

REVISTA DE

Administración Pública



CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

E. SCHMIDT-ABMANN

La ciencia del Derecho administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativas

M. CARLÓN RUIZ

El servicio universal de telecomunicaciones

R. FERNÁNDEZ ACEVEDO

La problemática cuestión de la rentabilidad en la explotación de los bienes y derechos patrimoniales. Su regulación jurídica en la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas

G. GARCÍA ÁLVAREZ

Los poderes normativos de las Administraciones independientes en el ámbito económico

I. SANZ RUBIALES

Silencio administrativo y prohibición de adquirir licencias contrarias al ordenamiento urbanístico

171

Madrid

Septiembre/Diciembre

2006

ISSN: 0034-7639

ESTUDIOS



JURISPRUDENCIA



CRÓNICA

ADMINISTRATIVA



BIBLIOGRAFÍA



Revista de Administración Pública
ISSN: 0034-7639, núm. 171,
Madrid, septiembre-diciembre (2006)

Consejo de Redacción

Director:

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *Universidad Complutense de Madrid*

Secretaría:

CARMEN CHINCHILLA MARÍN, *Universidad de Castilla-La Mancha*

José María Boquera Oliver, *Universidad de Valencia*
Antonio Carro Martínez, *Letrado de las Cortes Generales*
Manuel Francisco Clavero Arévalo, *Universidad de Sevilla*
León Cortiñas Peláez, *Universidad Nacional Autónoma de México*
Luis Cosculluela Montaner, *Universidad Complutense de Madrid*
Rafael Entrena Cuesta, *Universidad de Barcelona*
Tomás Ramón Fernández Rodríguez, *Universidad Complutense de Madrid*
Rafael Gómez-Ferrer Morant, *Universidad Complutense de Madrid*
Jesús González Pérez, *Universidad Complutense de Madrid*
Jesús Leguina Villa, *Universidad de Alcalá de Henares*
Ramón Martín Mateo, *Universidad de Alicante*
Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, *Universidad Complutense de Madrid*
Luis Morell Ocaña, *Universidad Complutense de Madrid*
Alejandro Nieto García, *Universidad Complutense de Madrid*
José Ramón Parada Vázquez, *Universidad Nacional de Educación a Distancia*
Fernando Sainz Moreno, *Universidad Complutense de Madrid*
Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Universidad Complutense de Madrid*
José Luis Villar Palasí, *Universidad Complutense de Madrid*

Declaración de interés público

«*Artículo único.* Se declara de "interés público" a la REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, fundada en el año 1950 por el *Instituto de Estudios Políticos*, en consideración a los elevados méritos que concurren en dicha publicación, en la que se contienen importantes estudios monográficos de Derecho Político y Administrativo, tanto nacional como de Derecho comparado, de gran trascendencia doctrinal, con difusión del estudio de dichas materias, y realizando una labor formativa y vocacional muy valiosa, cuyos efectos en la esfera de la Administración Pública son una evidente realidad actual.»

(Orden del Ministerio de Información y Turismo de fecha 10 de mayo de 1961.)

El Centro de Estudios Políticos y Constitucionales no se identifica necesariamente con los juicios de los autores de esta Revista

EL SERVICIO UNIVERSAL DE TELECOMUNICACIONES¹

MATILDE CARLÓN RUIZ

Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid

I. INTRODUCCIÓN: DEL SERVICIO PÚBLICO AL SERVICIO UNIVERSAL. EL SERVICIO UNIVERSAL DE TELECOMUNICACIONES COMO TÉCNICA DE SERVICIO PÚBLICO EN UN CONTEXTO LIBERALIZADO.—II. EL SERVICIO UNIVERSAL DE TELECOMUNICACIONES COMO «OBLIGACIÓN DE SERVICIO PÚBLICO»: SU ASCENDENCIA ANGLOSAJONA. PRINCIPIOS Y CARACTERÍSTICAS.—III. QUÉ: CONTENIDO —ACTUAL Y FUTURO— DEL SERVICIO UNIVERSAL DE TELECOMUNICACIONES: 1. *Los cuatro elementos del servicio universal en la actualidad: la accesibilidad*: A) Acceso a la red pública telefónica desde una ubicación fija. B) Guías telefónicas y servicios de información. C) Oferta *suficiente* de teléfonos públicos de pago. D) Especial atención a discapacitados y usuarios con necesidades sociales especiales. 2. *El carácter asequible del servicio universal en conexión con la cuestión de la financiación*.—IV. QUIÉN: MECANISMOS DE DESIGNACIÓN DEL OPERADOR OBLIGADO A PRESTAR EL SERVICIO UNIVERSAL: 1. *Perspectivas activa y pasiva en la garantía del servicio universal a la luz de los posibles modelos de prestación de los «servicios de interés económico general»*. 2. *Los mecanismos posibles para la designación del operador u operadores obligados a prestar el servicio universal: licitación pública y designación directa*.—V. CUÁNTO: LA FINANCIACIÓN DEL SERVICIO UNIVERSAL: 1. *Objetivos y principios de la financiación del servicio universal en el umbral de las ayudas de Estado*. 2. *Cálculo y valoración competitiva del coste neto del servicio universal. La valoración de la «carga injustificada»*. 3. *Las distintas fórmulas de financiación del servicio universal: la opción por la co-financiación desde el mercado*.—VI. CONCLUSIONES: ¿NUEVAS TÉCNICAS PARA NUEVOS TIEMPOS?—BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

Las telecomunicaciones han experimentado un proceso de liberalización que ha supuesto su transformación de un servicio público estricto a un «servicio de interés económico general». Ello implica que, en tensión con los principios de la libre competencia, se articula un sistema de obligaciones de servicio público entre las que destaca el servicio universal. Con él se identifica un estándar mínimo de servicios y prestaciones, fijado a nivel comunitario, al que deben tener acceso todos los ciudadanos a un precio asequible y con una calidad tasada con independencia de sus circunstancias geográficas, físicas y económicas. Este estudio analiza las tres grandes cuestiones abiertas por esta nueva técnica: QUÉ se garantiza; QUIÉN lo debe prestar, y CUÁNTO cuesta su prestación y, en su caso, cómo ha de financiarse.

Palabras clave: servicio público; servicio universal; telecomunicaciones.

ABSTRACT

Telecommunications have been liberalized, replacing a classical public service model for a model based in their consideration as «general interest economic services». This means

¹ Este estudio ha sido elaborado en el marco del Proyecto de Investigación titulado *Aspectos jurídicos de la liberalización económica y la introducción de la competencia (II). Especial atención a la defensa de la competencia* (SEJ-2005-09016 JURI), dirigido por el Prof. Dr. D. Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. Una versión del mismo fue presentada como Comunicación en el XVI Congreso de la Asociación Italo-Española de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en Génova entre los días 25 y 27 de mayo de 2006.

that a system of «public service obligations» have been settled in a difficult balance with free competition principles. One of these obligations is «universal service», by which a minimum standard of services and facilities at an affordable price and under quality requirements is fixed at European level for all citizens regardless of their geographical, physical or economical circumstances. This essay analyses the three main questions which are to be answered regarding this new technic: WHAT is covered by this guarantee; WHO is responsible for its provision and HOW MUCH does it cost and, how should it be financed, if required.

Key words: public service; universal service; telecommunications.

