y de la seguridad pública. En cuyo caso, por Reglamento se habría de determinar el procedimiento de imposición de estas obligaciones y su forma de financiación.

2º) El Gobierno, previo informe de la CMT, podrá imponer otras obligaciones de servicio público por diversas razones de interés general<sup>59</sup>. A saber:

- a) Razones de cohesión territorial;
- b) Razones de extensión del uso de nuevos servicios y tecnologías, especialmente a la sanidad, a la educación, a la acción social o a la cultura;
- c) Razones de facilitar la comunicación entre colectivos que se encuentren en circunstancias especiales y estén insuficientemente atendidos;
- d) Por necesidad de facilitar la disponibilidad de servicios que comporten la acreditación de fehaciencia del contenido del mensaje remitido o de su remisión o recepción. Hasta que se apruebe el Reglamento que defina estas obligaciones, la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, S.A., prestará directamente los servicios de télex, telegráficos y otros que comporten la acreditación de fehaciencia del contenido del mensaje remitido o de su remisión o recepción y se encomienda a la Dirección General de la Marina Mercante la prestación de los servicio de seguridad de la vida humana en el mar (DT 4ª).

---

<sup>59</sup> Adviértase que el apdo. 2 del art. 25, a diferencia del apdo. 1, hace mención expresa al informe previo de la CMT. Sin embargo, esta mención es irrelevante. En virtud del art. 48.3, h) LGTel, corresponde a la CMT asesora al Gobierno y al MCYT, en particular “informará preceptivamente en los procedimientos tramitados por la Administración General del Estado para la elaboración de disposiciones normativas, en materia de comunicaciones electrónicas. Por tanto, la aprobación de cualquier Reglamento referido a estos servicios de comunicaciones electrónicas exige la emisión del preceptivo informe por la CMT.

3º) Aparte de las obligaciones de servicio universal, la Ley sólo define una obligación de servicio público que se impone *ex lege* a todos los operadores de redes y servicios telefónicos (fijos o móviles; con posición de dominio o sin ella), la de encaminar gratuitamente todas las llamadas a los números de emergencia (112 y otros que se determinen reglamentariamente), incluso las que se efectúen desde teléfonos públicos de pago. Correlativamente, deben poner a disposición de las autoridades receptoras de dichas llamadas la información relativa a la ubicación de su procedencia, en la medida en que ello sea técnicamente viable (art. 25.4).

4º) Cuando resulte necesario para alcanzar objetivos de interés general claramente definidos, el Gobierno podrá imponer mediante reglamento como obligaciones de servicio público, exigencias razonables de transmisión de determinados canales y servicios de programas de radio y televisión a los operadores que exploten redes de comunicaciones electrónicas utilizadas para la distribución de programas de radio o televisión al público, si un número significativo de usuarios finales de dichas redes las utiliza como medio principal de recepción de programas de radio y televisión, cuando resulte necesario. Estas obligaciones se impondrán de forma proporcionada, transparente y periódicamente revisable (DA 7ª LGTel).

## **V. DERECHOS DE LOS USUARIOS Y PROTECCIÓN DE DATOS**

### **1. Novedades de la nueva regulación: art. 38 LTGel 32/2003 versus art. 54 LGTel 11/1998.**

La protección de los derechos de los consumidores y los usuarios ha sido uno de los objetivos básicos del proceso de liberalización del mercado de las telecomunicaciones. Sin embargo y aunque siempre se ha formulado como objetivo o principio general de actuación, no siempre las normas liberalizadoras han articulado instrumentos eficaces de protección.

La nueva Ley ha pretendido corregir esta deficiencia. Como su predecesora, proclama entre sus objetivos y principios “defender los intereses de los usuarios, asegurando su derecho al acceso a los servicios de comunicaciones electrónicas en

adecuadas condiciones de elección, precio y calidad, y salvaguardar, en la prestación de éstos, la vigencia de los imperativos constitucionales, en particular, el de no discriminación, el del respeto a los derechos al honor, a la intimidad, a la protección de los datos personales y al secreto en las comunicaciones, el de la protección a la juventud y a la infancia y la satisfacción de las necesidades de los grupos con necesidades especiales, tales como las personas con discapacidad” [art. 3, e)]<sup>60</sup>. Además de otros derechos dispersos por el texto legal [v.gr. derecho de los abonados a la conservación de los números, (art. 18)], al igual que la LGTel de 1998, la nueva Ley establece el catálogo de “derechos de los consumidores y usuarios finales”. La novedad radica en que esta nueva Ley amplía el catálogo de derechos de los usuarios reconocidos con rango legal, fortaleciendo el sistema de protección de los usuarios.

En principio, son destinatarios de la protección conferida por el art. 38, los consumidores y usuarios finales. Mediante real decreto, se podrá extender este régimen de protección a las demás categorías de usuarios (cfr. art. 38. 2 *in fine*).

Como comentario general al art. 38, se ha de señalar que no se comprende bien porqué en ciertos supuestos (v. apdos.1 y 2) son destinatarios esta protección los consumidores *que sean personas físicas*, excluyendo a las personas jurídicas y sin embargo, no se aplica la misma restricción a “otros usuarios finales”

El régimen de protección de los derechos de los consumidores y usuarios complementa y especifica los derechos atribuidos con carácter general por la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (art. 38.8).

Así, en el nuevo marco legal los consumidores y usuarios finales ostenta los derechos que se exponen en los apartados siguientes (art. 38 LGTel).

### ***1.1. Tutela arbitral.***

---

<sup>60</sup> Este mismo objetivo se proclamaba por el art. 3,f) de la LGTel de 1998, aunque no se hacía mención expresa a los grupos con necesidades sociales especiales.

Los operadores que exploten redes o que presten servicios de comunicaciones electrónicas y los *consumidores que sean personas físicas y otros usuarios finales* podrán someter las controversias que les enfrenten al conocimiento de las *juntas arbitrales de consumo*, de acuerdo con la legislación vigente sobre defensa de los consumidores y usuarios (art. 38.1).

Este reconocimiento no aporta nada significativo al derecho previsto con carácter general (art. 10.5 y 31 LGDCU).

### ***1.2. Tutela cuasi arbitral.***

Para el supuesto de que no se sometan a las juntas arbitrales de consumo o que éstas no resulten competentes para la resolución del conflicto, el MCYT establecerá reglamentariamente un procedimiento conforme al cual los usuarios finales podrán someterle dichas controversias. Este procedimiento que se deberá ser rápido y gratuito. En el mismo reglamento se establecerá el plazo máximo en el que deberá notificarse la resolución expresa, transcurrido el cual se podrá entender desestimada la reclamación por silencio administrativo. La resolución que se dicte podrá impugnarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Así, se inviste a la Administración, en concreto al MCYT, de la potestad de resolver conflictos entre particulares por los cauces propios del procedimiento administrativo. Constituyendo este procedimiento un instrumento de intervención administrativa para la tutela de los derechos de los consumidores y usuarios finales, siempre que éstos se sometan voluntariamente a dicho procedimiento.

### ***1.3. Contenido mínimo de las normas reguladoras de las condiciones de utilización de los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público.***

El art. 38.2 se limita a formular una lista de derechos que configuran el *contenido mínimo* de las normas que regulen las condiciones de utilización de los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público en general. Estas normas se aprobarán por real decreto. La novedad en relación al régimen de 1998 radica en la *ampliación del catálogo de derechos enumerados por la Ley*. En su mayoría estos

derechos ya se regulaban por las normas de desarrollo de la Ley (RSU), ahora tales derechos se regulan por norma con rango de Ley, que exige su desarrollo por real decreto. Las normas a las que se refiere la Ley deberán regular, entre otros extremos,

- a) La responsabilidad por los daños que se les produzcan.
- b) Los derechos de información de los consumidores que sean personas físicas y usuarios finales, que deberá ser veraz, eficaz, suficiente, transparente y actualizada.
- c) Los plazos para la modificación de las ofertas.
- d) Los derechos de desconexión de determinados servicios, previa solicitud del usuario (ej. servicios de tarificación adicional).
- e) El derecho a obtener una compensación por la interrupción del servicio.
- f) El derecho a celebrar contratos por parte de los consumidores que sean personas físicas y usuarios finales con los operadores que faciliten la conexión o el acceso a la red de telefonía pública, así como el contenido mínimo de dichos contratos.
- g) Los supuestos en que serán exigibles y el contenido mínimo de los contratos celebrados entre consumidores que sean personas físicas u otros usuarios finales y prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas que no sean los que facilitan conexión o acceso a la red telefónica pública.
- h) El derecho a resolver anticipadamente y sin penalización el contrato, en los supuestos de propuestas de modificación de las condiciones contractuales por motivos válidos especificados en aquél y sin perjuicio de otras causas de resolución unilateral.
- i) Los supuestos de aprobación por parte del Ministerio de Ciencia y Tecnología de contratos tipo entre consumidores que sean personas físicas u otros tipos de usuarios finales y operadores que exploten redes o presten servicios de comunicaciones electrónicas con obligaciones de servicio público o con poder significativo en los mercados de referencia específicos correspondientes.

Las competencias del MCYT no se reducen a la aprobación de los contratos-tipo entre operadores y los citados usuarios, también podrá introducir cláusulas de modificación de los contratos celebrados entre los operadores y los consumidores que sean personas físicas y usuarios finales, para evitar el trato abusivo a éstos (art. 38.6). El legislador ha introducido una importante y necesaria modificación en este aspecto.

Pues el art. 54.5 LGTel 1998 atribuía idéntica potestad para modificar cláusulas contractuales “al Gobierno o, en su caso, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”. Hay que puntualizar que el ámbito objetivo de ambas intervenciones no es idéntico. Así pueden someterse a aprobación del MCYT los contratos tipo entre “consumidores que sean personas físicas u otros tipos de usuarios finales y *operadores que exploten redes o presten servicios de comunicaciones electrónicas con obligaciones de servicio público o con poder significativo en los mercados de referencia específicos correspondientes*”; sin embargo, la potestad de modificación se atribuye sobre los contratos celebrados entre los consumidores que sean personas físicas y usuarios finales y *los operadores*, sin más precisiones.

j) El derecho a recibir información comparable, pertinente y actualizada sobre la calidad de los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público.

k) El derecho a elegir un medio de pago para el abono de los correspondientes servicios entre los comúnmente utilizados en el tráfico comercial.

#### **1.4. Derechos de los abonados.**

En particular, los *abonados* a los servicios de comunicaciones electrónicas tendrán los siguientes derechos:

a) A que se hagan anónimos o se cancelen sus datos de tráfico cuando ya no sean necesarios a los efectos de la transmisión de una comunicación. Los datos de tráfico necesarios a efectos de la facturación de los abonados y los pagos de las interconexiones podrán ser tratados únicamente hasta que haya expirado el plazo para la impugnación de la factura del servicio o para que el operador pueda exigir su pago, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico;

b) A que sus datos de tráfico sean utilizados con fines comerciales o para la prestación de servicios de valor añadido únicamente cuando hubieran prestado su consentimiento informado para ello.

c) A recibir facturas no desglosadas cuando así lo solicitaran.

d) A que sólo se proceda al tratamiento de sus datos de localización distintos a los datos de tráfico cuando se hayan hecho anónimos o previo su consentimiento informado

y únicamente en la medida y por el tiempo necesarios para la prestación, en su caso, de servicios de valor añadido, con conocimiento inequívoco de los datos que vayan a ser sometidos a tratamiento, la finalidad y duración del mismo y el servicio de valor añadido que vaya a ser prestado.

e) A detener el desvío automático de llamadas efectuado a su terminal por parte de un tercero.

f) A impedir, mediante un procedimiento sencillo y gratuito, la presentación de la identificación de su línea en las llamadas que genere o la presentación de la identificación de su línea al usuario que le realice una llamada.

g) A impedir, mediante un procedimiento sencillo y gratuito, la presentación de la identificación de la línea de origen en las llamadas entrantes y a rechazar las llamadas entrantes en que dicha línea no aparezca identificada.

h) A no recibir llamadas automáticas sin intervención humana o mensajes de fax, con fines de venta directa sin haber prestado su consentimiento previo e informado para ello.

Los usuarios finales no podrán ejercer los derechos reconocidos en los párrafos d) y f) cuando se trate de llamadas efectuadas a entidades que presten servicios de llamadas de urgencia que se determinen reglamentariamente, en especial a través del número 112 (art. 38.5)

Del mismo modo, y por un período de tiempo limitado, los usuarios finales no podrán ejercer el derecho reconocido en el párrafo f) del apartado 3 cuando el abonado a la línea de destino haya solicitado la identificación de las llamadas maliciosas o molestas realizadas a su línea.

Además, se reconoce a los abonados al servicio telefónico disponible al público el derecho a figurar en la guía general de números de abonados, sin perjuicio de las normas que regulen la protección de los datos personales y el derecho a la intimidad [art. 22.1,b) LGTel]. La Ley configura este derecho como prestación de servicio universal [art. 22.1,b) LGTel].

La elaboración y comercialización de las guías de abonados a los servicios de comunicaciones electrónicas y la prestación de los servicios de información sobre ellos se realizará en régimen de libre competencia, garantizándose, en todo caso, a los

abonados el derecho a la protección de sus datos personales, incluyendo el de no figurar en dichas guías (art. 38.6).

A estos efectos, las empresas que asignen números de teléfono a los abonados habrán de dar curso a todas las solicitudes razonables de suministro de información pertinente para la prestación de los servicios de información sobre números de abonados y guías accesibles al público, en un formato aprobado y en unas condiciones equitativas, objetivas, orientadas en función de los costes y no discriminatorias, estando sometido el suministro de la citada información y su posterior utilización a la normativa en materia de protección de datos vigente en cada momento (art. 38,6).

### ***1.5. Derechos de usuarios no abonados.***

Los *usuarios* de los servicios de comunicaciones electrónicas que no *tengan la condición de abonados* tendrán asimismo los derechos reconocidos a los abonados en los párrafos a), b), d) y en el primer inciso del párrafo f) (art. 38.4).