I. INTRODUCCIÓN: DEL SERVICIO PÚBLICO AL SERVICIO UNIVERSAL. EL SERVICIO UNIVERSAL DE TELECOMUNICACIONES COMO TÉCNICA DE SERVICIO PÚBLICO EN UN CONTEXTO LIBERALIZADO

En los últimos años no han sido pocos los que han alertado sobre una crisis del servicio público². Sin embargo, en el momento actual hay razones para afirmar que el servicio público ha resurgido —si es que alguna vez estuvo en verdadera crisis— para confirmarse como pieza clave de la intervención pública en las actividades económicas. El servicio universal de telecomunicaciones es buena prueba de lo que se dice.

Como en tantos otros ámbitos, en éste ha sido también una cierta confusión terminológica —cuando no llena de carga ideológica— la que ha propiciado encendidas polémicas sobre la cuestión. No en vano, el concepto de «servicio público» se presenta desde su origen como paradigma de la ambigüedad³. Rescatándolo del ámbito de la mitología fundamentadora de la acción pública⁴, es ya un lugar co-

² S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (2000: *in totum*) incardina esta «crisis del servicio público» en la «crisis del Estado social». Vid. también F. GARRIDO FALLA (2003: 441-456) y, en la misma obra colectiva, L. MARTÍN REBOLLO (2003: 633-645) y J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR (2003: 585-609), quien amplía su análisis comparado a los casos italiano, alemán y —cómo no— francés. En este último contexto, es de referencia ineludible el estudio del Consejo de Estado francés de 1994 titulado «Service public, services publics, déclin ou renouveau», *Etudes et documents. Conseil d'État* (1994), núm. 46.

³ La ambigüedad consustancial al término «servicio público» fue ya advertida por J. L. MEILÁN GIL (1968: 7-16), quien habla ya entonces de «crisis» del concepto. Vid. B. CHENOT (1953: 60), citado por C. CHINCHILLA MARÍN (1998), quien afirma que el servicio público constituye «el ejemplo más claro de una de esas nociones llamadas fundamentales cuyo contenido sólo ha podido ser precisado en breves períodos de tiempo y cuyos contornos se resquebrajan al compás de las contradicciones de las leyes y de las decisiones jurisprudenciales». La inevitable polisemia del término queda bien reflejada en el repaso que hace G. ARIÑO ORTIZ (1979) a todos los ámbitos del ordenamiento jurídico.

⁴ Vid. M. TRUCHET (1982: 429-430), quien considera al servicio público como «un mito que legitima (es decir, que es utilizado por los gobernantes para conferir a los ojos de los gobernados una legitimidad a) la acción pública». En sentido similar; vid. C. WIENER (1974: 325), L. NIZARD (1975: 91), J. CHEVALLIER (1979: 3) y, en España, por todos, J. L. VILLAR PALASÍ (1950: 53 y ss.; 1964: 195).

mún distinguir entre *teoría*, *ideología* y *técnica* de servicio público para intentar desbrozar el alcance de su supuesta crisis⁵: *teoría* de servicio público, como teoría explicadora de la esencia del Derecho administrativo; *ideología* de servicio público, arraigada en el convencimiento de que hay ciertas actividades de carácter prestacional que encierran un fuerte contenido de interés general en un contexto de solidaridad social que obliga a que su desarrollo sea objeto de especial atención por parte de los poderes públicos a los efectos de asegurar su prestación a todos los ciudadanos en determinadas condiciones, y *técnica* de servicio público, como técnica jurídica que busca garantizar la prestación de estas peculiares necesidades en las que confluye un interés general. Sobre la base de esta distinción no es discutible que la *teoría* del servicio público, tal y como fue formulada por la Escuela de Burdeos, entró en crisis hace mucho tiempo como teoría explicadora del Derecho administrativo. Pero ¿qué decir de la *ideología* del servicio público y de la *técnica* del servicio público?

Parece indudable que desde la década de los noventa del siglo xx se han producido unos cambios tecnológicos, económicos, sociales y, consecuentemente, políticos que han venido a trastocar los cimientos del Estado del bienestar o del Estado providencia. Desde un punto de vista jurídico, el punto de inflexión viene dado por las políticas comunitarias de signo liberalizador en múltiples sectores económicos. Ejemplo de ello es la política comunitaria en materia de telecomunicaciones, iniciada en los años noventa del pasado siglo con clara vocación liberalizadora, sobre la base de sucesivos «paquetes» de normas —particularmente Directivas⁶—. El último de ellos —el llamado «Paquete 2002»⁷— parte del —supuesto— éxito de los ins-

⁵ J. C. CASSAGNE (2000: 472-473) distingue entre institución de servicio público y las diversas técnicas que la dan contenido en cada momento. Vid. también S. MUÑOZ MACHADO (1998).

⁶ Se trata de un proceso *liberalizador* bien conocido. Vid. al respecto M. CARLÓN RUIZ (2000: 79-112) y la bibliografía allí citada.

⁷ Este nuevo marco regulador está constituido, como es sabido, por cuatro Directivas principales, una quinta relativa a la protección de datos y una Decisión sobre el espectro radioeléctrico. Concretamente, se trata de 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 marco)* (DO L 108, de 24 de abril de 2002, pág. 33); en el mismo *Diario Oficial*, 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 (Directiva de autorizaciones)*; 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 (Directiva de acceso)*; y 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 (Directiva de servicio universal)*; 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 (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas)* (DO L 201, de

trumentos previos para, en el umbral de la plena competencia, mantener las reglas sectoriales imprescindibles para hacerla efectiva antes de confiar definitivamente al Derecho general de la competencia la regulación del sector⁸.

Obligado por esta normativa comunitaria, el legislador español ha asumido —en efecto— un proceso de *liberalización* del sector de las telecomunicaciones⁹ como resultado del cual estas actividades han dejado de ser un *servicio público* en el sentido más clásico —es decir, actividades de titularidad pública entendidas en su totalidad, tal y como quedaban configuradas en la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones (LOT)¹⁰, y en el sucesivo contrato del Estado con Telefónica de 26 de diciembre de 1991¹¹—, para pasar a ser consideradas como actividades abiertas a la libre competencia.

No es, sin embargo, la libre competencia —ni en el nuevo paquete de 2002 ni en sus antecedentes— el único objetivo de lo que, no casualmente, se califica como *regulación*¹². La política comunitaria

31.7.2002), y la Decisión 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 (Decisión espectro radioeléctrico) (DO L 108, de 24.4.2002). Este marco regulatorio se completa con 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* (DO L 249, de 17.9.2002), aprobada en el marco del artículo 86.3 TCE.

⁸ La lógica del *proceso* es clara. Se trata, precisamente, de crear una normativa sectorial, de aplicación *ex ante* y de tendencia asimétrica que, de forma transitoria y cada vez menos intensa, permita reconducir el sector a las reglas generales del Derecho de la competencia, que se caracteriza, inversamente, por su carácter general, *ex post* y simétrico. Siguiendo esta lógica, una vez que una actividad ha quedado plenamente abierta a las reglas del mercado, el Derecho de la competencia ha de bastar para reaccionar frente a los riesgos para la propia competencia. Vid. una descripción más amplia de este proceso en el sector de las telecomunicaciones en M. CARLÓN RUIZ (2006).

⁹ En este sentido, asumimos el concepto más inmediato de *liberalización* como paulatino proceso de introducción de competencia en una actividad previamente sometida a titularidad pública. Este concepto se corresponde, en último término, con el que se contiene en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, que define «liberalizar» como «hacer liberal en el orden político o en el social a alguien o a algo», donde «liberal» se entiende —en su acepción sexta— como «partidario de la libertad individual y social en lo político y de la iniciativa privada en lo económico».

¹⁰ Vid. artículo 2.1 de la LOT, que no vino sino a dotar —por fin— de rango de Ley a una *publicatio* que hasta entonces estaba implícita en el contrato del Estado con la antecedente de la actual Telefónica —el primero de 1924 y el sucesivo de 31 de diciembre de 1945, sustancialmente idéntico al anterior—, a través del cual aquél concedía a esta empresa, en régimen de monopolio, la gestión indirecta de la práctica totalidad de las actividades de telecomunicaciones.

¹¹ Vid. Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Obras Públicas y Transportes de 14 de enero de 1992, por la que se dispone la publicación del contrato regulador de la concesión para la prestación de los servicios finales y portadores entre la Administración del Estado y «Telefónica de España, Sociedad Anónima» (BOE de 23 de enero de 1992). Este contrato se mantuvo parcialmente vigente hasta el 1 de agosto de 2003, fecha en la que se aprobó el Acuerdo del Consejo de Ministros para su transformación en el marco de la LGTel98, a pesar de que ya se había aprobado la LGTel03.

¹² Sobre el concepto mismo de «regulación», de tradición norteamericana, vid. G. ARI-

en materia de telecomunicaciones —o, para ser más fieles a la terminología vigente, en materia de comunicaciones electrónicas— asume como punto de partida que estas actividades económicas, en su cariz prestacional, son «servicios *de interés económico general*», de modo que los poderes públicos no pueden desentenderse de su garantía, bajo unos estándares básicos y en condiciones tasadas de calidad y precio, a todos los ciudadanos.

Se trata, en efecto, de servicios «*económicos*» —lo que implica que se prestan en régimen de libre competencia— que se cualifican por concurrir en su garantía un «*interés general*» derivado de su carácter esencial para los ciudadanos, al menos en un nivel de prestación básico. No parece necesario argumentar, desde esta perspectiva, que el concepto comunitario de «*servicio de interés económico general*» —acuñado originalmente en el bien conocido artículo 86.2 del Tratado¹³ y, sucesivamente, en el artículo 16, introducido por el Tratado de Maastricht¹⁴, y en el artículo 36 de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*¹⁵— es manifestación de la *ideología* del servicio público, ya que este mismo concepto parte de reconocer que en determinadas actividades económicas —y, entre ellas, las de telecomunicaciones— concurren rasgos de *esencialidad* respecto de las necesidades de los ciudadanos que pueden justificar excepciones al principio basilar de la libre competencia.

En definitiva, donde falle el mercado para garantizar ciertos niveles de prestación de los servicios cualificados como «*de interés (económico) general*», los poderes públicos deben *intervenir* para garanti-

ÑO ORTIZ y J. M. DE LA CUÉTARA (2000: 9-26), quienes destacan cómo esta misma expresión refleja un cambio en el paradigma de la ordenación de sectores económicos liberalizados; S. BRACONNIER (2001: *in totum*), insistiendo también en el referente anglosajón, y S. MUÑOZ MACHADO (2004: 1172 y ss.).

¹³ La doctrina sobre el artículo 86, que incorpora —como es sabido— una suerte de *lex specialis* para estos servicios, por excepción de las reglas generales del Tratado, «*en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada*», es muy amplia. Por su conexión con el sector de las telecomunicaciones, nos interesan especialmente las reflexiones de T. DE LA QUADRA-SALCEDO (1995) y K. NOMDEN (1997: 7-8).

¹⁴ Con este nuevo artículo, en referencia al cual la Conferencia adoptó la Declaración núm. 13, se trató de vincular este concepto, muy nítidamente, con los objetivos de cohesión económica, social y territorial, como contrapeso a la elevación de rango del objetivo de «competitividad». Vid. al respecto T. DE LA QUADRA-SALCEDO (2000: 3-5), F. LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO (1999: 298), L. MARTÍN REBOLLO (2003: 639) y L. M.^a Díez-PICAZO (2002: 250-251).

¹⁵ Vid. la *Carta* firmada y proclamada por los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión el 7 de diciembre de 2000, con ocasión del Consejo Europeo de Niza y en el contexto de la adopción del propio Tratado de Niza, que garantiza el acceso a los servicios de interés económico general para todos los ciudadanos de la Unión (*DOCE C 364/17*, de 18.12.2000). Al respecto, vid. L. M.^a Díez-PICAZO (2002: 249-250) y L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (2003: 515-523), quien enlaza la vinculatoriedad de esta previsión —por encima de las limitaciones de la propia Carta— con el propio artículo 16 del Tratado.

zar el acceso de todos los ciudadanos a esos servicios esenciales. Poco separa este planteamiento del que en su momento avanzara DUGUIT¹⁶, pero esa *intervención* de los poderes públicos no tiene por qué encontrar manifestación en una sola *técnica*. Es en el plano de la *técnica* de servicio público en el que la crisis se manifiesta de forma más tangible a resultas de las políticas comunitarias de signo liberalizador y, particularmente, en materia de telecomunicaciones.

Junto con la *técnica* más clásica del servicio público —entendida en términos de titularidad pública de la globalidad de la actividad, con independencia de que la gestión se mantenga en mano pública o se difiera a un particular¹⁷— aparecen *técnicas* nuevas, específicas para cada ámbito sectorial. Así lo ha venido a reconocer plenamente la propia Comisión Europea en su *Comunicación sobre los servicios de interés general en Europa*, cuya primera versión —de 1996¹⁸— fue objeto de actualización en septiembre de 2000¹⁹, y en los sucesivos *Libros Verde y Blanco sobre los Servicios de Interés General*²⁰. La clave está en que, en cada sector, se elija la *técnica* más adecuada en aplicación de tres principios fundamentales: el *principio de neutralidad* —entre operadores públicos y privados—²¹; el *principio de proporcionalidad* en aplicación del propio apartado 2 del artículo 86 TCE, muy especialmente²², y el *principio de libertad* de los Estados

¹⁶ En palabras de L. DUGUIT (1913: 50), «en suma, la noción de servicio público parece que puede formularse así: toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y controlado por los gobernantes, porque es indispensable para la realización y desarrollo de la interdependencia social y porque es de tal naturaleza que no puede ser asegurada completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante». Es inevitable coincidir con L. MARTÍN REBOLLO (1983: 2471-2542, y, más recientemente, 2003: 629-632 y 644-645) cuando defiende la vigencia de la tesis de DUGUIT sobre el servicio público en sentido amplio sobre la base de insistir en el elemento finalista implícito en el mismo.

¹⁷ Abundando en la necesaria distinción entre titularidad y gestión al hablar de servicio público en sentido estricto, vid. G. ARIÑO ORTIZ (1978: *in totum*) y J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ (2003: 696).

¹⁸ Vid. DOCE C-281/3, de 26 de septiembre de 1996. Vid. al respecto P. BAUBY (1997: 96-97).

¹⁹ Comunicación de 20 de septiembre de 2000 (vid. DOCE C-17/4, de 19 de enero de 2001).

²⁰ Vid. *Libro Verde sobre los Servicios de Interés General*, de 21 de marzo de 2003 [COM (2003) 270 final], con el que la Comisión Europea quiso abrir un debate a nivel comunitario sobre la conveniencia de adoptar una Directiva marco en la materia, opción ésta que ha sido rechazada por el momento. Así ha quedado reflejado en el Libro Blanco de 12 de mayo de 2004 [COM (2004) 374 final]. En todo caso, las conclusiones de la consulta pública abierta por el Libro Blanco pueden ser consultadas en el Anexo II del mismo y en un documento específico: *Informe relativo a la consulta pública sobre el Libro Verde sobre los servicios de interés general*, SEC (2004) 326, de 15 de marzo de 2004.