## **2. Comunicaciones electrónicas y defensa del consumidor: distribución competencial entre Estado y CCAA.**

### ***2.1. Concurrencia de títulos.***

Ya hemos expuesto que el reconocimiento a los usuarios de redes y servicios de comunicaciones electrónicas de una serie de derechos que complementan los que les atribuye la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios (cfr. art. 38.8 LGTel) está motivado por la calificación de los servicios de telecomunicaciones como “servicios de interés general”. Lo que justifica la imposición de condiciones a la explotación de las redes y la prestación de los servicios, en particular, la imposición de obligaciones de servicio público, así como una especial protección de los usuarios y un peculiar régimen de intervención administrativa sobre las actividades prestadas en competencia. Pero aparte de sus implicaciones con la calificación de los servicios de telecomunicaciones como servicios de interés general, la protección de los derechos de los consumidores y usuarios constituye un título de intervención autónomo (cfr. art. 51 CE) y justifica la acción administrativa sobre las actividades prestadas en competencia. Esta acción administrativa se distribuye entre el Estado y las CCAA, pues la

generalidad de las CCAA dispone de competencias de desarrollo legislativo y ejecución en “materia de consumo”.

De lo dicho se concluye la concurrencia de varios títulos competenciales sobre una misma materia, la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas. A saber,

a) *Las “telecomunicaciones” como competencia exclusiva del Estado.* El legislador estatal puede regular los derechos de los usuarios de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, en cuanto, éstos forman parte de las condiciones de prestación de un servicio de interés general (cfr. art. 8.1 LGTel), que la Constitución reserva en exclusiva al Estado (art. 149.1.21ª CE y art. 1.1 LGTel).

Obsérvese lo que ya pusimos de manifiesto en el epígrafe dedicado al ámbito de aplicación de la Ley. Aunque las Directivas comunitarias, que la LGTEL pretende transponer, hablan de “comunicaciones electrónicas”, el objeto de la Ley es “la regulación de las *telecomunicaciones*, que *comprenden* la explotación de las redes y la prestación de los servicios *de comunicaciones electrónicas* y los recursos asociados, de conformidad con el artículo 149.1.21ª de la Constitución” (art. 1.1). La razón por la que se mantiene el título como “Ley General de Telecomunicaciones” y se define el objeto de esta forma es para encuadrar sin dificultades la competencia estatal en el art. 149.1.21ª CE.

A la Administración estatal corresponde determinar las condiciones de prestación del servicio y comprobar si las condiciones ofrecidas por los operadores se ajustan a los estándares de calidad, acceso o precio, a los que se someten los operadores que obtienen la correspondiente autorización general (art. 6.2 LGTel). Correlativamente, corresponde a la CMT la potestad sancionadora sobre los incumplimientos de las condiciones de prestación de los servicios [art. 58 en relación a arts. 53,s) y 54,p)].

b) *La “defensa de los consumidores” como competencia de las CCAA.* Aunque la “defensa de los consumidores” no es una materia específicamente comprendida en los arts. 148 y 149 CE y sin perjuicio de otros títulos competenciales exclusivos de las CCAA que también son instrumentos de protección de los usuarios [v.gr. mercados interiores, industria (salvo art. 149.1.11ª y 13ª CE), publicidad (excepto art. 149.1.1ª, 6ª y 8ª), comercio interior o fomento del desarrollo económico regional], la

generalidad de las CCAA dispone, al menos, de competencias de desarrollo legislativo y ejecución en “materia de consumo”.

El título estatal sobre telecomunicaciones (art. 149.1.21ª) no es susceptible de limitar ni cuestionar la competencia autonómica sobre consumo.

c) *Otros títulos competenciales.* Como es conocido, “consumo” es una materia multidisciplinar. La protección de los consumidores y usuarios constituye un fin en sí mismo que puede ser alcanzado a través de diversos títulos competenciales atribuidos tanto al propio Estado [v.gr. regulación de condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los ciudadanos en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes (art. 149.1.1º CE), la legislación mercantil (art. 149.1.6º CE), legislación civil (art. 149.1.8º CE)] o asumidos por las CCAA [v.gr. mercados interiores, industria (salvo art. 149.1.11ª y 13ª CE), publicidad (excepto art. 149.1.1ª, 6ª y 8ª), comercio interior o fomento del desarrollo económico regional].

En este contexto, se hace preciso determinar qué medidas constituyen condiciones de explotación de las redes y prestación de los servicios, cuya imposición y control corresponde a la Administración estatal, que otorga la autorización general y en su caso, las concesiones y autorizaciones de dominio público radioeléctrico y qué medidas tienen como objetivo prioritario la tutela de los derechos de los consumidores y usuarios finales, en cuanto tales, que también puede corresponder a la Administración estatal, pero adscrita a órganos diversos, en este caso, al Ministerio de Sanidad y Consumo. Para dar respuesta a esta cuestión se han de tener presentes las siguientes consideraciones:

i) El título estatal sobre telecomunicaciones (art. 149.1.21ª) no puede absorber el resto de las competencias *estatales o autonómicas* que protegen al destinatario final de los servicios de telecomunicaciones, desde el punto de vista de la tutela jurídico pública de sus intereses como consumidor, o desde la consideración de la tutela jurídica privada como parte de un contrato. Las competencias de telecomunicaciones no pueden ser competencias orientadas a la protección del usuario, y justificar en ello una especie de asunción de la competencia instrumental sobre protección de los consumidores.

ii) La “protección de los consumidores y usuarios” no puede convertirse en una competencia de la Administración estatal de telecomunicaciones por el simple expediente de convertir esta protección, en cualquiera de sus manifestaciones, en condiciones de la explotación de redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas para los que se obtiene la autorización general (arts. 6.3 y 4 y 8.1 LGTel), considerando en este caso que las conductas del operador contrarias a los derechos de los consumidores aparecen igualmente como incumplimientos de las condiciones de las actividades reguladas, cuyo control y sanción corresponde a la CMT [arts. 48.2 y 58,a) LGTel]<sup>61</sup>.

Ante la dificultad de encontrar una línea de separación clara que distinga lo que pertenece propiamente al ámbito de la protección del usuario y lo que corresponde a las condiciones mismas del servicio para cuya prestación habilita el título, sólo cabe apelar, como en alguna ocasión ha hecho la jurisprudencia constitucional, al criterio de la *preponderancia de los intereses en juego*. Ciertamente, cualquier intervención pública en la actividad económica tiene como objetivo directo o indirecto la protección de los intereses de los usuarios, pero habrá que distinguir aquello que es propio de la protección de *cualquier tipo de usuario*, sin especificaciones (y, por tanto, también del usuario empresarial), y aquello que es específico de la protección de los consumidores como *usuarios finales* del servicio. Aquellas condiciones del servicio que resultan exigibles como modo de proteger los intereses del usuario del servicio, sin mayores especificaciones, se convierten en condiciones propias del servicio o de la red, como tal, y quedan absorbidas por la competencia de la Administración que otorga la autorización general, como una forma de control del cumplimiento de las condiciones de explotación de la red o de prestación del servicio. Aquellas normas que consideren específicamente la posición del usuario final, como un tipo de usuario de telecomunicaciones especialmente necesitado de una protección adicional, escapan al ámbito competencial propio de las telecomunicaciones. En otros términos, la protección global del usuario de telecomunicaciones corresponde a la Administración competente para regular el servicio del que dicho usuario disfruta. Pero la Administración de las

---

<sup>61</sup> Adviértase que la literalidad de la Ley atribuye la potestad sancionadora en estos casos a la CMT [v. art. 58,a)], pero, como arriba hemos expuesto, en relación a la finalidad de la norma y la dotación de instrumentos para su control, resulta más razonable atribuir esta potestad al MCYT, a través de la SETSI.

Telecomunicaciones no dispone de una competencia propia para incrementar un determinado nivel de protección o calidad del servicio, en consideración a la cualidad de destinatario final de ciertos tipos de usuarios<sup>62</sup>.

Sin embargo, esta regla resulta difícil de aplicar en el ámbito de la nueva LGTel. Y es que el régimen de protección configurado por el art. 38 se orienta a la protección de los consumidores y usuarios finales, por lo que aplicando la regla arriba expuesta debe entenderse que estas medidas de protección forman parte del título competencial “consumo”. En otros términos, se habrá de admitir que conforme a la LGTel, la Administración General del Estado ostenta competencia (al menos, legislativa) sobre la protección de los derechos de los consumidores y usuarios de redes y servicios de comunicaciones electrónicas fundada en “la protección del consumidor”, como título competencial específico; correspondiendo a las CCAA la potestad ejecutiva y en particular, la potestad sancionadora. De hecho, la LGTel no contiene tipificación específica de las “infracciones de consumo”. Sólo se tipifica expresamente la vulneración de los “derechos previstos por el art. 38.3”, que, son derechos reconocidos en general a “los abonados” y no exclusivamente a los usuarios finales.

Obviamente, esta construcción argumental suscitará problemas de distribución competencial con las CCAA. Para eludir estos problemas sólo caben dos vías de escape: 1ª) Considerar que estas medidas de protección de los usuarios *finales* también constituyen *condiciones de prestación de los servicios* y por tanto, se ejercen en el marco del título competencial telecomunicaciones. En apoyo de este argumento puede esgrimirse el art. 8.1 LGT, que incluye dentro de las condiciones imponibles a la explotación de redes y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas, “las de salvaguarda de los derechos de los *usuarios finales*” y el propio art. 38.2 LGTel, que en su último párrafo permite ampliar, mediante reglamento, la aplicación del régimen de protección de consumidores y usuarios finales a otras categorías de usuarios; 2ª) Considerar que estas medidas de protección, en particular, los apdos. 2 y 3 del art. 38, constituyen *normas de Derecho privado* (arts. 149.1.6ª y 8ª), que tutelan los derechos de los usuarios no en cuanto destinatarios de los servicios de comunicaciones electrónicas, sino en cuanto partes de un contrato. En cuyo caso y a falta de tipificación

---

<sup>62</sup> Cfr. CARRASCO PERERA, “La Administración de las telecomunicaciones”, pág. 877.

expresa por la Ley estatal, el incumplimiento de los contenidos contractuales tal y como quede configurado por la normativa de desarrollo del art. 38.2, podrán ser utilizados por las CCAA competentes como tipos de conductas sancionables [v.gr. falta de compensación por la interrupción del servicio o negativa a practicar la desconexión de ciertos servicios (ej. los de tarificación adicional) a petición del usuarios]<sup>63</sup>.

## **2.2 Núcleo indisponible de la regulación de los servicios de telecomunicaciones.**

Bajo el título competencial “defensa de los consumidores y usuarios”, las CCAA puede regular las condiciones contractuales de prestación del servicio a los usuarios finales, siempre que ello no vulnere la competencia estatal exclusiva sobre legislación civil (art. 149.1.8ª CE), sobre telecomunicaciones (art. 149.1.21) y que no afecte a la competencia y la unidad de mercado, art. 149.1.13).

Los límites que la CCAA no puede sobrepasar son los siguientes:

1º) *Las características técnicas del servicio.* La CCAA no puede regular aquellas cuestiones que afectan directamente a la prestación del servicio de telecomunicaciones, entendido como transmisión, emisión o recepción de la señal a través de una red. Por ejemplo, no puede regular los interfaces técnicos o la tecnología empleada, la utilización del espectro y de la numeración, la interconexión, el nivel de cobertura... Son cuestiones inherentes a la prestación de un servicio unificado para todo el territorio nacional. Su regulación por las CCAA fragmentaría el régimen de prestación, haciéndolo inviable.

Además, son cuestiones vinculadas al otorgamiento de un título habilitante por la Administración de telecomunicaciones. Su regulación por las diversas CCAA

---

<sup>63</sup> El Decreto 315/2003, de 16 de diciembre, de Protección de los Derechos de los Consumidores y Usuarios en materia de telefonía móvil (DOCM núm. 178, de 19-12-2003). En él se han regulado entre otros, derechos de información contractual y precontractual de los usuarios (art 4, 5, 10 y 11), derecho a un servicio gratuito de atención al consumidor (art. 10.3), deber de formalizar un contrato con el contenido mínimo estipulado por la norma (v.gr. régimen jurídico y económico aplicable a supuestos de reconexión tras la interrupción del servicio no imputable al usuario, mecanismos de compensación en caso de no alcanzar los niveles de calidad contratados, sistema de información a clientes prepago sobre saldo disponible...) o en su defecto, deber de proporcionar información adicional sobre dichas condiciones (art. 12). Corresponde a la Consejería de Sanidad y demás órganos competentes en materia de protección del consumidor la vigilancia e inspección sobre la aplicación de la norma (art. 16), que tipifica como infracción el incumplimiento de cualquiera de los preceptos del Decreto (art. 17).

vaciaría de contenido dicho título y obligaría a la Administración a controlar el cumplimiento de las diversas obligaciones exigidas por cada CCAA.

Por el contrario, las condiciones contractuales de prestación del servicio en relación con los usuarios (ej. sistemas de facturación, reconexión gratuita, contenido contractual...etc.) son cuestiones susceptibles de fragmentación territorial (CCAA) e incluso individual (sin perjuicio del principio de no discriminación, es posible y de hecho los operadores lo hacen, aplicar distinto tratamiento a los diversos colectivos de usuarios).

2º) *Las obligaciones de servicio público y en particular, las obligaciones de servicio universal.* Es obvio que las CCAA no pueden regular estas cuestiones no sólo porque están vinculadas a la obtención de un título habilitante otorgado por la Administración estatal, sino también porque son instrumentos básicos para garantizar los principios de igualdad territorial (arts. 138.2 y 139 CE) y de igualdad de las condiciones básicas del ejercicio de la actividad económica (arts. 139 y 149.1.1ª CE).

3º) *Los precios.* Por las mismas razones indicadas en el párrafo anterior, las CCAA carecen de cualquier potestad de regulación sobre los precios de los servicios de telecomunicaciones.