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

²² Sobre el principio de proporcionalidad en el ordenamiento comunitario, vid. D. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO (2004: 587 y ss., particularmente 654-659), en relación con la

miembros para determinar cuáles sean estos servicios y su propio alcance, sin perjuicio del control de los «errores manifiestos». Principio este último que conecta con el de subsidiariedad, pero que no impide que en ciertos casos, como es precisamente el de las telecomunicaciones, las propias instancias europeas se hayan adelantado en la definición de unos estándares a nivel comunitario.

Este estándar comunitario queda concretado en el servicio universal de telecomunicaciones, peculiar *técnica* de servicio público para este ámbito²³. Nos detendremos a continuación en sus peculiaridades, si bien cuanto de nuevo o viejo se encierre en esta técnica de servicio universal será objeto de reflexión al final de estas páginas.

II. EL SERVICIO UNIVERSAL DE TELECOMUNICACIONES COMO «OBLIGACIÓN DE SERVICIO PÚBLICO»: SU ASCENDENCIA ANGLOSAJONA. PRINCIPIOS Y CARACTERÍSTICAS

Tanto la derogada Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (LGTel98), como la vigente Ley 32/2003, de 3 de noviembre, del mismo nombre (LGTel03), parten de considerar las telecomunicaciones —en plena sintonía con la normativa comunitaria en la materia— como «*servicios de interés general que se prestan en régimen de libre competencia*» (art. 2.1), lo que implica construir un sistema de «obligaciones de servicio público» entre las que destaca el «servicio universal».

El servicio universal es, en efecto, una —la más importante— de las llamadas «*obligaciones de servicio público*». Con estas obligaciones se pretende, en los términos de lo dispuesto en el artículo 20 de la LGTel03, «*garantizar la existencia de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, de adecuada calidad en todo el territorio nacional a través de una competencia y una libertad de elec-*

aplicación de este principio a los servicios de interés económico general —y el correlativo desplazamiento del principio de igualdad—, aplicación caracterizada por basarse en reconocer un amplio margen de discrecionalidad a los Estados miembros a la hora de definir los ámbitos de tales servicios. Algo que no ocurrirá, en rigor, en el caso de las telecomunicaciones, como veremos inmediatamente, dado que la normativa comunitaria establece por sí misma la caracterización de estas actividades como servicios de interés económico general e incluso regula una técnica precisa para su garantía: el servicio universal.

²³ Entendemos esta expresión —«universal»— en el sentido más estricto, ya que no en vano la noción de «universalidad» —sin connotaciones técnico-jurídicas— es consustancial a toda fórmula histórica de intervención pública cuyo fin sea el aseguramiento de ciertas prestaciones a la colectividad. No ha de resultar, por ello, paradójico que, tal y como nos recuerda S. CASSESE (1999: 91-93), el término «servicio universal» se utilizara precisamente por primera vez para asegurar el monopolio de ATT sobre las telecomunicaciones norteamericanas, como justificación de la necesidad de interconectar las redes de telefonía preexistentes.

*ción reales, y tratar las circunstancias en que las necesidades de los usuarios finales no se vean atendidas de manera satisfactoria por el mercado». Queda, pues, meridianamente claro que con las obligaciones de servicio público —y, entre ellas, con las de servicio universal— se trata de responder a los fallos en que pueda incurrir el mercado a los efectos de garantizar determinadas *prestaciones* a todos los ciudadanos en determinadas condiciones. Carácter prestacional de las «obligaciones de servicio público», que explica que se les aplique supletoriamente la regulación del contrato de gestión de servicios públicos (art. 20.2 LGTel03) y que permite distinguirlas de las «obligaciones de carácter público» que identifica la propia LGTel03 como obligaciones que pretenden garantizar necesidades o valores en los que concurre, igualmente, el interés general, pero referidos a elementos accesorios a los servicios, no a su propio contenido prestacional²⁴.*

Las «*obligaciones de servicio público*» se explican en la lógica de la liberalización como una consecuencia inevitable del abandono de la titularidad pública —entendida en términos omnicomprendivos— de una actividad económica que, sin embargo, sigue manteniendo su carácter de prestación esencial para los ciudadanos. Así pues, cuando a través de un proceso de liberalización —como el ocurrido en el ámbito de las telecomunicaciones— la actividad queda abierta a la libre competencia, es necesario evitar el riesgo de que el desenvolvimiento libre del propio mercado no garantice determinadas prestaciones a los ciudadanos, y para ello surgen las obligaciones de servicio público como obligaciones de contenido prestacional que se imponen a todos o algunos operadores de forma suplementaria a las obligaciones que se derivan del estatuto ordinario de un operador de comunicaciones electrónicas con el fin de que presten determinado servicio o facilidad al margen de criterios meramente comerciales. Obligaciones por cuyo cumplimiento serán compensados, en la medida en que ello les suponga un perjuicio competitivo no justificable²⁵, a través —incluso— de mecanismos de financiación en los que se puede exigir la aportación de los demás operadores.

Es precisamente esta peculiar fuente de compensación —correla-

²⁴ Se trata de la protección de los derechos fundamentales implicados en los procesos de comunicaciones electrónicas, el secreto de las comunicaciones, la protección de datos personales y la protección de consumidores y usuarios, tal y como disponen los artículos 33 a 38 LGTel03 y el artículo 23.d) RSU05.

²⁵ En estos términos, la imposición a determinados operadores de obligaciones suplementarias de servicio público y, en particular, de servicio universal no resultará, *per se*, anticompetitiva, siempre y cuando —y así lo recuerda la Directiva 2002/22/CE, por referencia a los compromisos asumidos en el seno de la Organización Mundial de Comercio (OMC)— estas obligaciones «*sean administradas de manera transparente y no discriminatoria y con neutralidad en la competencia y no sean más gravosas de lo necesario para el tipo de servicio universal definido*».

tiva al requisito intrínseco de la asequibilidad— la que, con todo, introduce una diferencia sustancial entre el servicio universal y las demás obligaciones de servicio público, que encontrarán justificación en la defensa nacional, la seguridad civil o la protección de las personas, la cohesión territorial, la extensión de determinados servicios, la comunicación entre determinados colectivos o la garantía de la fehaciencia del contenido de lo comunicado²⁶. El servicio universal se diferencia de estas «otras» obligaciones en que aquél engloba un estándar mínimo —fijado a nivel europeo, esto es determinante— de servicios y facilidades que deben ser —como veremos— *accesibles* y, además, *asequibles* a todos los usuarios: de ahí, precisamente, su consideración como servicio *universal*. Esto es lo que justifica, precisamente, en la concepción comunitaria del servicio universal de telecomunicaciones, que sólo estas prestaciones puedan —no deban— ser financiadas a partir de mecanismos de reparto internos al propio mercado: cualquier otra obligación de servicio público podrá ser, por propia naturaleza, objeto de compensación económica, pero en tal caso las compensaciones deben provenir de fuentes distintas a los propios operadores, principalmente por la vía de subvenciones públicas²⁷ que, como tales, deben reconducirse al régimen de ayudas de Estado y, particularmente, en atención a las premisas de la jurisprudencia *Altmark* al tratarse, en principio, de compensaciones por el cumplimiento de obligaciones de servicio público²⁸.

Sobre esta última cuestión volveremos al tratar del régimen de financiación del servicio universal en el apartado V. Nos interesa ahora detenernos en el alcance preciso del servicio universal. Concretamente, el servicio universal de telecomunicaciones queda identificado en el artículo 22.1 de la LGTel03 como «*el conjunto definido de servicios cuya prestación se garantiza para todos los usuarios finales con independencia de su localización geográfica, con una calidad determinada y a un precio asequible*». De este modo, el ordenamiento español recibe —a través del ordenamiento comunitario que traspone— una nueva técnica de servicio público —de clara raigambre an-

²⁶ Vid. artículo 25 de la LGTel03, que atribuye al Gobierno la competencia para imponer a los operadores estas otras obligaciones de servicio público. Conviene advertir, en todo caso, que, mediante Providencia de 24 de febrero de 2004, el Tribunal Constitucional ha admitido a trámite un recurso de inconstitucionalidad, promovido por el Gobierno de la Generalitat de Catalunya, en relación con los apartados 1 y 2, letras *a*), *b*) y *c*), de este artículo (Providencia núm. 581/2004, BOE núm. 59, de 9-03-2004, pág. 10284).

²⁷ La propia Directiva de servicio universal concibe esta posibilidad en su artículo 32.

²⁸ Vid. STJCE de 24 de julio de 2003 (asunto C-280/00, *Altmark Trans*), calificada de histórica por la Comisión en su Libro Blanco de 2004. Sobre esta jurisprudencia, vid. B. BOISSARD (2004: 1173- 1190), quien destaca cómo la jurisprudencia *Altmark* viene a aclarar las divergencias habidas hasta entonces entre el Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal de Justicia, y S. ACIERNO y J. BAQUERO CRUZ (2004: 169-190).

glosajona²⁹, y más particularmente norteamericana³⁰— que pretende ser mecanismo de cierre del armazón regulatorio que, como consecuencia del proceso de liberalización en la materia, sustituye a los antiguos sistemas de servicio público en sentido estricto³¹. Con ello se pretende dar forma a la necesidad de asegurar que en un entorno liberalizado se siga garantizando para todos los ciudadanos un determinado mínimo de prestaciones de telecomunicaciones considerado como irrenunciable y, de este modo, asegurar a cada uno la *plena pertenencia a la colectividad*, en feliz expresión de BAUBY³².

Aparecen así, de forma inmediata, en la propia definición legal del servicio universal los elementos de accesibilidad y asequibilidad y, de forma conexas, calidad. Siendo la cuestión de la calidad accesoria —lo que no implica, ni mucho menos, reducir su importancia—, los elementos de accesibilidad física y asequibilidad están en el tuétano del servicio universal: de poco sirve garantizar la conexión a la red de telecomunicaciones en todo el territorio —tanto en zonas rurales, incluso en zonas de orografía complicada, como en el centro

²⁹ El carácter anglosajón de esta fórmula no ha de sorprender, en palabras de J.-F. AUBY (1998: 89-90), dado que «teniendo en cuenta que en la Unión Europea se ha adoptado una orientación claramente liberal, han sido las técnicas utilizadas por las economías liberales las que han sido privilegiadas para desarrollar una reglamentación liberal de las actividades de servicios colectivos en detrimento de las técnicas de economías menos abiertamente liberales (...)» (la traducción es nuestra). En sentido similar, J. VANDAMME (1997: 37). Sobre el contraste entre el modelo europeo y el modelo anglosajón —y particularmente norteamericano— de provisión de prestaciones esenciales, las llamadas *public utilities*, vid. M. A. SENDÍN GARCÍA (2003: 13-37).

³⁰ Sobre el sistema norteamericano de servicio universal, vid. J.-J. LAFFONT y J. TIROLE (2000: en especial, 217-264), quienes afirman que se fundamenta en el doble criterio de la redistribución y del desarrollo regional, lo que se manifiesta en un doble programa que tiene inmediato reflejo en el doble objetivo que asume esta técnica en el ordenamiento comunitario cuando distingue, como veremos, «servicios no rentables» y «zonas no rentables». Aun así, conviene advertir que, hoy por hoy, el sistema norteamericano de servicio universal incorpora, junto con los programas *Low-Income* —en particular, el programa *Lifeline assistance*, previsto en la Sección 254 (j) de la *Telecommunications Act* norteamericana, de 8 de febrero de 1996, y en la Sección 69.117 del título 47 del *Code of Federal Regulations*— y *High-Cost*, un programa específico para las escuelas y un programa para garantizar el acceso a las prestaciones sanitarias en zonas rurales a través de medios telemáticos.

³¹ El recurso de las instancias comunitarias a la técnica del servicio universal se remonta a la fase intermedia del proceso liberalizador, una vez que la pieza esencial de su contenido —el servicio de telefonía fija— se plantea como paso último del proceso de apertura a la competencia. El Consejo, sobre la base de los planteamientos de la Comisión, aprobó una Resolución de 7 de febrero de 1994 *sobre los principios del servicio universal en el sector de las telecomunicaciones* (DO C 048/1, de 16 de febrero de 1994), comentada por J. M.^a SOUVIRÓN MORENILLA (1998: 315-316) y G. ARIÑO ORTIZ (1999: 767-770). Este planteamiento sigue vigente en el marco vigente, después de haber sido reiterado en múltiples documentos posteriores, en los que se enriquece la perspectiva. De particular interés son dos Comunicaciones de la Comisión de 1996: una, de ámbito general, que se titula *El servicio universal de telecomunicaciones ante la perspectiva de un entorno plenamente liberalizado. Un elemento fundamental de la Sociedad de la Información* [COM (96) 73 final, de 13 de marzo de 1996]; otra, más específicamente referida a la compleja cuestión de la financiación, y a la que posteriormente haremos referencia en el texto.

³² Vid. P. BAUBY (1997: 95).

de los núcleos urbanos— si no se controlan los precios a cobrar por tal conexión —minorando los costes de la conexión más alejada o siendo sensible a las posibilidades de los abonados socialmente más débiles, aunque residan en núcleos urbanos—. Lo mismo sirve, aunque no lo haga explícito el artículo que define el servicio universal —lo que es de lamentar—, cuando se trata de hacer no sólo *accesibles*, sino —también— *asequibles* los elementos que componen el servicio universal a los usuarios discapacitados.

No bastan, sin embargo, los tres elementos citados para caracterizar plenamente el servicio universal. A la accesibilidad, asequibilidad y calidad, que caracterizan el *alcance* del servicio universal, hay que unir otros elementos o criterios que permiten delimitar su *contenido* y, en primer lugar, su carácter evolutivo en atención a los cambios tecnológicos y, de forma muy vinculada, económicos y sociales a los que habrá que atender para concretar el ámbito de esta específica obligación de servicio público. Carácter evolutivo que sólo se puede entender a la luz del principio de subsidiariedad —respecto del mercado—³³ y en función de un dato clave: el carácter esencial, básico, *de minimis* del servicio universal³⁴.

La virtualidad del sentido evolutivo y subsidiario del servicio universal tiene una doble manifestación: primero, en el plano normativo, en la definición por las normas, primero comunitarias, del alcance del servicio universal³⁵; en segundo lugar, en el plano de la

³³ Como decíamos, el carácter evolutivo del servicio universal no puede dejar de contemplarse en paralelo con su carácter subsidiario respecto del mercado, lo que implica tanto una lectura positiva como negativa. Desde la primera perspectiva, como clara manifestación del principio de adaptabilidad, en la medida en que una nueva tecnología se afiance y, de forma paralela, se integre en los estándares de vida de la colectividad, deberá ser integrada como nuevo elemento del servicio universal; así ha quedado demostrado, como veremos, en la incorporación del acceso funcional a Internet como elemento del servicio universal. En una lectura negativa, en la medida en que el mercado haya madurado lo suficiente como para garantizar la prestación espontánea de un determinado elemento del servicio universal, éste dejará de ser considerado como tal por resultar ya innecesario intervenir para asegurar su garantía. Posibilidad esta última que, si bien puede parecer utópica para algunos de los elementos del servicio universal, al menos considerados en su conjunto —como la conexión a la red—, puede pasar del plano de la hipótesis a la realidad en relación con elementos más accesorios —como la prestación de las guías y de los servicios de consulta—.