4º) *Las condiciones de calidad.* Las CCAA no pueden regular la calidad del servicio porque, en cuanto integra el contenido contractual, es una cuestión de Derecho privado. Constituye legislación civil.

Obsérvese que no es lo mismo que la CCAA tipifique y sancione el incumplimiento de unos parámetros definidos a nivel nacional (intervención de Derecho Público protectora de los usuarios) que la propia CCAA defina tales parámetros y por ende, el contenido material del contrato (no sólo las cuestiones que formalmente han de formar parte del mismo).

Pero, principalmente, la CCAA no puede regular la calidad del servicio (v.gr. del servicio de telefonía móvil) porque ello incide sobre las características técnicas de la prestación, entendida como transmisión, emisión o recepción de señales por una red de

telecomunicaciones. Y dichas características han de ser únicas y homogéneas para todo el territorio nacional.

- Desde un punto de vista eminentemente práctico, las cualidades técnicas de los servicios de telefonía móvil se sustraen a una regulación restringida al ámbito territorial de una CCAA. Por ejemplo, si la CCAA define como estándar de calidad las llamadas interrumpidas, ¿cuál será el ámbito sobre el que se aplique dicho estándar: las llamadas originadas y terminadas en el territorio de la CCAA; las llamadas originadas en su territorio y dirigidas a otra CCAA; o las llamadas terminadas en la Comunidad pero originadas en otra comunidad?. La definición sólo tendría sentido para las llamadas originadas y terminadas en la misma CCAA, en el resto de los casos, la valoración de la calidad del servicio constituiría una extralimitación de la CCAA, que extendería su regulación más allá de su ámbito territorial. En otros términos, una regulación como la indicada supondría que el prestador del servicio tendría que cumplir los parámetros de calidad establecidos por cada CCAA y que en el tráfico entre usuarios de distintas CCAA habría de cumplir el parámetro de mayor calidad. Obviamente, una situación como la indicada transformaría en inviable la prestación del servicio, que, al menos técnicamente, ha de ser homogéneo.

- Desde el punto de vista jurídico, aceptar la regulación por las CCAA de la calidad de los servicios supone admitir un trato discriminatorio entre los usuarios prohibido no sólo por la legislación sectorial (v. art. 7 RSU), sino también por el art. 139 CE.

Una cosa es admitir que el regulador autonómico pueda imponer obligaciones de información precontractual o definir el contenido mínimo del contrato con el fin de proteger a los usuarios, que contraten en la CCAA, por encima de los mínimos estatales y otra muy distinta es aceptar que el mismo regulador pueda definir las características del servicio prestado. Máxime si se tiene en cuenta que las condiciones de calidad constituyen condiciones de prestación de los servicios asociadas a la autorización general.

- El cumplimiento de las condiciones de calidad forma parte de las obligaciones de servicio público que los titulares de licencias individuales están obligados a cumplir

y cuya definición corresponde al Ministerio de Ciencia y Tecnología (arts. 20.3 LGT y 8 RSU vigente).

5º) *La defensa de la competencia en el mercado.* La CCAA no puede imponer a los operadores obligaciones tendentes a incentivar la competencia en el mercado, por más que indirectamente sirvan para tutelar los intereses de los usuarios. Así, por ejemplo, la CCAA no puede imponer obligaciones de interconexión, de selección y preselección de operador o de portabilidad.

Ciertamente, estas medidas son instrumentos de tutela de los intereses de los usuarios, pero su finalidad prioritaria es la de incentivar la implantación de la competencia en el mercado, facilitando el acceso de los usuarios al conjunto de operadores.

Estas cuestiones afectan directamente a la libre circulación (art. 139.2 CE), a la unidad de mercado y a la igualdad de las condiciones básicas del ejercicio de la actividad económica (art. 139 y 149.1.1ª CE).

### **3. Comunicaciones electrónicas y defensa del consumidor: distribución intraestatal de competencias.**

#### **3.1. Concurrencia de títulos.**

Problemas similares a los expuestos en relación a la distribución de competencias entre Estado y CCAA sobre la protección de los derechos de los consumidores y usuarios de servicios de comunicaciones electrónicas se reproducen respecto a la distribución intraestatal de competencias. Telecomunicaciones y consumo son dos títulos competenciales concurrentes atribuidos a sendas Administraciones estatales: la Administración de Telecomunicaciones (Gobierno, MCYT, SETSI, AER y CMT) y a la Administración de Consumo (Gobierno, Ministerio de Sanidad y Consumo e Instituto Nacional de Consumo). La LGTEL no resuelve ni en el artículo 38 ni en su régimen sancionatorio la distribución interna de la competencia estatal entre distintas instancias regulatorias, ambas amparadas en títulos propios, y ninguno de los cuales es propiamente un título de regulación sobre protección de los consumidores.

La LSSI tuvo al menos en cuenta esta eventual concurrencia, dejando a salvo (si bien sin establecer criterios de atribución) las competencias que pudieran corresponder a las Administraciones de Consumo. La LGTEL no hace tal cosa, y en su seno nos encontramos la siguiente concurrencia paradójica: (i) Dos Administraciones estatales distintas producen normas protectoras de Derecho privado, una desde la consideración del medio (red) en el que se genera la relación, otra en función del objetivo de protección del usuario final; (ii) una Administración estatal puede hacer uso de su competencia “residual” de Derecho de consumo, al menos frente a determinadas CCAA, y otra Administración estatal que actúa en función del medio (red) del que surge la relación declara entre sus objetivos una regulación protectora de consumidores.

Como ya hemos puesto de manifiesto al hablar de la distribución competencial entre Estado y CCAA, Las potestades de regulación y control atribuidas a la Administración sectorial de telecomunicaciones no conllevan la exclusión de otras potestades conferidos por el Ordenamiento a otras Administraciones públicas para la tutela de intereses diversos (v.gr Administración de consumo, autoridades garantes de la competencia, autoridades protectoras del medio ambiente...). Por lo que aquí interesa, es obvio que la apelación al título competencial “telecomunicaciones” no puede excluir el legítimo ejercicio de las competencias basadas en el título competencial “consumo”. “Telecomunicaciones” y “consumo” son dos títulos competenciales concurrentes y por ende, las Administraciones titulares de los mismos realizan funciones concurrentes. Queda fuera de toda duda que las competencias atribuidas a la Administración sectorial de telecomunicaciones, no significan la negación o exclusión de las competencias en materia de protección de los derechos de los consumidores y usuarios atribuidos a la Administración de consumo.

### ***3.2. Distribución competencial sobre dos ámbitos concretos: precios y calidad.***

Sin perjuicio de formular algunas reglas generales orientativas sobre la distribución competencial entre ambas Administraciones, resulta útil determinar en casos concretos como se coordinan, complementan o en su caso, se limitan recíprocamente tales competencias. Por citar un ejemplo, sobre el que actualmente existen ciertos conflictos competenciales, el problema del redondeo en los precios de los servicios de telefonía móvil. Sin entrar a valorar ahora si la fórmula es o no legal, para

determinar qué Administración es competente para resolver la cuestión se han de tomar en consideración las siguientes premisas: 1ª) Como recientemente ha declarado la CMT en el informe emitido a petición del Defensor del Pueblo que estudia la cuestión<sup>64</sup>, las tarifas cobradas por los operadores de telefonía móvil a los consumidores y usuarios finales están liberalizadas. De modo que los operadores en ejercicio de su libertad de empresa, pueden establecer libremente el precio de sus servicios; 2ª) No obstante, dándose las circunstancias de la DT 3ª LGTel, el Gobierno (Autoridad Nacional de Reglamentación ex art. 46.1.a) LGTel), a través de la CDGAE puede regular transitoriamente precios fijos, máximos y mínimos, o los criterios para su fijación y los mecanismos para su control. No es preciso incidir en que se trata de una competencia atribuida a la Administración de telecomunicaciones en cuanto reguladora de este mercado y por ello, su ejercicio se hace depender “del grado de concurrencia”, determinado por la situación de cada servicio, las posiciones de dominio y el eventual abuso de las mismas y la accesibilidad de todos los ciudadanos a los servicios a precios asequibles. Por lo general, cualquier medida de control de precios sirve, indirectamente, para tutelar los derechos e intereses de los usuarios. Pero no es éste el único fin que puede perseguir la Administración al ejercer esta potestad. Existen otros como, por ejemplo, el fomento de ciertas tecnologías (ej. televisión digital), sin perjuicio del principio de neutralidad tecnológica, el fomento de la competencia,...; 3ª) Como es obvio, la libertad de precios no ampara la utilización de cláusulas abusivas en la fijación de los mismos<sup>65</sup>. Al margen del contenido, abusivo o no, de la cláusula, aunque la Administración de telecomunicaciones (en particular, la CMT o el MCYT) y sin perjuicio de la DT 3ª LGTel, carecen de competencias directas sobre los precios finales del servicio, ello no impide de ningún modo que la Administración de consumo (en particular, el Instituto Nacional de Consumo) pueda ejercer sus funciones en relación a las cláusulas abusivas, en concreto ejercer la acción para declarar la nulidad de dicha cláusula (cfr. art. 16.4 LCGC). No es preciso insistir en un principio básico del Estado de Derecho y es que el ejercicio de cualquier libertad, por lo que ahora se refiere la libertad de empresa y en concreto la libertad de fijación de precios, está limitada por el Ordenamiento jurídico. Y éste impone varias restricciones a la libertad de precios. Entre

---

<sup>64</sup> Informe del Consejo de la CMT al Defensor del Pueblo en relación con la práctica de redondeo al alza en el precio de las llamadas telefónicas con terminación en redes del servicio telefónico móvil disponible al público, ( expediente ro - 2004/105 ), emitido el 5 de febrero de 2004.

<sup>65</sup> Cfr. CARRASCO PERERA, A. Y MENDOZA LOSANA, A., "El carácter abusivo de la fórmula 'hora o fracción' en los contratos de aparcamiento", *La Ley*, 16 de julio de 2002, págs. 1-7.

otros, el empresario no podrá amparar bajo el manto de la libertad de precios la imposición de cláusulas abusivas en perjuicio de los consumidores o la realización de prácticas desleales o predatorias (v.gr precios por debajo de costes), en perjuicio de sus competidores<sup>66</sup>. La Administración competente para intervenir sancionando o instando las acciones judiciales oportunas no es la Administración de telecomunicaciones, sino las distintas administraciones competentes por razón de la materia (Administración de consumo, Administración garante de la competencia o de la adecuada aplicación de las normas de comercio interior...etc.).

Pongamos ahora otro ejemplo igualmente problemático, la definición y control de los parámetros de calidad del servicio. En cuanto condiciones técnicas de prestación del servicio, corresponde a la Administración de telecomunicaciones, en concreto al MCYT, la definición de estos parámetros y en su caso, la sanción por el incumplimiento. Pero en cuanto el incumplimiento de estas condiciones de calidad constituye una vulneración de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios finales, también la Administración de consumo tiene competencias en relación a su incumplimiento. Cuando obtienen la autorización administrativa para actuar en el mercado, los operadores aceptan las condiciones de prestación del servicio impuestas por la Administración de telecomunicaciones (entre las que se encuentran las condiciones de calidad ya fijadas o que se puedan fijar en el futuro) o incluso cuando voluntariamente aceptan códigos de conducta, crean en el usuario final una expectativa razonable a utilizar el servicio en las condiciones de calidad estipuladas, expectativa determinante de su decisión de contratar. Esta expectativa forma parte de la esfera de derechos e intereses legítimos de los usuarios finales [art. 2. 1,b) LGDCU] y como tal ha de ser tutelada por la Administración de consumo. La técnica a utilizar en este caso

---

<sup>66</sup> El art. 7 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general (BOE 284, de 27 noviembre 2003, corrección errores BOE núm. 29, de 3-2-2004) es un buen ejemplo de las características que han de concurrir en las tarifas de todo servicio de interés general.

Artículo 7. Libertad tarifaria.

1. Las Autoridades Portuarias establecerán libremente las tarifas en aquellos servicios comerciales que presten en concurrencia con la iniciativa privada, con los límites que se deriven de la obligación de evitar prácticas abusivas, así como actuaciones discriminatorias y otras análogas. Estas tarifas no podrán ser inferiores al coste del servicio.

2. Las tarifas por servicios prestados por el sector privado se fijarán libremente, sin perjuicio de las tarifas máximas que en los servicios portuarios básicos puedan establecer las Autoridades Portuarias.

3. El Ministerio de Fomento velará por asegurar la máxima autonomía de gestión de las Autoridades Portuarias en esta materia.

es la tipificación como infracción administrativa de consumo del incumplimiento de los parámetros fijados por la Administración de telecomunicaciones. Todo ello sin perjuicio de que la Administración de telecomunicaciones fiscalice su cumplimiento, sancione su incumplimiento y en su caso, en los términos arriba expuestos, responda por la omisión de sus deberes de vigilancia.

### **3.3. *Principios generales para resolver la concurrencia.***

Con carácter general cabe formular algunas reglas o principios sobre la distribución intraestatal de competencias entre Administración de consumo y Administración de telecomunicaciones. Las reglas que a continuación se exponen no prejuzgan sobre las competencias de las CCAA. Prácticamente todas ellas han asumido competencias en materia de consumo, lo que convierte en residual la competencia estatal sobre consumo. En otros términos, las atribuciones competenciales resultantes de la aplicación de las reglas, que seguidamente se formulan, a favor de la Administración estatal de consumo han de coordinarse con las competencias de las CCAA en los términos expuestos en el epígrafe anterior.

1ª) La atribución a la Administración de telecomunicaciones de la potestad de regular y fiscalizar las relaciones entre operadores y usuarios, por razón del medio (red) e incluyendo entre sus objetivos la protección de estos últimos no elimina las competencias específicas de aquella Administración (estatal o autonómica) cuyo objetivo exclusivo es el de tutelar los derechos e intereses de los consumidores y usuarios finales en sus relaciones con los oferentes de bienes y servicios, cualquiera que sea el medio que da origen a esa relación y el objeto de la misma. La Administración de consumo ha de salvaguardar los derechos e intereses de los consumidores y usuarios finales en ventas directas, a distancia, contratación electrónica, adquisición de productos alimenticios, juguetes, vivienda, servicios de educación, sanitarios, de aparcamientos, viajes combinados...etc.