³⁴ J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR (2003: 608) critica la consideración de mínimos con la que se ha perfilado el servicio universal, si bien hay que precisar que esta consideración es consustancial a la idea misma de garantía de unos «estándares» en un contexto de libre competencia. La clave estará, en todo caso, en que la delimitación de ese «estándar mínimo» no sea restrictiva y respete el carácter evolutivo igualmente consustancial al servicio universal.

³⁵ En el plano normativo, la concatenación entre los principios señalados —carácter evolutivo, subsidiario y esencial— encuentra, en efecto, clara manifestación en el obligado proceso de revisión del contenido del servicio universal que queda articulado, a escala comunitaria, en el artículo 15 de la Directiva de servicio universal, que se remite a su Anexo 5 para establecer los criterios conforme a los cuales la Comisión deberá valorar la conveniencia de tal revisión. Criterios que se reconducen a un doble test: el riesgo de exclusión social

aplicación, en tanto en cuanto sólo será preciso designar a un operador —en los términos que veremos— para prestar el servicio universal normativamente definido cuando se observe que el mercado no garantiza su prestación espontáneamente.

Se puede, en definitiva, concluir que bajo el concepto de servicio universal se cualifica un nivel mínimo de servicios o prestaciones calificables de esenciales en un determinado momento y lugar que el usuario tiene derecho a reclamar, y de cuya adecuada prestación los poderes públicos no se pueden desentender aun cuando el mercado no los preste de forma espontánea. Precisamente por ello, no ha de extrañar que el Derecho positivo —concretamente, el art. 20.3 de la LGTel03 y los arts. 24 y 26 del RSU05³⁶— identifique como principios que presiden todo el régimen del servicio universal los de igualdad, transparencia, no discriminación, continuidad, adaptabilidad, disponibilidad y permanencia, aplicables con carácter general en relación con el cumplimiento de las obligaciones de servicio público. Obsérvese que en esta enumeración se unen a los principios más clásicos del servicio público —que encuentran formulaciones en cierto modo reiterativas: igualdad/no discriminación/disponibilidad, continuidad/permanencia y adaptabilidad³⁷— los principios de transpa-

a la vista del grado de disponibilidad de determinados servicios para los consumidores (uso por la mayoría, muy enlazado con su carácter esencial) y la identificación de los beneficios netos generales que se deriven de su disponibilidad y la consecuente justificación de la intervención pública para suplir la ineficacia del mercado para su prestación (fallo de mercado, como consecuencia del principio de subsidiariedad). Ambos elementos —que recuerdan de forma muy intensa, dicho sea de paso, a los criterios empleados por DUGUIT para identificar el ámbito del servicio público; vid. nota 16— deben concurrir de forma simultánea para que un determinado servicio o prestación sea integrado en el servicio universal. De modo que si un servicio de uso generalizado es prestado espontáneamente de forma accesible y asequible por el mercado, no será garantizado como parte del servicio universal —como concluye la Comisión que ocurre en el caso de la telefonía móvil— y, a la inversa, aun cuando el mercado falle en su prestación, no deberá garantizarse ésta a través del servicio universal si el servicio o prestación en cuestión no es de uso generalizado —como es el caso, según la Comisión, del acceso a la banda ancha, lo que no impedirá que los Estados miembros asuman su garantía a través de «otras» obligaciones de servicio público no financiables desde el mercado—. Vid. Comunicación de 24 de mayo de 2005 en la que propone no modificar el ámbito actual del servicio universal a nivel comunitario [*Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa a la revisión del alcance del servicio universal de conformidad con el artículo 15 de la Directiva 2002/22/CE*, COM (2005) 203].

³⁶ Bajo estas siglas nos referimos al *Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios*, aprobado mediante el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril.

³⁷ Nótese, en efecto, la similitud entre estos principios y los clásicos del servicio público, destacada por C. CHINCHILLA MARÍN (1999: 265). En rigor, estos principios coinciden con los que en su momento formulara ROLLAND como «leyes del servicio público»; vid. L. ROLLAND (1947: 18). Desde este punto de vista sustantivo, se ha afirmado que la técnica de servicio universal, lejos de reducir o limitar los fines o principios de la técnica de servicio público en sentido propio, suma a los valores que componen la «trinidad» que lo definen tradicionalmente —*continuidad, igualdad y adaptabilidad*— uno nuevo: la calidad. Así lo resalta, de hecho, E. MALARET I GARCÍA (1998: 84).

rencia, objetividad, no discriminación, proporcionalidad y mínima distorsión del mercado, de clara tradición comunitaria y, en último término, anglosajona.

Se puede concluir, en definitiva, que las dos tradiciones que confluyen en la nueva técnica de servicio universal —de servicio público, francesa; de servicio universal, anglosajona— encuentran manifestación en la LGTel03 y en el RSU05 para configurar una lista completa de principios que, en todo caso, se deben interpretar como complementarios. De hecho, su propia comprensión exige relacionarlos en su sentido y alcance, pues responden a la tensión intrínseca a los «servicios de interés económico general» entre competencia e interés general. Los principios más clásicos del servicio público formulados en el artículo 20.3 de la LGTel03, por su propia razón de ser, adoptan como perspectiva clara la posición del ciudadano como beneficiario de la garantía de servicio universal; los principios de filiación comunitaria —y, en último término, anglosajona— que han quedado volcados en el artículo 26.3 del RSU05 atienden más propiamente a la condición de los operadores que deben prestar y/o financiar los elementos que componen el servicio universal, ya que su perspectiva es la del máximo respeto a las reglas de la competencia en la delimitación e imposición de las obligaciones de servicio universal. Unos y otros principios son especialmente relevantes en la regulación del servicio universal, ya que servirán de guía interpretativa para la delimitación de los múltiples conceptos jurídicos indeterminados de los que, como veremos, está plagada³⁸.

* * *

Sobre las bases sentadas en las páginas que preceden es necesario analizar cuál sea, hoy por hoy, el contenido concreto del servicio universal de telecomunicaciones, así como las claves de su régimen jurídico, cuyos elementos principales son los mecanismos de designación del operador u operadores obligados a prestar el servicio universal y los de su financiación. Se trata, en definitiva, de responder a tres preguntas claves: QUÉ servicios o prestaciones quedan englobados en el servicio universal, QUIÉN deba prestarlo y CUÁNTO cuesta la prestación del servicio universal y, en definitiva, en qué términos se plantea su financiación. Estas cuestiones serán tratadas en los apartados que siguen.

³⁸ Así lo apuntábamos ya en C. CHINCHILLA MARÍN y M. CARLÓN RUIZ (2003: 188-189).