El carácter heterogéneo de la enumeración que acaba de formularse pretende poner de manifiesto el alcance “universal” de las competencias de la Administración de consumo. Por el carácter multidisciplinar de la materia, tales competencias sólo se

encuentran delimitadas por la concurrencia de la figura del “consumidor o usuario” en los términos del artículo 1 LGDCU.

2ª) La delimitación subjetiva de las competencias de la Administración de consumo (proyectadas sobre la figura del consumidor o usuario en los términos del artículo 1 LGDCU) aporta un dato significativo en la distribución competencial entre Administración sectorial de telecomunicaciones y Administración de consumo.

La LGTel contiene su propia definición de “consumidor y usuario final” (apdos. 4 y 35 Anexo II, respectivamente). Esta definición no coincide con la del artículo 1 LGDCU. El concepto de “usuario final” dado por la LGTel sólo excluye a las empresas dedicadas a la explotación de redes, prestación o reventa de servicios de comunicaciones electrónicas, pero da cobertura a las personas físicas o jurídicas que utilizan o solicitan estos servicios para incorporarlos a procesos de comercialización o prestación de servicios a terceros (ejs. titulares de establecimiento comercial, despacho de abonados o fábrica que contratan servicio telefónico (fijo y móvil) y acceso a Internet o bar que contrata servicios de acceso a televisión digital). La diferencia conceptual delimita las competencias de una y otra Administración.

La Administración de consumo no puede ver ampliado respecto a un sector concreto de la actividad económica, -el de las comunicaciones electrónicas-, su ámbito natural de competencias, que se circunscribe a los usuarios finales, excluyendo a aquellos que hacen un uso empresarial de los servicios contratados (art. 1.2 LGDCU). En otros términos, la tutela de los derechos reconocidos por la LGTel a los usuarios finales, que los utilicen al servicio de una actividad mercado (productiva, comercial o profesional) se articula en atención a las peculiaridades del medio (red) que da lugar a la relación entre operador y este tipo de usuarios y como tal, es una competencia exclusiva de la Administración de telecomunicaciones.

3ª) Es la Administración de telecomunicaciones y no la de consumo la que ha de regular “las *normas básicas de utilización de los servicios* de comunicaciones electrónicas disponibles al *público en general*” en los términos del artículo 38.2 LGTel.

El citado artículo establece que “las *normas básicas de utilización de los servicios* de comunicaciones electrónicas disponibles al *público en general* determinarán los derechos de los consumidores que sean personas físicas y otros usuarios se aprobarán por real decreto, que hará referencia, entre otros a los derechos de información de los consumidores, a los plazos de modificación de ofertas o al derecho a obtener una compensación por interrupción del servicio. A diferencia de lo que ocurre en el ámbito de las obligaciones de servicio público (cfr. arts. 20.4, 23.1, 24 y 46.2), el art. 38 no atribuye expresamente a la Administración de telecomunicaciones la competencia para su desarrollo y aplicación. Sólo hace mención expresa de la competencia del MCYT en su apdo. 1, exigiendo que éste regule el procedimiento cuasi arbitral de resolución de conflictos por la SETSI; en su apartado 2.i) en el que exige que el real decreto que regule las normas básicas de utilización de los servicios prevea “los supuestos de aprobación por parte del MCYT de contratos tipo entre consumidores que sean personas físicas u otros tipos de usuarios finales y *operadores que exploten redes o presten servicios de comunicaciones electrónicas con obligaciones de servicio público o con poder significativo en los mercados de referencia específicos correspondientes*”. Esta determinación selectiva de los operadores cuyos contratos-tipo deben ser aprobados por el MCYT invita a pensar que la aprobación no responde prioritariamente a la tutela del consumidor, sino a otros fines (v.gr. competencia, control del cumplimiento de obligaciones de servicio público...etc). Y por último y paradójicamente, la ley habilita al MCYT para introducir cláusulas de modificación de los contratos celebrados entre los operadores y los consumidores que sean personas físicas y usuarios finales, “para evitar el trato abusivo a éstos” (art. 38.7).

A pesar de la omisión de mención expresa a la intervención del MCYT, se ha de aceptar la competencia de este órgano administrativo para desarrollar y aplicar el real decreto que apruebe las condiciones básicas de utilización de los servicios de telecomunicaciones por los consumidores y usuarios finales. Y ello porque a la Administración de telecomunicaciones se le encomienda la tutela de los intereses de los consumidores y usuarios finales conforme a la definición de la LGTel, esto es, incluidos los usuarios empresariales (art. 3,e). La Administración de consumo no puede ver incrementado por esta vía su ámbito propio de competencias. Corroboran estas afirmaciones los precedentes normativos (cfr. DF 1ª del RD 1736/1998, por el que se

apruebe el RSU vigente) y las referencias indirectas a la intervención del MCYT ex arts. 38.1, 38.2, j) y 38.7.

4ª) Como ha quedado suficientemente justificado en este estudio, la Administración de consumo carece de competencias para regular las condiciones técnicas de prestación de los servicios (calidad, estándares técnicos...etc). Pero, sin perjuicio de otros títulos competenciales (v.gr. defensa de la competencia, igualdad en el ejercicio de la actividad económica...etc), la Administración consumerista es competente para regular las condiciones económicas o comerciales de prestación de los mismos a los usuarios finales en el sentido de la LGDCU (derechos de información, tutela de intereses económicos, protección de la salud en la utilización de terminales, ...etc). Conforme al art. 38, se ha de reconocer a la *Administración de consumo* una *potestad reguladora para incrementar en beneficio de los usuarios finales el nivel de protección* contenido en el Reglamento que apruebe la Administración de telecomunicaciones y que contendrá “las normas básicas de utilización de los servicios”. Naturalmente, los beneficiarios de esta protección han de ser los usuarios finales en los términos del art. 1.2 LGDCU, esto es, excluidos los usuarios empresariales. Dicho de otro modo, si la Administración de telecomunicaciones dispone de un título competencial (“normas básicas de utilización de los servicios”) que le permite producir regulación protectora del usuario en general de un servicio, la Administración de consumo no se halla impedida de hacer uso de su específica competencia consumerista para imponer normas suplementarias en función de la protección adicional que pueda merecer una clase determinada de usuarios (los destinatarios finales conforme a la LGDCU).

5ª) El *límite* a las eventuales competencias reguladoras de la Administración de consumo viene dado por el calificado como “núcleo indisponible de regulación de los servicios de telecomunicaciones”, expuesto en el epígrafe dedicado a la delimitación de competencias estatales y autonómicas<sup>67</sup>. Resumidamente: las características técnicas del servicio; las obligaciones de servicio público, los precios, las condiciones de calidad y la defensa de la competencia en el mercado.

---

<sup>67</sup> V. supra apdo. 2.2.

6ª) Sin perjuicio de las competencias de las CCAA y de la imprescindible aplicación del principio *non bis in idem* en relación a la potestad sancionadora de la Administración de telecomunicaciones, la Administración estatal de consumo tiene *competencia para tipificar y sancionar* como infracciones administrativas de consumo la vulneración de los derechos de los consumidores y usuarios finales de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

En relación a los derechos de los usuarios, la LGTel sólo tipifica específicamente “la vulneración de los derechos previstos por el artículo 38.3” [arts. 53,z) y 54, r)]. Son estos derechos de un tipo concreto de usuarios, los abonados, y relativos principalmente a la protección de datos. Correlativamente, se atribuye la potestad sancionadora a la Agencia de Protección de Datos, salvo sobre la vulneración del derecho a no recibir llamadas automáticas o mensajes de fax con fines comerciales, sin haber prestado consentimiento previo e informado, que será sancionado conforme a la LSSI [art 58, b)]. Con carácter general, la LGTel tipifica “el incumplimiento por los operadores de las condiciones para la prestación de servicios o la explotación de redes de comunicaciones electrónicas” [art. 53,s) y 54, p)], -entre las que se incluyen las de salvaguarda de los derechos de los usuarios finales ex art. 8.1 LGTel-. Además se tipifican otras infracciones que, directa o indirectamente, afectan a los derechos de los usuarios, como el incumplimiento de las obligaciones de servicio público [arts. 53,l) y 54,o)] o de los niveles de calidad [art. 53,m)]. Sobre todas ellas se atribuye la potestad sancionadora al Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información “en el ámbito de competencias de la Administración General del Estado” [art. 58,c)].

Conforme a lo expuesto, cabe realizar las siguientes observaciones respecto a la potestad sancionadora de la Administración consumerista en este ámbito:

i) El incumplimiento de las normas sectoriales de telecomunicaciones (v.gr. normas sobre calidad y precios, obligaciones de servicio público, estándares técnicos y cualquier otra condición de prestación del servicio) constituye un presupuesto de hecho que justifica el ejercicio de potestades propias de la Administración de consumo, incluida la sancionadora, siempre que la tutela de los usuarios finales, como bien jurídico específico, justifique dicha intervención y sin perjuicio del principio *non bis in*

*idem*. En otros términos, la Administración de consumo es competente para tipificar como infracción administrativa de consumo el incumplimiento de la normativa sectorial de telecomunicaciones invocando como título competencial la protección específica de los intereses de los consumidores y usuarios finales, con independencia del título competencial que el autor de la norma haya hecho valer para producirla.

Se ha de hacer hincapié en que esta potestad sancionadora es predicable tanto de la infracción de las normas referentes a los derechos de los usuarios (v.gr. obligaciones de proporcionar información veraz y transparente o de compensar por la interrupción del servicio), como al resto de normas que contienen otras condiciones de prestación del servicio (ej. parámetros de calidad). El distinto alcance de las competencias de la Administración de consumo sobre unas y otras afecta al contenido sustantivo de la regulación pero no a la potestad sancionadora. Es decir, la Administración de consumo (estatal o autonómica) no puede en ningún caso fijar parámetros de calidad (condición técnica de prestación del servicio), pero sí puede tipificar como infracción y en su caso sancionar, el incumplimiento de los parámetros fijados por la Administración de telecomunicaciones<sup>68</sup>. Por el contrario, la Administración de consumo puede regular derechos de los usuarios finales en los términos indicados (incremento de los mínimos establecidos por la Administración de telecomunicaciones a favor de los usuarios finales), tipificar y sancionar la vulneración tanto de los derechos reconocidos por las normas de desarrollo de la LGTel, como de aquellos otros que, en su caso, regule la Administración de consumo.

ii) La Administración de consumo carece de competencia para sancionar las infracciones tipificadas por la LGTel o sus normas de desarrollo [ej. “el incumplimiento por los operadores de las condiciones para la prestación de servicios o la explotación de redes de comunicaciones electrónicas” ex art. 53,s) y 54, p)]. Y ello porque estas normas no tienen una finalidad estricta de protección del usuario final en los términos de la LGDCU. La protección que la LGTel confiere a los usuarios alcanza a cualquier tipo de usuario, incluidos los usuarios empresariales o profesionales. Para que la Administración de consumo pueda ejercer su potestad sancionadora en este ámbito es

---

<sup>68</sup> Cfr. art. 8 Decreto 315/2003, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

preciso una norma suplementaria que tipifique expresamente las infracciones de derechos de los usuarios finales.

*iii)* Obviamente, la Administración consumerista es competente para tipificar como infracciones administrativas de consumo el incumplimiento de las condiciones de prestación de los servicios de telecomunicaciones que ella misma haya establecido en atención al mayor grado de protección exigido por una categoría concreta de usuarios, los usuarios finales en los términos de la LGDCU.

*iv)* La Administración de consumo carece de competencias para sancionar “la vulneración de los derechos previstos por el artículo 38.3” [arts. 53,z) y 54, r)]. Son estos derechos de un tipo concreto de usuarios, los abonados, y relativos principalmente a la protección de datos. Su finalidad de protección atiende a intereses jurídicos específicos del régimen de protección de datos y como tal, la potestad sancionadora corresponde a la Agencia de Protección de datos [art. 58,b) LGTel], salvo sobre la vulneración del derecho a no recibir llamadas automáticas o mensajes de fax con fines comerciales, sin haber prestado consentimiento previo e informado, que será sancionado por el MCYT [art 58, b) LGTel en relación a art. 38.2 c) LSSI].

*7ª)* Tratándose de un problema de empleo de *cláusulas abusivas*<sup>69</sup> en los contratos de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas con usuarios finales (excluidos los usuarios empresariales), corresponde a la Administración de consumo el ejercicio de las competencias que el Ordenamiento le atribuye en esta materia (cfr. art. 16.4 LCGC), sin perjuicio de las competencias del Ministerio de Justicia (cfr. art. 24 LCGC). Así lo corrobora el tenor literal del artículo 38.8 LGTel al afirmar que “lo establecido en este artículo se entiende sin perjuicio de la aplicación de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”. No obstante y de forma un tanto paradójica, la LGTel habilita al MCYT para introducir cláusulas de modificación de los contratos celebrados entre los operadores y los consumidores que sean personas físicas y usuarios finales “para evitar el trato abusivo a éstos” (art. 38.7)

---

<sup>69</sup> Ejs. fórmulas de determinación del precio final del servicio, plazos y condiciones de desistimiento unilateral o fianzas contrarias a las exigencias de la buena fe en perjuicio del usuario final (cfr. art. 10 bis y DA 1ª LGDCU).

8ª) Como cláusula de cierre se ha de citar el *principio de ponderación de los intereses* en juego. Ha quedado sobradamente demostrado que “telecomunicaciones” y “consumo” son títulos concurrentes. Sin perjuicio de otros fines, ambos sirven a un objetivo común: la protección de los derechos de los consumidores y usuarios. El problema de la atribución competencial no puede convertirse en un obstáculo en perjuicio de ese objetivo. La actuación de ambas administraciones ha de ser complementaria y no excluyente. Por ello, en atención al caso concreto se ha de determinar de una forma ponderada si la cuestión a resolver afecta al mercado en su conjunto (v.gr. a la situación de la competencia en el mercado, al grado de penetración del servicio, al estado de la tecnología, a la posición de los competidores y de cualquier usuario...etc), en cuyo caso habrá de intervenir la Administración de telecomunicaciones o por el contrario, si la cuestión afecta principalmente al colectivo de los consumidores y usuarios finales (v.gr. cláusulas abusivas, información confusa o engañosa...etc.), la competencia corresponderá a la Administración de consumo.

#### **4. Secreto de las comunicaciones y protección de datos.**

Los artículos 33 a 36 de la nueva Ley imponen a los operadores obligaciones en materia de secreto de las comunicaciones y protección de los datos personales. El régimen es coincidente con el de la LGTel de 1998, por ello, no será objeto de especial atención.

Aunque no supone una novedad con respecto a la Ley de 1998, ha suscitado gran polémica social el art. 36 de la nueva Ley, que admite el cifrado de cualquier tipo de información transmitida por las redes de comunicaciones electrónicas (art. 36.1). Correlativamente, impone el deber de facilitar a la Administración las claves y procedimientos de cifrado utilizados, cuando sea requerido a efectos de control (art. 36.2). Las críticas se han vertido especialmente por los internautas por entender que sólo la autoridad judicial puede recabar esta información.

## **VI. DOMINIO PÚBLICO RADIOELÉCTRICO**

### **1. El carácter demanial del espectro radioeléctrico.**

A diferencia de la LGTel de 1998, la nueva Ley define el espectro radioeléctrico como “las ondas radioeléctricas en las frecuencias comprendidas entre 9 KHz y 3000 GHz”; entendiéndose por ondas radioeléctricas las “ondas electromagnéticas propagadas por el espacio sin guía artificial” (Anexo II, apdo. 12). La LGTel derogada no definía el espectro radioeléctrico, sino el “dominio público radioeléctrico” y lo hacía en términos bastante imprecisos, calificándolo como “el espacio por el que pueden propagarse las ondas radioeléctricas”.

En lo que sí coinciden ambas leyes es en la atribución al espectro radioeléctrico de carácter demanial (cfr. arts. 61.1 LGTel 1998 y 43.1 LGTel 2003). La nueva Ley califica expresamente al espectro radioeléctrico como “un bien de dominio público, cuya titularidad, gestión, planificación, administración y control corresponden al Estado” (art. 43.1).

Por ser un bien de dominio público, su uso se somete a la obtención de un título habilitante, que puede revestir la forma de afectación, concesión o autorización, según el tipo de uso [art. 44.d)]. En general, se exige la concesión demanial (art. 45.2.II). Así, la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas que precisen del uso del espectro radioeléctrico requiere la autorización general para el desarrollo de tales actividades (art. 6.2 y 3 LGTel) y el título habilitante correspondiente, en función del uso del dominio público radioeléctrico (art. 45 LGTel). La obtención de la autorización general para la explotación de redes o prestación de servicios de comunicaciones electrónicas es requisito previo para el otorgamiento de la concesión [arts.43,4,b) y 45.2.II].

La gestión, planificación, administración y control del dominio público radioeléctrico, que corresponden al Estado (art. 43.1), comprenden, entre otras funciones, el establecimiento de las condiciones para el otorgamiento del derecho al uso del espectro, la atribución de ese derecho y la comprobación del cumplimiento de tales condiciones (art. 43.2).

En los epígrafes siguientes se analizarán con mayor detalle la distribución de las competencias de gestión, planificación, administración y control entre los distintos órganos de la Administración del Estado, así como el régimen de los títulos habilitantes para el uso del dominio público radioeléctrico.

## **2. Novedades en la regulación del dominio público radioeléctrico.**

### **2.1. Creación de la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones.**

Una de las novedades más destacadas introducidas por la Ley 32/2003 es la creación de un nuevo organismo público, considerado Autoridad Nacional de Reglamentación (art. 46.1,e), es la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones (en adelante, AER) (art.47).

#### *2.1.1. Regulación y naturaleza jurídica.*

La AER es un organismo público con carácter de organismo autónomo, de acuerdo con lo previsto en el art. 43.1.a) de la ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, con personalidad jurídico-pública diferenciada y plena capacidad de obrar.

Se adscribe al MCYT, a través de la SETSI. Al Ministerio corresponde su dirección estratégica, la evaluación y el control de los resultados de su actividad (art. 47.2).

Se rige por la propia LGTel y las demás normas de aplicación (art. 47.1). En particular, su organización y funcionamiento se regirá por su propio Estatuto, que mediante real decreto y a iniciativa del MCYT y a propuesta conjunta de los Ministros de Hacienda y de Administraciones Públicas, deberá aprobar el Gobierno en un plazo no superior a un año desde la entrada en vigor de la Ley (art. 47.12 y 13); en el ejercicio de sus funciones públicas actuará de acuerdo con la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (art. 47.4); su régimen de contratación, adquisición y enajenación se rige por las normas generales de contratación de las Administraciones Públicas (art. 47.9).

La AER quedará efectivamente constituida en el momento y con los plazos que señale el real decreto que apruebe su Estatuto (art. 47.13).

### 2.1.2. *Funciones.*

La AER tiene por objeto la ejecución de la gestión del dominio público radioeléctrico en el marco de las directrices fijadas por el Gobierno, el MCYT y la SETSI, así como las demás normas que resulten aplicables (art. 47.5). Para el cumplimiento de dicho objeto, la ley atribuye a la AER un conjunto de funciones que se agrupan en torno a cuatro ejes básicos: las relacionadas con el otorgamiento de títulos habilitantes para el uso del dominio público radioeléctrico [art. 47.6,a), c), g) y h)] ; funciones inspectoras [art. 47.6, b), e), f)]; funciones de propuesta y desarrollo de planes técnicos [art. 47.6, a) y d)] y funciones de información y asesoramiento [art. 47.6,i) , j) y k)].

En concreto, para el cumplimiento de su objeto, la Agencia desarrollará las siguientes funciones que la Ley le atribuye en los términos que reglamentariamente se determinen (art. 47.6):

a) La propuesta de planificación, la gestión y la administración del dominio público radioeléctrico, así como la tramitación y el otorgamiento de los títulos habilitantes para su utilización, salvo cuando se limite su número.

Probablemente, es ésta la función más relevante de cuantas se atribuyen a la AER. Es el órgano competente para el otorgamiento de los correspondientes títulos habilitantes para el uso del dominio público radioeléctrico (afectación, autorización o concesión). Será objeto de análisis en un epígrafe específico.

b) El ejercicio de las funciones atribuidas a la Administración General del Estado en materia de autorización e inspección de instalaciones radioeléctricas en relación con los niveles de emisión radioeléctrica permitidos.

c) La gestión de un registro público de radiofrecuencias, accesible a través de internet, en el que constarán los titulares de concesiones administrativas para el uso privativo del dominio público radioeléctrico.

d) La elaboración de proyectos y desarrollo de los planes técnicos nacionales de radiodifusión y televisión.

e) La comprobación técnica de emisiones radioeléctricas para la identificación, localización y eliminación de interferencias perjudiciales, infracciones, irregularidades y perturbaciones de los sistemas de radiocomunicación.

f) El control y la inspección de las telecomunicaciones, así como la propuesta de incoación de expedientes sancionadores en la materia, sin perjuicio de las competencias establecidas en este ámbito por esta ley. En materias de competencia del MCYT o de la CMT, y a su solicitud, la AER realizará las funciones de inspección que le sean requeridas.

Hay que poner de manifiesto que la AER carece de potestad sancionadora. Sólo ostenta funciones inspectoras y de propuesta de incoación de expedientes sancionadores [art. 47,6,f)].

g) La gestión de la asignación de los recursos órbita-espectro para comunicaciones por satélite. La utilización del dominio público radioeléctrico necesaria para la utilización de los recursos órbita-espectro en el ámbito de la soberanía española y mediante satélites de comunicaciones queda reservada al Estado. Su explotación estará sometida al derecho internacional y se realizará, en la forma que reglamentariamente se determine, mediante su gestión directa por el Estado o mediante concesión (art. 43.3.II). En los casos en los que se opte por la gestión directa, ésta corresponderá a la AER.

h) La gestión en período voluntario de la tasa por reserva del dominio público radioeléctrico establecida en el apartado 3 del anexo I de la Ley, y la gestión y recaudación en período voluntario de las tasas de telecomunicaciones de las tasas de telecomunicaciones establecidas en el apartado 4 del citado anexo I, que se recauden por la prestación de servicios que tenga encomendada la Agencia de acuerdo con lo previsto en esta ley (v.gr. otorgamiento de títulos habilitantes, funciones inspectoras...), sin perjuicio de los convenios que pudiera establecer la AER con otras entidades y de la facultad ejecutiva de recaudación que corresponda a otros órganos del Estado en materia de ingresos públicos.

i) La elaboración de estudios e informes y, en general, el asesoramiento de la Administración General del Estado en todo lo relativo a la gestión del dominio público radioeléctrico.

j) La colaboración con la SETSI en la participación en los organismos internacionales relacionados con la planificación del espectro radioeléctrico.

k) La elaboración y elevación al MCYT de un informe anual sobre su actuación.

## **2.2. Transmisión de derechos de uso.**

Junto a la creación de la AER, la principal novedad introducida por la Ley 31/2003 en relación al espectro radioeléctrico es la posibilidad de transmisión de determinados derechos de uso del dominio público radioeléctrico (art. 45.2.III).

No obstante, la Ley se limita a atribuir potestativamente al Gobierno la competencia para fijar las condiciones para que la Administración autorice dicha transmisión y a establecer unos contenidos mínimos del reglamento que, eventualmente, redacte el Gobierno. Literalmente, establece que “reglamentariamente, el Gobierno *podrá fijar* condiciones para que se autorice por la Administración de telecomunicaciones la transmisión de *determinados derechos* de uso del dominio público radioeléctrico” (art. 45.2.III). Ni se impone al Gobierno la obligación de regular estas transmisiones, ni se concretan qué derechos de uso pueden ser objeto de transmisión.

En cualquier caso, la transmisión no eximirá al titular del derecho de uso cedente de las obligaciones asumidas frente a la Administración, -salvo los casos en los que el reglamento prevea la subrogación en los derechos y obligaciones del operador (art. 45.2.III *in fine*)- y deberán respetar las condiciones técnicas de uso establecidas en el cuadro nacional de atribución de frecuencias o en los planes técnicos o las que, en su caso, estén fijadas en las medidas técnicas de aplicación de la Unión Europea.

### **3. Competencias administrativas sobre títulos habilitantes para el uso de dominio público radioeléctrico.**

Las competencias en relación a la atribución de derechos de uso sobre el espectro se distribuyen entre diversas ANR. Así,

- Corresponde al *Gobierno* la *regulación*, mediante reglamento, de los *procedimientos de otorgamiento de derechos de uso* del dominio público radioeléctrico [art. 44.1,c)]. Asimismo, se atribuye al Gobierno la competencia para regular mediante reglamento las *condiciones asociadas a los títulos habilitantes* para el uso del espectro. Éstas deberán ser no discriminatorias, proporcionadas y transparentes y habrán de comprender las necesarias para garantizar el uso efectivo y eficiente de las frecuencias y en su caso, los compromisos contraídos por los operadores en los procesos de licitación (cfr. art. 44.2). También se atribuye al Gobierno la competencia para regular las condiciones de otorgamiento de títulos habilitantes para el uso del dominio público radioeléctrico para fines experimentales o eventos de corta duración (art. 45.3).

Como ya se ha expuesto, se atribuye al Gobierno la potestad de regular mediante reglamento las *condiciones de transmisión* de determinados derechos de uso del dominio público radioeléctrico (art. 45.2.IV).

- La *Agencia Estatal de Radiocomunicaciones* otorgará los *títulos habilitantes* para el uso del dominio público radioeléctrico, salvo que se otorguen en número limitado (art. 45.1). En cuyo caso, será el *Ministerio de Ciencia y Tecnología* el órgano competente para decidir la limitación, convocar el procedimiento de licitación y resolver sobre la adjudicación de la concesión demanial (art. 44.2).

El plazo para el otorgamiento de las autorizaciones y concesiones de dominio público radioeléctrico será de seis semanas desde la entrada de la solicitud en cualquiera de los registros del órgano administrativo competente, salvo que sea necesaria la coordinación internacional de frecuencias o afecte a reservas de posiciones orbitales (art. 44.1,c).

Aunque con carácter general corresponde a la AER el otorgamiento de los títulos habilitantes para el uso del espectro, ésta sólo dispone de funciones inspectoras y de propuesta de incoación de expedientes sancionadores [art. 45.6,f)], pero carece de potestad sancionadora para garantizar el cumplimiento de las condiciones del título. La potestad sancionadora sobre las infracciones en materia de espectro se atribuye al Ministerio, a través de la SETSI [art. 58, c)]

- Corresponde al *Ministerio de Ciencia y Tecnología*, previa audiencia de las partes interesadas, entre las que se incluyen las asociaciones de consumidores y usuarios, *limitar el número de concesiones demaniales* a otorgar sobre el dominio público para la explotación de redes públicas y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas con el objetivo de garantizar el uso eficaz del espectro radioeléctrico. En tal caso, el Ministerio, mediante Orden, convocará un procedimiento de licitación para el otorgamiento de las concesiones demaniales en número limitado, que habrá de resolver en el plazo de ocho meses desde la convocatoria. Mediante Reglamento y teniendo en cuenta los principios establecidos en la legislación patrimonial y de contratos de las Administraciones públicas, se concretarán las normas aplicables a la convocatoria de la licitación, al pliego de bases que deba aprobarse y a la adjudicación de la concesión demanial (art. 44.2).