III. QUÉ: CONTENIDO —ACTUAL Y FUTURO— DEL SERVICIO UNIVERSAL DE TELECOMUNICACIONES

1. *Los cuatro elementos del servicio universal en la actualidad: la accesibilidad*

La delimitación del ámbito de garantía del servicio universal no es una cuestión en absoluto baladí. Asumida esta técnica como modelo de garantía de ciertas prestaciones a los ciudadanos, el concreto perfil con que se definan marcará el difícil equilibrio entre la posición de los usuarios, la de los operadores —especialmente el o los obligados a garantizar estas prestaciones— y, en último término, la de los propios poderes públicos responsables del sistema, incluyendo en este caso el doble plano de las instancias comunitarias y el Estado español. Aspecto este último en el que es crucial recordar que todo exceso de la norma española en la definición del ámbito del servicio universal fijada por la normativa comunitaria impediría recurrir a la financiación desde el mercado para compensar por el coste de su prestación.

Son cuatro los elementos que componen *actualmente* el servicio universal de telecomunicaciones (art. 22 LGTel03): acceso a la red telefónica pública desde una ubicación fija; prestación del servicio de guías telefónicas y del correspondiente servicio de información sobre su contenido; oferta suficiente de teléfonos públicos de pago, y especial atención a los discapacitados y a los usuarios con necesidades sociales especiales.

A) *Acceso a la red pública telefónica desde una ubicación fija.*

El elemento principal del servicio universal de telecomunicaciones —su «exigencia básica», en la expresión de la Directiva 2002/22/CE— consiste en la garantía de que todos los usuarios finales —con independencia de sus circunstancias económicas, físicas y geográficas— puedan obtener una conexión a la red telefónica pública *desde una ubicación fija*³⁹ —novedad favorable al principio de neutralidad

³⁹ Para el lector no familiarizado con el Derecho de las telecomunicaciones puede ser necesario advertir que el concepto de «red pública» no se vincula, en absoluto, a un criterio de titularidad pública de la red, sino a su dedicación, total o parcial, a la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público, es decir, de servicios a los que cualquier usuario puede, en principio, abonarse, sin que su disponibilidad quede vinculada a la pertenencia a un determinado «grupo cerrado de usuarios». Así se desprende de lo previsto en el apartado 29 del Anexo a la LGTel03.

tecnológica⁴⁰—. Esta conexión a la red les permitirá acceder a la prestación del servicio telefónico fijo disponible al público —incluyendo la posibilidad de emitir y recibir llamadas nacionales e internacionales—, así como el servicio de datos, permitiendo el acceso «funcional» a Internet —ya incorporado a la garantía del servicio universal, adelantándose a las exigencias comunitarias, en una previa reforma de la LGTel98⁴¹—. Se trata, es evidente, de una prestación de fundamental importancia, cuya materialización en la práctica ha generado no pocas dificultades⁴².

No se trata —conviene tenerlo presente— de una garantía ilimitada. El derecho de los usuarios finales a obtener acceso a la red telefónica pública no es absoluto, sino que se limita a los supuestos en los que la correspondiente solicitud sea considerada «razonable en los términos que reglamentariamente se determinen». Si bien parece conveniente acotar el alcance de esta obligación, la apelación a lo que no deja de ser un concepto jurídico indeterminado puede generar el riesgo de que el operador obligado a la prestación del servicio universal de telecomunicaciones intente, de forma encubierta, vaciar su contenido garantista, riesgo que se tiende a limitar con las precisiones del artículo 29 del RSU05 acerca de lo que deba entenderse por «solicitud razonable» —vinculándola a criterios urbanísticos, no siempre de forma clara⁴³— y con el reconocimiento de la competen-

⁴⁰ Debemos, en efecto, reparar en que la nueva LGTel03 ya no se refiere —como la LGTel98— a una conexión a la «red pública telefónica fija», sino a la «conexión a la red telefónica pública desde una ubicación fija». Este cambio —manifestación del principio de neutralidad tecnológica— es capital porque permite flexibilizar las exigencias de este elemento del servicio universal mediante la aplicación de tecnologías que, sin ser identificables con una red fija entendida en sentido estricto —ya que no implican alcanzar el domicilio del usuario mediante una conexión de cable—, sí que permiten la conexión con la red telefónica pública «en una ubicación fija», como la tecnología TRAC (Telefonía Rural de Acceso Celular), aplicada en zonas rurales de Galicia y Asturias.

⁴¹ La importancia de haber incorporado al apartado a) del artículo 22.1 de la LGTel03 una expresa referencia al «acceso funcional a Internet» es capital, ya que ha sido precisamente en este aspecto en el que se ha manifestado más claramente hasta ahora el carácter evolutivo del servicio universal. Si bien el artículo 37.1 de la LGTel98 no hacía referencia expresa a la garantía del acceso funcional a Internet, la Ley 34/2002, de 11 de julio, *de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*, en su disposición final tercera, añadió una nueva disposición transitoria a la LGTel98, en virtud de la cual se imponía al operador designado para la prestación del servicio universal la obligación de garantizar, en determinados plazos, el acceso funcional a Internet de todos los abonados, y en particular a los conectados mediante la ya mencionada tecnología de Telefonía Rural de Acceso Celular (TRAC). Sobre esta previsión, vid. C. CHINCHILLA MARÍN y M. CARLÓN RUIZ (2003: 167-169, en nota).

⁴² Así lo demuestran, de hecho, múltiples resoluciones de la CMT, en las que este organismo —en el marco de la anterior LGTel98— se vio obligado a puntualizar el alcance del servicio universal en relación con la necesaria garantía de la conexión a la red telefónica fija. En la mayoría de los casos, la Comisión se vio obligada a intervenir ante la renuencia del operador obligado a garantizar la conexión, particularmente en municipios rurales —así, en las Resoluciones de 30 de septiembre de 1999, 2 de diciembre de 1999, 15 de junio de 2000, 29 de junio de 2000, 20 de julio de 2000, 18 de enero de 2001 y 21 de diciembre de 2002—.

⁴³ Vid. nuestros comentarios al respecto en M. CARLÓN RUIZ (2006).

cia última del Director General de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información para decidir sobre la cuestión.

B) *Guías telefónicas y servicios de información.*

Un segundo elemento del servicio universal, accesorio respecto del que garantiza el acceso a la red pública de telefonía desde una ubicación fija, se refiere a la provisión de guías telefónicas y de un servicio de información sobre las mismas. Con ello se pretende que estén disponibles para todos una guía y un correlativo servicio de información *unificados* de ámbito general —incluyendo, esto es fundamental, a todos los abonados, sea cual sea su operador—, algo que sólo se puede garantizar si se asegura que tal guía y servicio son efectivamente elaborados y prestados bajo unos estándares mínimos y puestos a disposición de todos los abonados y usuarios finales, de forma gratuita o a un precio asequible, respectivamente⁴⁴. Lo que no impide —evidentemente, en un contexto competitivo— que se elaboren y comercialicen otras guías y servicios de información que aporten valor añadido a los que quedan garantizados por el servicio universal, a cuyos efectos será fundamental delimitar muy claramente el ámbito de estas prestaciones del servicio universal, ceñidas al carácter «esencial» o básico de las mismas, dejando plenamente expedito para la libre competencia el ámbito de las prestaciones suplementarias⁴⁵.