De oficio o a instancia de parte, el propio Ministerio revisará la limitación cuando desaparezcan las causas que la motivaron (art. 44.2.I *in fine*).

También se atribuye al MCYT la competencia para modificar los títulos habilitantes a fin de atender las necesidades de la planificación y del uso eficiente y la disponibilidad del espectro en los términos establecidos reglamentariamente (art. 45.5). Para adoptar esta decisión se exige la previa audiencia de los interesados, del Consejo de Consumidores y Usuarios y, en su caso, de las asociaciones más representativas de los restantes usuarios e informe de la CMT. Paradójicamente, la Ley no exige el informe previo de la AER.

#### **4. Títulos habilitantes para el uso del dominio público radioeléctrico.**

La nueva Ley clarifica el régimen de los títulos habilitantes para el uso del dominio público radioeléctrico. Sin remisión a normas reglamentarias (cfr. art. 63.1 y 2 LGTel 1998), establece expresamente que según el tipo de uso, la habilitación para el ejercicio de los derechos de uso del dominio público radioeléctrico revestirá la forma de afectación, concesión o autorización administrativa [art. 44.1,d)].

Como regla general, se exige la concesión demanial (art. 45.2.II) y es competente para otorgarla la AER (art. 45.1), salvo el supuesto de limitación del número de concesiones demaniales, en cuyo caso, corresponde al MCYT (art. 44.2).

El plazo para el otorgamiento de las autorizaciones y concesiones de dominio público radioeléctrico será de seis semanas desde la entrada de la solicitud en cualquiera de los registros del órgano administrativo competente, salvo que sea necesaria la coordinación internacional de frecuencias o afecte a reservas de posiciones orbitales (art. 44.1,c). De este modo, se reduce el plazo de cuatro meses previsto en la legislación anterior (art. 62.V LGTel 1998).

Por el objeto de este estudio, no se pretende aquí realizar un estudio exhaustivo del régimen jurídico de los diversos títulos habilitantes. Tan sólo se hará unas breves menciones a la autorización administrativa y a la concesión y a las diferencias entre ellas.

i) La *autorización administrativa* es el título requerido para:

- El *uso especial y no privativo* del dominio público [art. 45.2,a)]. Tiene la consideración de uso especial no privativo del dominio público el realizado por radioaficionados y otros sin contenido económico, como los de banda ciudadana.

- El *uso privativo para autoprestación* por el solicitante, salvo en el caso de Administraciones públicas que requerirán de afectación demanial [art. 45.2,b)].

Obviamente, para la obtención de esta autorización no es preciso acreditar la condición de operador [arts. 43.4,b) y 45.2.II, a contrario].

ii) La *concesión administrativa* es el título requerido con carácter general para el *uso privativo* del dominio público radioeléctrico con la finalidad de explotar redes o prestar servicios de comunicaciones electrónicas *disponibles para el público*. Para el otorgamiento de esta concesión, los solicitantes deberán acreditar previamente su condición de “operador”, mediante la presentación de una certificación registral emitida por la CMT y acreditativa de su inscripción en el Registro de operadores (art. 31.2 LGEI) [arts.43,4,b) y 45.2.II].

En el nuevo marco legal y a diferencia de la Ley derogada (cfr. arts. 44.2 Ley 32/2003 y 63.4 LGTel 1998), sólo las concesiones pueden otorgarse en número limitado a fin de garantizar el uso eficaz del espectro. Corresponde al MCYT la decisión de la limitación, así como la tramitación y resolución del procedimiento de licitación (art. 44.2).

En los casos en los que no se limite el número de concesiones, las otorgará la AER.

La concesión se otorgará por los plazos que se determinen reglamentariamente, renovables en función de las disponibilidades y previsiones de la planificación del dominio público. La duración de la concesión varía en función de que se limite o no su número:

- Los derechos de uso privativo sin limitación de número se otorgarán por un período que finalizará el 31 de diciembre del año natural en que cumplan su quinto año de vigencia (art. 43.4,a);

- Los derechos de uso privativo con limitación de número tendrán la duración prevista en los correspondientes procedimientos de licitación, que, en todo caso, será de un máximo de veinte años renovables [art. 43.4,b)].

En cuanto al régimen jurídico supletorio, la Ley sólo se refiere a la legislación patrimonial y del contratos de las Administraciones públicas para los supuestos de limitación del número de concesiones demaniales (art. 44.2, último párrafo). En estas condiciones, cabe cuestionarse si esta legislación administrativa, en concreto la LCAP, es aplicable como régimen supletorio a cualquier tipo de concesión. Parece que la respuesta ha de ser afirmativa (análogicamente, art. 20.2). Así a la concesión será

aplicable con carácter supletorio el régimen establecido para la concesión de servicio público determinado por el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

Es la aplicación supletoria de este régimen de la concesión un elemento determinante en relación a las potestades de la Administración y la tutela de los derechos de los consumidores y usuarios. Cuando la Administración, en particular, la AER, observe el incumplimiento de las condiciones de la concesión de derechos de uso del dominio público deberá no sólo solicitar a la SETSI la incoación del correspondiente expediente sancionador, sino también instar la “resolución” del vínculo, además de las facultades de la Administración de intervención directa y de “rescate” del servicio, en este caso del dominio público radioeléctrico. La desaparición de la sanción “revocación del título habilitante” (cfr. art. 56 LGTel), motivada por la implantación de la autorización general para la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, no impide la “resolución” de la concesión de uso de dominio público radioeléctrico por aplicación del régimen de la concesión de la LCAP (arts. 111 a 113).

Obviamente, esto tiene importantes aplicaciones en relación con los operadores de redes y servicios móviles. El incumplimiento de las condiciones de uso del espectro radioeléctrico impuestas en la concesión demanial, justifica la “resolución” del vínculo o en otros términos, la revocación de dicha concesión y la imposibilidad de explotar tales redes o prestar dichos servicios. Por ser la AER el órgano encargado de otorgar las autorizaciones y concesiones demaniales, parece que también a ella ha de corresponder esta facultad resolutoria, sin perjuicio de la potestad sancionadora de la SETSI.

La falta de ejercicio de estas potestades administrativas (sancionadora y resolutoria) puede desencadenar la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños ocasionados a terceros y derivados del incumplimiento por los operadores de las condiciones de su título habilitante o de las normas reguladoras del uso del espectro (v.gr. daños a la salud ocasionados por emisiones radioeléctricas superiores a las permitidas), fundada en el deficiente funcionamiento de los servicios de inspección y control (arts. 121 LEF y 139 LRJAPC). Lo expuesto en el apartado IV.5.3 de este

estudio respecto a la responsabilidad de la Administración por la prestación de obligaciones de servicio público es de plena aplicación al supuesto ahora contemplado.

## **5. Infracciones y sanciones.**

Como ya se ha dicho, sin perjuicio de las funciones inspectoras y de propuesta para incoar expedientes sancionadores atribuidas a la AER, la potestad sancionadora en materia de espectro y en concreto en relación a los títulos habilitantes, corresponde al MCYT, a través de la SETSI (art. 58).

Son numerosos los comportamientos referentes al espectro tipificados por la LGTel y que, directa o indirectamente, constituyen una vulneración de los títulos habilitantes para el uso del dominio público radioeléctrico. Así se califican como infracciones muy graves o graves los siguientes comportamientos:

- La utilización de potencias de emisión notoriamente superiores a las permitidas o de frecuencias radioeléctricas sin autorización o distintas de las autorizadas [cfr. arts. 53,a) y 54,a)];
- El uso del espectro en condiciones distintas a las autorizadas, que provoque alteraciones que impidan la correcta prestación de otros servicios por otros operadores [arts. 53,b) y 54,e)];
- El incumplimiento grave o reiterado o simplemente, el incumplimiento por los titulares de concesiones, afectaciones demaniales o autorizaciones para el uso del dominio público radioeléctrico de las condiciones esenciales que se les impongan por el MCYT [arts. 53,c) y 54,q)];
- La transmisión total o parcial de concesiones o autorizaciones para el uso privativo del dominio público radioeléctrico, sin cumplir los requisitos establecidos [art. 53,d)].

- La producción deliberada de interferencias definidas como perjudiciales (cfr. Anexo II, apdo. 16<sup>70</sup>), incluidas las causadas por estaciones radioeléctricas que estén instaladas o en funcionamiento a bordo de un buque, de una aeronave o de cualquier otro objeto flotante o aerotransportado que transmita emisiones desde fuera del territorio español para su posible recepción total o parcial en éste [art. 53, e) y 54,c)].

- No atender el requerimiento hecho por la autoridad competente, - la AER [art. 47,e)]-, para el cese de las emisiones radioeléctricas, en los supuestos de producción de interferencias [art. 54,f)];

- Efectuar emisiones radioeléctricas que incumplan gravemente o simplemente incumplan los límites de exposición establecidos en la normativa de desarrollo del art. 44 de la Ley e incumplir gravemente las demás medidas de seguridad establecidas en dicha normativa, incluidas las obligaciones de señalización o vallado de las instalaciones radioeléctricas [arts. 53,f) y 54, h)].

- Permitir el empleo de enlaces procedentes del exterior del territorio nacional que se faciliten a través de satélites cuyo uso no haya sido previamente autorizado [art. 53,g)].

- El establecimiento de comunicaciones con estaciones no autorizadas [art. 54.6,g)].

Respecto a las *sanciones* se observan ciertas carencias en este aspecto. La LGTel sólo prevé la multa, la inhabilitación por un plazo máximo de cinco años y la amonestación pública o privada, según el tipo de infracción (art. 56). Pero ha desaparecido la sanción “revocación” del título [cfr. arts. 82.1,A).II y 82.4,B).I LGTel 1998].

## **6. Dominio público radioeléctrico y consumo: distribución de competencias.**

---

<sup>70</sup> Constituye *interferencia perjudicial* “toda interferencia que suponga un riesgo para el funcionamiento de un servicio de radionavegación o de otros servicios de seguridad o que degrade u obstruya gravemente o interrumpa de forma repetida un servicio de radiocomunicación que funcione de conformidad con la reglamentación comunitaria o nacional aplicable” (Anexo II, apdo. 16).

En principio, sólo la Administración de telecomunicaciones (Gobierno, MCYT o AER) ostenta competencias sobre el dominio público radioeléctrico en los términos expuestos en los apartados precedentes. Sin embargo, a poco que se profundice es posible encontrar ámbitos en los que las competencias de la Administración de telecomunicaciones, en particular MCYT y AER, pueden confluir con las competencias de la Administración de consumo (estatal o autonómica). Algunas de las infracciones tipificadas por la LGTel en relación a la utilización del espectro son susceptibles de ocasionar daños a los derechos e intereses de los usuarios. A saber:

*i)* El uso del espectro en condiciones distintas a las autorizadas, provocando alteraciones que impidan la correcta prestación de servicios por otros operadores [arts. 53,b) y 54,e)];

*ii)* El incumplimiento de condiciones esenciales del título en la medida en que éstas tengan como finalidad la protección de los usuarios [arts. 53,c) y 54,q)];

*iii)* La producción deliberada de interferencias perjudiciales [art. 53,e) y 54,c)] y correlativamente, el incumplimiento de los requerimientos de cese de las emisiones radioeléctricas, hechos por la autoridad competente [art. 54,f)]

*iv)* El incumplimiento de los límites de emisiones radioeléctricas y de las demás medidas de seguridad establecidas por la normativa de desarrollo del art. 44 LGTel [arts. 53,f) y 54,h)].

Estas conductas son susceptibles de lesionar dos bienes jurídicos dignos de protección: la utilización del espectro radioeléctrico en los términos legalmente establecidos, que pretenden garantizar su protección y uso eficaz [art. 3,d) LGTel] y los derechos de los consumidores y usuarios finales a la protección contra los riesgos que puedan afectar a su salud o seguridad [art. 2.1,a) LGDCU] y a la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales [art. 2.1,b) LGDCU], concretados en este ámbito en el derecho a recibir unos servicios de telecomunicaciones en adecuadas condiciones de elección, precio y calidad [art. 3,e) LGTel]. Corresponde a la Administración de telecomunicaciones la salvaguarda del bien jurídico mencionado en primer lugar. Resumidamente, el Gobierno regula las condiciones de uso del dominio público radioeléctrico y los procedimientos de otorgamiento de títulos sobre el mismo

[arts. 44.1,c), 44.2, 45.3 y 45.2.IV LGTel]; la AER otorga títulos habilitantes, salvo que estos se concedan en número limitado, en cuyo caso la competencia pertenece al MCYT (arts. 45.1 y 44.2 LGTel); la propia AER inspecciona el cumplimiento de las condiciones de uso del espectro y en su caso, insta la incoación del correspondiente expediente sancionador por el MCYT [art. 45.6,f) LGTel], que a través de la SETSI ejerce la potestad sancionadora [art. 58,c)].

Las atribuciones competenciales de la Administración de telecomunicaciones en atención a la protección del espectro no excluyen la atribución de competencias a la Administración de consumo, invocando como título competencial específico la defensa del derecho a la salud y seguridad de los consumidores y usuarios finales, así como sus legítimos intereses económicos. Este título competencial justifica la intervención de la Administración de consumo tipificando y en su caso, sancionando como ilícitos de consumo cualquiera de las infracciones citadas en este apartado referidas al uso del dominio público. La protección del espectro radioeléctrico constituye un fin en sí misma, pero ello no puede servir para negar las competencias administrativas atribuidas en atención a otros fines, -en concreto, la protección de los consumidores y usuarios finales-, simultáneamente vulnerados por la utilización ilícita del dominio público. Por ejemplo, la producción de interferencias que impiden la prestación de servicios a terceros constituye un uso ilícito del espectro, pero simultáneamente ocasiona daños a los usuarios que no pueden acceder a los servicios de terceros en adecuadas condiciones de elección y calidad; del mismo modo, las emisiones radioeléctricas superiores a los niveles permitidos suponen un uso ilegal del espectro y como tal ha de ser sancionado por la SETSI, pero simultáneamente suponen un riesgo para la salud de los usuarios (o ciudadanos en general) y como tal, ha de ser sancionado por el Ministerio de Sanidad y Consumo o en su caso, por el órgano competente de la administración autonómica.

Fruto de esta concurrencia competencial, las funciones inspectoras y fiscalizadoras de la AER, junto a la SETSI y de la Administración de consumo no son incompatibles. Unas y otras se orientan a la tutela de bienes jurídicos distintos y como tal, pueden coexistir, sin perjuicio de la inexcusable aplicación del principio *non bis in idem*.

Al margen de la potestad sancionadora en los términos indicados, no creemos que la Administración de consumo ostente ninguna otra competencia en relación al dominio público radioeléctrico.

## **VII. TUTELA PÚBLICA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES.**

Este último apartado y a modo de conclusión se exponen los diversos mecanismos con los que cuentan las Administraciones públicas para tutelar directa o indirectamente los derechos e intereses de los consumidores y usuarios. Se exponen de modo sistemático atribuciones competenciales a los que ya se ha hecho referencia a lo largo de este estudio.

### **1. Administraciones competentes.**

La nueva Ley pretende clarificar la distribución de competencias entre los diversos organismos que con funciones sobre el mercado de las telecomunicaciones (Gobierno, MCYT, SETSI, AER y CMT). Pero como ha quedado suficientemente justificado, no sólo estos organismos de la Administración estatal ostentan competencias sobre las redes y servicios de comunicaciones electrónicas. A continuación se exponen someramente las diversas Administraciones públicas que, directa o indirectamente, ostentan competencias en este sector.

#### ***1.1. Administración General del Estado.***

##### ***1.1.1. Autoridades Nacionales de Reglamentación.***

La nueva Ley, al igual que su predecesora, se promulga en ejercicio de la competencia exclusiva del Estado en materia de telecomunicaciones (art. 149.1.21º CE). La Ley confiere a distintos organismos integrados en la Administración General del Estados potestades de intervención sobre la explotación y prestación de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y sus recursos asociados. De modo directo (v.gr. aprobación de contratos tipo) o indirecto (v.gr. potestad sancionadora por vulneración de las condiciones de prestación de los servicios), estas intervenciones son

instrumentos de protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios. Estos organismos públicos son las denominadas “Autoridades Nacionales de Reglamentación de Telecomunicaciones”.

Tienen la consideración de Autoridad Nacional de Reglamentación de Telecomunicaciones (art. 46 LGTel):

- *El Gobierno*
- Los órganos superiores y directivos del *Ministerio de Ciencia y Tecnología* que, según la estructura orgánica del departamento, asuman las competencias de esta Ley. Actualmente, tales competencias se atribuyen a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información. En síntesis, el MCYT es competente en aspectos relativos a la regulación y control de las obligaciones de servicio público, –sin perjuicio de las competencias de la CMT en relación a la financiación del servicio universal–, la protección de los usuarios; la evaluación de conformidad de equipos y aparatos y la gestión del dominio público radioeléctrico.

- Los órganos superiores y directivos del *Ministerio de Economía* en materia de regulación de precios. En concreto, es la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos (CDGAE) la encargada de fijar los precios de los servicios de comunicaciones electrónicas (DT 3ª LGTel).

- *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*. A la CMT se le encomiendan funciones referentes a la intervención en el mercado en libre competencia y en las relaciones entre operadores (art. 48). En relación a la CMT, la nueva Ley regula su estructura, composición y funciones de la CMT, quedando derogada la Ley 12/1997. Sin perjuicio de su mayor protagonismo respecto al control de la competencia en el mercado, las demás funciones de la CMT se mantienen en términos prácticamente idénticos a los de la regulación precedente.

- *La Agencia Estatal de Radiocomunicaciones*, cuya función principal es la de atribución de títulos para el uso del espectro radioeléctrico, salvo cuando estos se otorguen en número limitado, la inspección del cumplimiento de las condiciones de uso

del dominio público radioeléctrico y en su caso, la incoación de expedientes sancionadores por la SETSI (cfr. art. 47 LGTel).

La Ley habilita al Gobierno para desarrollar mediante reglamento las diversas competencias que se atribuyen a estas ANR.

Junto a las ANR existen otros organismos públicos integrados en la Administración General del Estado a los que la LGTel también atribuye expresamente ciertas competencias. Por ejemplo, a la Agencia de Protección de Datos corresponde la competencia sancionadora sobre los incumplimientos de la normativa sobre protección de datos [art. 58 b)]<sup>71</sup>.

### *1.1.2. Administración de consumo.*

Pero además, sobre las redes y servicios de telecomunicaciones ostentan competencias los organismos de la Administración estatal de consumo (Ministerio de Sanidad y Consumo e Instituto Nacional de Consumo), a los que la LGTel no hace mención expresa. A estos se atribuyen competencias para la protección de los usuarios finales en los términos expuestos en este estudio (cfr. *supra* V.3 y VI.6).

## **1.2. Comunidades Autónomas.**

La atribución de competencias a la Administración General del Estado bajo el título competencial “telecomunicaciones” (art. 149.1.21<sup>a</sup> CE) no impide el reconocimiento de competencias a las CCAA sobre la explotación y prestación de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, fundadas en otros títulos competenciales [v.gr. urbanismo y ordenación del territorio (art. 148.1.3<sup>o</sup> CE), medio ambiente (art.148.1.9<sup>o</sup> CE) o protección de los consumidores<sup>72</sup>].

Como corresponde al objeto de este estudio, sólo se examinan las competencias de las CCAA sobre la explotación y prestación de redes y servicios de comunicaciones electrónicas comprendidas en el título competencial “defensa del consumidor”.

---

<sup>71</sup> Aunque la doctrina reconocía esta competencia, la LGTel de 1998 no la contemplaba expresamente.

<sup>72</sup> Como es sabido, aunque la Constitución no determina el régimen competencial aplicable en materia de consumo, todas las CCAA han asumido competencia normativa (plena o compartida) y ejecutiva en materia de defensa del consumidor y usuario.

## 2. Títulos de intervención.

La LGTel califica los servicios de telecomunicaciones como “servicios de interés general que se prestan en competencia”. Avanzando en el proceso de liberalización del mercado y como exige el nuevo marco regulador europeo, la Ley simplifica el acceso al mercado, suprimiendo el sistema de licencias individuales y autorizaciones generales, - en las que la Administración podía introducir condiciones-, y lo sustituye por el sistema de autorización general. Pero ni la transformación del sistema de títulos habilitantes ni la flexibilización de la nueva regulación conllevan la eliminación de la intervención pública y del control administrativo de las actividades de explotación de redes o prestación de servicios de comunicaciones electrónicas. Ya se han puesto de manifiesto los diversos títulos que justifican la intervención y control público de actividades realizadas en competencia. Estos son:

i) La calificación de las telecomunicaciones como servicios de interés general;

ii) La actividad de explotación de redes y/o de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas puede requerir el otorgamiento por la Administración de diversos títulos habilitantes. Estos tienen diversa naturaleza y efectos en función de su objeto. Correlativamente y en virtud de la naturaleza del título (v.gr. autorización *versus* concesión), las facultades de intervención de la Administración tienen mayor o menor alcance. La nueva Ley prevé los siguientes títulos habilitantes: la autorización general para la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas (art. 6); los títulos para la ocupación del dominio público y de la propiedad privada en los términos que determine la normativa dictada por las Administraciones titulares de dicho dominio o por las Administraciones con competencias en medio ambiente, salud pública, seguridad pública, defensa nacional, ordenación urbana o territorial y tributación por ocupación del dominio público (arts. 26 a 32); la asignación de recursos de recursos públicos de numeración (art. 16) y por último, los diversos títulos habilitantes para el uso del dominio público radioeléctrico (art. 45). Por lo que tienen de novedoso y de relevante en relación a la protección de los consumidores y usuarios, en este estudio sólo se han examinado dos de estos títulos: la autorización general para la

explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas y los títulos habilitantes para el uso del dominio público radioeléctrico.

iii) *La protección de los derechos de los consumidores y usuarios.* Como se ha expuesto, la tutela de los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios es un título que justifica la intervención y control de las Administraciones públicas sobre la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público. La invocación de este título suscita conflictos de competencia no sólo entre Estado y CCAA, sino también en el seno de la Administración estatal, entre la Administración de telecomunicaciones y la Administración de consumo. Estos conflictos habrán de resolverse conforme a los criterios ya expuestos (cfr. supra apdos. V.2, V.3 y VI.6).

### **3. Modalidades de intervención.**

Sin perjuicio de las competencias atribuidas a las CCAA en los términos expuestos, corresponde a la Administración estatal un papel protagonista en la organización, dirección y control de los mercados de explotación de redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.

Las intervenciones de la Administración pública sobre la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas relevantes desde la perspectiva de los usuarios se agrupan en torno a cuatro ejes: la potestad reguladora, la atribución de títulos habilitantes, la potestad sancionadora y otras . En concreto y a modo de síntesis, son las siguientes:

#### **3.1. Regulación.**

Al Gobierno, mediante reglamento, corresponde la definición de las condiciones de explotación de las redes y prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y su modificación (art 8.2 LGTel); la determinación de las obligaciones de servicio público y de las condiciones de su prestación, que incluye entre otros la definición de los parámetros de calidad (arts. 20.3, 22.4 y 25.5); la definición de los requisitos y condiciones asociadas a los títulos habilitantes para el uso del dominio público

radioeléctrico, entre otras relacionadas con la gestión del dominio público radioeléctrico (art. 44).

Al MCYT se le atribuye la potestad de desarrollar los reglamentos, controlar el cumplimiento de las obligaciones de servicio público (art. 20.4) y modificar las condiciones asociadas a los títulos habilitantes para el uso del dominio público radioeléctrico, cuando ello sea preciso para garantizar el uso eficaz del espectro (art. 44.2).

La CMT garantiza el cumplimiento de las condiciones de prestación de los servicios y de explotación de las redes y en su caso, la sanción de los incumplimientos en los términos que seguidamente se exponen.

### **3.2. *Atribución de títulos habilitantes.***

En general, el Gobierno define las condiciones de acceso al mercado. Determinando los procedimientos de obtención de títulos y las condiciones asociadas al propio título (cfr. arts. 6, 16.2 , 44 y 45).

La CMT atribuye las autorizaciones generales; la AER las autorizaciones y concesiones demaniales de uso del espectro radioeléctrico, cuando éstas no se otorguen en número limitado, en cuyo caso corresponde al MCYT. También corresponde a la CMT la asignación de recursos públicos de numeración y los títulos habilitantes para el uso del dominio público y la propiedad privada se otorgarán por las Administraciones territoriales competentes, dentro de los límites de la normativa estatal.

### **3.3. *Potestad sancionadora.***

#### **3.3.1. *Administración de telecomunicaciones.***

La Administración de telecomunicaciones podrá ejercer su potestad sancionadora cuando el operador incumpla los requisitos exigidos para la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas (ej. no realice la notificación previa al inicio de su actividad) [art. 53, t) LGTel] o cuando de forma grave

o reiterada incumpla las condiciones impuestas por la Ley o su normativa de desarrollo para la prestación de servicios o la explotación de redes de comunicaciones electrónicas [art. 53, s) LGTel]; o cuando simplemente incumpla estas condiciones [arts. 54.p]. Los dos primeros comportamientos se tipifican como infracciones muy graves, el último como infracción grave o leve del art. 55, e) que califica como infracción leve “cualquier otro incumplimiento de las obligaciones impuestas a operadores de redes o de servicios de comunicaciones electrónicas o de sus usuarios, previsto en las leyes vigentes, salvo que deba ser considerado como infracción grave o muy grave”.

Se ha de poner de manifiesto la amplitud y variedad de comportamientos que caben en la descripción de la infracción, así como la relevancia de esta potestad en relación con la tutela de los derechos de los usuarios. En cuanto “condiciones para la explotación de redes o la prestación de servicios” y sin perjuicio de otras infracciones expresamente tipificadas [ej. incumplimiento de derechos de protección de datos y salvaguarda de la privacidad de los arts. 53, z) y 54,r)<sup>73</sup> o el incumplimiento de los niveles de calidad ex arts. 53, m), 54, q) y 55,e)<sup>74</sup>] constituye infracción, -muy grave o grave-, el incumplimiento de las obligaciones en materia de conservación del número de abonado (art. 18 LGTel); de selección o preselección de operador (arts. 19 LGTel)<sup>75</sup>; el incumplimiento de las normas reguladoras de los derechos de los usuarios previstos por la Ley (art. 38.2), entre otros, el derecho a la desconexión de determinados servicios, previa solicitud del usuario (v.gr. servicios de tarificación adicional) o el derecho a obtener una compensación por la interrupción del servicio; o el incumplimiento de las restricciones sobre los precios que, en su caso, imponga la CDGAE (DT 3<sup>a</sup>) o de cualquier otra condición impuesta con la finalidad de salvaguardar los derechos de los usuarios finales (art. 8.1 LGTel).

---

<sup>73</sup> Art. 53. Se consideran infracciones muy graves:

z) La vulneración grave o reiterada de los derechos previstos por el art. 38.3, salvo lo previsto por el párrafo h), cuya infracción se registrará por el régimen sancionador previsto por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico.

Art. 54. Se consideran infracciones graves:

r) La vulneración de los derechos previstos por el art. 38.3, salvo que deba ser reconocida como infracción muy grave. Queda exceptuado el derecho previsto por el párrafo h), cuya infracción se registrará por el régimen sancionador previsto por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico.

<sup>74</sup> Incumplimiento reiterado de la obligación de mantener los niveles de calidad establecidos para la prestación.

<sup>75</sup> Estos comportamientos también podrán ser sancionados por la CMT en cuanto constituyan incumplimiento de condiciones determinantes de la adjudicación y asignación de los recursos de numeración incluidos en los planes de numeración debidamente aprobados [art. 53, x)].

Puede cuestionarse si el respeto a los derechos de los usuarios reconocidos por la Ley o sus normas de desarrollo constituyen auténticas “condiciones para la prestación de servicios o la explotación de redes de comunicaciones electrónicas” cuya infracción se tipifica en los arts. 53, s) y 54,p)<sup>76</sup>. En contra operan varios argumentos, que no son insalvables:

i) Los arts. 53, z) y 54,r) tipifican expresamente la vulneración de los derechos de los usuarios reconocidos en el art. 38.3, referentes a la protección de datos y nada dicen acerca de los derechos mencionados en el art. 38.2. En mi opinión la distinción se debe a que el art. 38.3 reconoce una serie de derechos a los que dota de un contenido mínimo que habrá de ser respetado en todo caso por la normativa de desarrollo; por el contrario el art. 38.2 se limita a enumerar los derechos que la normativa de desarrollo deberá regular. En este segundo caso, “las condiciones de prestación de servicios o explotación de redes” no son los derechos del art. 38.2, sino las normas que los regulen y desarrollen. En un sistema en el que, a diferencia del régimen precedente, no cabe la imposición de condiciones específicas a los títulos habilitantes para la prestación de servicios o la explotación de redes (arts. 11 y 16 LGTel 1998), tales normas se unen a las condiciones fijadas por la propia Ley (ej. obligaciones en materia de interconexión, de conservación de los números por los abonados, de utilización del espectro...etc.) y pasan a integrar el supuesto de hecho de los apartados mencionados de los arts. 53 y 54. Lo corrobora el art. 8.1: “La explotación de las redes y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas se sujetarán a las condiciones previstas en esta ley y su normativa de desarrollo, entre las cuales se incluirán las de salvaguarda de los derechos de los usuarios finales”;

ii) La ubicación del art. 38 en el Título III, “Obligaciones de servicio público y derechos y obligaciones de carácter público en la explotación de redes y en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas” y no en el Título II, “Explotación de redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de libre competencia”. No obstante, el citado art. 8.1 salva este obstáculo, al declarar que en “las condiciones previstas y su normativa de desarrollo” se incluyen “las

---

<sup>76</sup> Sobre esta cuestión v. CARRASCO PERERA, en “La Administración de las Telecomunicaciones”, *op.cit.*, pág. 876.

de salvaguarda de los derechos de los usuarios finales”. Esta mención sólo alcanza significado si se entiende que se refiere específicamente a las medidas que tengan por objeto directo la salvaguarda de “los derechos de los usuarios”, pues cualquier condición impuesta a los operadores (ej. interconexión, acceso, utilización del espectro) beneficia indirectamente a los usuarios, en cuanto incrementa la competencia del mercado y la calidad de los servicios.

iii) El propio art. 38.2 habla de “normas básicas de *utilización de servicios*”, mientras que las normas sobre condiciones de la actividad, hablan de condiciones de prestación de servicios o de explotación de redes [v.gr. arts. 8 y 53,s)] o “condiciones de ejercicio de la actividad” [art. 6.2]. Obviamente, se trata de dos caras de una misma moneda: uno utiliza los servicios en las condiciones que otro los presta. No obstante, parece vislumbrarse una cierta intención del legislador de no considerar los derechos de los consumidores y usuarios como condiciones de prestación del servicio, cuya infracción justifique la intervención de la Administración estatal.

iv) La consideración de los derechos de los usuarios como condiciones de prestación de los servicios, controlables por la Administración no sólo en cuanto “infracciones de consumo”, sino también en cuanto condiciones que reglamentan el desarrollo de una actividad en competencia plantea problemas en relación al principio *non bis in idem*, así como en cuanto a la distribución de las potestades sancionadoras entre la Administración competente en materia de telecomunicaciones y la Administración competente en materia de consumo. Sin embargo, estos problemas derivados de la duplicidad de títulos de intervención administrativa no son exclusivos de la nueva regulación. La normativa derogada preveía entre las condiciones que podían imponerse a los titulares de licencias individuales y autorizaciones generales, la “protección de los usuarios” (cfr. art. 11.4º LGTel 1998 y 10.3 Orden de Autorizaciones Generales<sup>77</sup> y arts 16.10 LGTel 1998 y 5.2 Orden de Licencias<sup>78</sup>) y tipificaba

---

<sup>77</sup> Orden del Ministerio de Fomento de 22 de septiembre de 1998, por la que se establece el régimen aplicable a las autorizaciones generales (BOE núm. 231, de 26 de septiembre de 1998). El art. 10.4 OA imponía a los titulares de una autorización general entre otras condiciones, la de “garantizar a los usuarios los derechos que, como tales, les corresponde, de acuerdo con la Ley General de Telecomunicaciones y el título IV del Reglamento de Obligaciones de Servicio Público (RD 1736/1998)”. A tales efectos, se exigía también que los titulares de autorizaciones generales dispusieran de un modelo de contrato que regulara las relaciones con los clientes.

<sup>78</sup> Orden del Ministerio de Fomento de 22 de septiembre de 1998, por la que se establece el régimen aplicable a las licencias individuales para servicios y redes de telecomunicaciones y las

expresamente “el incumplimiento [grave o reiterado] por los titulares de autorizaciones generales, de licencias individuales o de concesiones de las condiciones esenciales que se les impongan o de los acuerdos adoptados por la CMT, en el ejercicio de la facultad de interpretación de sus cláusulas generales y especiales” (arts. 79.16 y 80.15 LGTel 1998).

La simplificación del sistema de títulos habilitantes no puede suponer una reducción de los instrumentos de protección de los derechos de los consumidores y usuarios, reducción que se produce si se niega la consideración de los derechos de los usuarios como condiciones de prestación de los servicios, controlables por la Administración no sólo en cuanto “infracciones de consumo”, sino también en cuanto condiciones que reglamentan el desarrollo de una actividad en competencia<sup>79</sup>.

v) Quizá el argumento más difícil de superar es el derivado de la atribución de competencias sancionadoras. Corresponde a la CMT la competencia sancionadora sobre el incumplimiento de las condiciones de prestación de servicios o de explotación de redes [art. 58, a)]; mientras que la competencia sancionadora sobre otros comportamientos directamente relacionados con los usuarios, como el incumplimiento de las condiciones de calidad, se atribuye a la SETSI [art. 58, c)]<sup>80</sup>.

Por otra parte, es el propio Ministerio de Ciencia y Tecnología a quien compete aprobar los proyectos de contrato-tipo para la prestación de servicios a usuarios finales en los casos en los que ello se exija [art. 38.2,i)] o introducir cláusulas de modificación de estos contratos, para evitar el trato abusivo de estos (art. 38.7). Y es también el

---

condiciones que deben cumplirse por sus titulares (BOE núm. 231, de 26-9-2003). El art. 5.2 establecía entre las condiciones generales que deben cumplir los titulares de cualquier categoría de licencias individuales para la prestación de servicios a terceros o el establecimiento o explotación de redes públicas, las de “garantizar a los abonados y a los usuarios los derechos que como tales les corresponden, de acuerdo con la ley General de Telecomunicaciones, el título IV del Reglamento por el que se desarrolla el título III de aquella en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones, a las demás obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y a la explotación de las redes de telecomunicaciones, aprobado por el RD 1736/1998, de 31 de julio (...) y la demás normativa aplicable”.

<sup>79</sup> Sin perjuicio de cuestionar la eficacia de la intervención sancionadora para tutelar los derechos reconocidos a los usuarios, sirva como ejemplo de la reducción de garantías a las que se refiere el texto el siguiente. Si la infracción de los derechos de los usuarios se tipifica exclusivamente como “infracción de consumo”, sólo corresponde a las CCAA, o residualmente a la Administración estatal de consumo, la sanción de tales conductas cuando lesionen los derechos de los consumidores y usuarios finales en los términos de la LGDCU.

<sup>80</sup> A estos efectos no suscita ninguna duda interpretativa la atribución de la potestad sancionadora a la Agencia de Protección de Datos [art. 58, c)]. La especialidad de los comportamientos tipificados (vulneración de derechos de protección de datos) explica esta competencia.

MCYT el encargado de salvaguardar el cumplimiento de las obligaciones de servicio público (art. 20.4).

En este contexto, no parece encajar la competencia sancionadora de la CMT sobre el incumplimiento de las condiciones de prestación de los servicios o de la explotación de las redes derivadas de la protección de los derechos de los consumidores y usuarios. En la legislación derogada no se presentaba esta dificultad, pues sin perjuicio de la facilidad de la CMT para abocar a su competencia todo tipo de infracción, merced a su competencia general para emitir instrucciones y resoluciones, la CMT sólo tenía competencia para sancionar los incumplimientos de sus propias resoluciones, instrucciones y requerimientos. El resto de competencias sancionadoras, incluida la de los incumplimientos de las condiciones de los títulos habilitantes correspondían a la SETSI (art. 84 LGTel 1998). Cabe considerar que la atribución competencial en función del fin de protección de la norma (derechos de los consumidores y usuarios) es prevalente sobre la competencia concreta que se desarrolla y por ello, sería el MCYT, a través de la SETSI y no la CMT, el encargado de sancionar el incumplimiento de los derechos de los usuarios. Es el MCYT y no la CMT quien cuenta con los instrumentos de control adecuados (aprobación de contratos-tipo; modificación de cláusulas contractuales). De *lege ferenda* convendría modificar el art. 58 y reconocer expresamente esta competencia a la SETSI.

En *conclusión*, los derechos de los consumidores y usuarios finales de redes y servicios de comunicaciones electrónicas constituyen condiciones de prestación del servicio. Su infracción es sancionable por la Administración de telecomunicaciones. El título competencial invocada para ejercer esta potestad es la defensa de los derechos e intereses de cualquier categoría de usuarios finales (cfr. apdo. 35 Anexo II LGTel) y no sólo de los usuarios finales en el sentido del art. 1 LGDCU).

Las competencias sancionadoras para controlar el cumplimiento de las condiciones para la explotación de redes o la prestación de servicios se distribuyen entre diversos órganos de la Administración. En particular, corresponde:

- A la CMT, cuando se trate del incumplimiento de los requisitos para explotar redes o prestar servicios públicos de comunicaciones electrónicas (ej. ausencia

de notificación previa a la CMT) o el incumplimiento de las condiciones para la prestación de servicios o la explotación de redes [art. 58,a)].

- A la Agencia de Protección de Datos, para el incumplimiento de los derechos en materia de protección de datos del art. 38.3 [art. 58, b)].

- En los demás casos y cuando se trate de comportamientos incluidos en las competencias de la Administración General del Estado, corresponderá al Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información. En particular, el incumplimiento de los niveles de calidad [arts. 53,m; 54,q o 55, e)].

Las sanciones son la *multa*, la *inhabilitación* para la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, la *amonestación pública* y la *amonestación privada*. Obviamente, la cuantía de las multas varía en función de la calificación de la infracción; la inhabilitación por un plazo máximo de cinco años sólo se prevé respecto a las infracciones muy graves; la amonestación pública o publicación de la resolución sancionadora firme en el BOE y en dos diarios de difusión nacional se aplica a las infracciones graves o muy graves<sup>81</sup> y la amonestación privada a las infracciones leves (cfr. art. 56 LGTel). Todo ello en los términos que decida el órgano sancionador conforme a la LGTel y a la Ley 30/1992 (art. 56.2).

### 3.3.2. Administración de consumo.

A lo largo de este estudio se ha argumentado sobradamente que la atribución de la potestad sancionadora a la Administración de telecomunicaciones para la satisfacción de los fines que se la encomiendan, entre los que se encuentran la tutela de cualquier categoría de usuarios, no excluye la potestad sancionadora atribuida a la Administración autonómica o residualmente, al Ministerio de Sanidad y Consumo para la protección de los derechos de los consumidores y usuarios finales en el sentido de la LGDCU. No estimo preciso reiterar aquí las razones que corroboran esta afirmación, basta la remisión a los epígrafes V.2, V.3 y VI.6.

---

<sup>81</sup> La Ley sólo e prevé esta sanción para las infracciones graves. *A fortiori*, entendemos que también cabe su aplicación sobre las infracciones muy graves.

### 3.4. *Otras.*

Se incluyen en este apartado otras funciones o potestades administrativas más directamente tuitivas de los intereses y derechos de los consumidores y usuarios finales. Entre éstas, cabe citar:

- La regulación mediante real decreto de los derechos mínimos atribuidos por la Ley a los consumidores que sean personas físicas y otros usuarios finales (v.gr. derechos de información, de desconexión de ciertos servicios...etc.).
- La aprobación por el MCYT de los contratos tipo entre consumidores que sean personas físicas u otros tipos de usuarios finales y operadores que exploten redes o presten servicios de comunicaciones electrónicas a los que se les impongan obligaciones de servicio público o con poder significativo en el mercado;
- La modificación por el propio MCYT de los contratos celebrados entre los operadores y los consumidores que sean personas físicas y usuarios finales, para evitar el trato abusivo a éstos.
- La resolución de conflictos entre operadores y usuarios finales, mediante un procedimiento administrativo que definirá el MCYT, cuando se sometan a él los usuarios.

## VIII. CONCLUSIONES

Con toda probabilidad, la conclusión principal que deriva de este estudio es que el mantenimiento de la calificación de los servicios de telecomunicaciones como servicios de interés general en la Ley 32/2003 confiere a éstos un peculiar *status*, en el que se justifican intervenciones administrativas de regulación, vigilancia, control y sanción. Sin duda, estas diversas modalidades de intervención administrativa son instrumentos de tutela de los derechos de los consumidores y usuarios.

El nuevo régimen de títulos habilitantes establecido por la LGTel, en concreto la autorización general no implican la eliminación de la intervención administrativa como

ha quedado reiteradamente expuesto a lo largo del estudio. Intervención que a su vez también se justifica en otros títulos competenciales concurrentes con el de telecomunicaciones.

El último de los apartados del estudio recoge una síntesis de cuáles son las diversas administraciones competentes, los títulos justificantes de su intervención y las modalidades de dicha intervención.