En lo que coinciden, como no podía ser de otro modo, la guía y el servicio generales y las guías y servicios en competencia es en el pleno sometimiento a la normativa en materia de protección de da-

⁴⁴ La importancia de este segundo elemento del servicio universal no es baladí. No ya sólo en sí mismo considerado, desde la perspectiva estricta de la «filosofía» del servicio universal, sino también —en un contexto más amplio— como pieza clave para hacer posibles los principios basilares de la LGTel03, como el incentivo de la utilización del servicio telefónico, promoviendo el desarrollo del sector y, particularmente, asegurando que esto se producirá en condiciones de competencia efectiva. En la medida en que los usuarios finales del servicio telefónico —sean o no abonados— puedan conocer los números de *todos* los abonados, hayan contratado o no el servicio con el mismo proveedor —he aquí la clave de la cuestión—, aumentará la utilización del servicio en garantía de la competencia real entre los distintos operadores, ya que todos los abonados serán accesibles con independencia de a qué operador esté abonado cada uno de ellos.

⁴⁵ En el ámbito de los servicios de consulta telefónica, el afán de delimitar en términos más nítidos el servicio universal de los servicios en competencia se ha plasmado en la asignación a Telefónica, como operador —como veremos— transitoriamente obligado a la prestación del servicio universal, de números distintos para la prestación del servicio de consulta de servicio universal y del servicio de consulta en competencia. Concretamente, la resolución de la CMT de 7 de noviembre de 2002 asignó el número 11818 al servicio de consulta nacional enmarcado en el servicio universal y dos números distintos para el servicio en competencia —el 11822, para el servicio nacional, y el 11825, para el internacional—.

tos. Particularmente en relación con las guías telefónicas generales —y, por reflejo, respecto de los servicios de consulta—, el artículo 22.1.b) de la LGTel03 —reiterado en el 30.1 del RSU05— advierte que todos los abonados al servicio telefónico —fijo o móvil— tienen derecho a figurar en dichas guías, mientras que el 38.6 garantiza expresamente el derecho a no figurar en las guías competitivas. Aparente contradicción que se supera a la luz de la normativa específica en materia de protección de datos —derivada de 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*⁴⁶—, que en esta cuestión se ha visto endurecida para incorporar un sistema de OPT-IN, según el cual el abonado sólo figurará en las guías, sean del tipo que sean, si así lo ha solicitado o, al menos, autorizado expresamente⁴⁷. Lo que no dejará de plantear dificultades en la práctica si tenemos en cuenta la doctrina ya consolidada de la Agencia de Protección de Datos en aplicación de la normativa derogada, menos garantista⁴⁸.

C) *Oferta suficiente de teléfonos públicos de pago.*

El tercer elemento que configura el contenido actual del servicio universal de telecomunicaciones se refiere a la existencia de una «*oferta suficiente*», en todo el territorio nacional, de «*teléfonos públicos de pago*» situados en el dominio público de uso público⁴⁹. Según la expresión del legislador en el artículo 22.1.c) de la LGTel03, muy cercana a la del artículo 6 de la Directiva 2002/22/CE, esta oferta debe satisfacer «*razonablemente las necesidades de los usuarios finales, en cobertura geográfica, en número de aparatos, accesibilidad de*

⁴⁶ Ésta es, en efecto, la Directiva relevante, por más que el artículo 5.2 de la Directiva de servicio universal se remita a la Directiva 97/66/CE, entonces todavía vigente y que ha sido sustituida por la 2002/58/CE.

⁴⁷ La situación de las guías ya existentes se salva con una disposición transitoria específica, la DT 7.ª RSU05.

⁴⁸ Vid., entre otras, las Resoluciones del Director de la Agencia de 18 de marzo de 2005, 28 de abril de 2005, 14 de mayo de 2005 y 24 de junio de 2005.

⁴⁹ En el apartado 33 del Anexo a la Ley se identifica por «teléfono público de pago» —en plena sintonía con el artículo 2.a) de la Directiva 2002/22/CE— todo «teléfono accesible al público en general y para cuya utilización pueden emplearse como medios de pago monedas, tarjetas de crédito/débito o tarjetas de prepago, incluidas las tarjetas que utilizan códigos de marcación». Contra lo que pudiera dar a entender la simple lectura de esta definición legal, las precisiones del artículo 32.1 RSU05 mantienen en el nuevo marco la limitación establecida en el marco regulatorio anterior, de modo que sólo quedan cubiertos por el servicio universal los teléfonos públicos de pago sitos en el dominio público no afecto a un servicio público, así como —transitoriamente— los teléfonos que se encuentren en dependencias municipales (DT 2.ª).

estos teléfonos por los usuarios con discapacidades y calidad de los servicios»⁵⁰.

Se trata, con este tercer elemento del servicio universal, de facilitar el acceso al servicio telefónico fijo disponible al público a aquellos usuarios finales que, de forma continuada o esporádica, quieran utilizar el servicio fuera de sus domicilios⁵¹. A estos efectos, en el RSU05 se concretan los mínimos para considerar una oferta suficiente en cada ámbito geográfico base de la designación del operador obligado a su prestación en unos términos que recortan las previsiones de la normativa derogada: por regla general, ya no se exige la instalación de un terminal en todos los municipios, sino sólo en los que tengan, como mínimo, 500 habitantes, sumando un terminal más por cada 1.500 habitantes⁵². Tendencia a la reducción —cuando menos— discutible⁵³, pero que queda transitoriamente salvada⁵⁴.

En todo caso, la garantía última del cumplimiento de este ele-

⁵⁰ Se precisa, además, que tales cabinas deben hacer posible efectuar llamadas de emergencia de forma gratuita sin tener que utilizar ninguna forma de pago, utilizando el número único de llamadas de emergencia 112 y otros números de emergencia españoles.

⁵¹ Piénsese tanto en el uso de los teléfonos públicos de pago por abonados que se encuentren de paso como, sobre todo, por parte de usuarios finales que no hayan contratado el servicio en sus domicilios por muy variadas circunstancias, particularmente de cariz social o económico. En definitiva, con este nuevo componente del servicio universal se busca garantizar de forma plena los mismos objetivos contemplados en el primero: todos los ciudadanos ven así asegurado el acceso al servicio telefónico fijo, tanto si quieren abonarse al servicio como si pretenden simplemente utilizarlo a través de los teléfonos públicos de pago.

⁵² En los municipios que no superen aquel nivel de población, la instalación del teléfono público de pago sólo se convierte en obligación para el operador designado si concurren —de forma alternativa— una serie de circunstancias especificadas por el propio RSU05: *«la existencia de una distancia elevada a facilidades similares, la baja penetración del servicio telefónico fijo, la falta de accesibilidad del servicio telefónico móvil o la elevada tasa de población flotante»*.

⁵³ Aunque en el actual estadio de desarrollo de las comunicaciones electrónicas, y en particular de penetración del servicio de telefonía fija y, en otro plano, móvil, no parece falta de lógica la tendencia a reducir el ámbito real de este elemento del servicio universal, no debiera traducirse en la reducción de la virtualidad de este importante componente del servicio, máxime si se tiene en cuenta que, antes y ahora, se produce una dificultad en la aplicación de las reglas de delimitación de mínimos, acentuada por los planteamientos restrictivos de la vigente. Y es que la mención expresa al «municipio» como entidad local de referencia puede excluir del ámbito del servicio universal núcleos de población que, en buena lógica, deberían estar perfectamente cubiertos por esta medida. Piénsese que en determinadas zonas del territorio nacional —como Asturias— el municipio abarca distintos núcleos de población desperdigados, circunstancia que hubiera merecido una atención particular —más matizada— por parte de la norma.

⁵⁴ Conviene advertir que el alcance del cambio queda transitoriamente salvado toda vez que la disposición transitoria segunda del RSU05 incorpora una regla que obliga a TESAU, como operador transitoriamente designado para prestar el servicio universal, a mantener la oferta existente en todos sus extremos, salvo que los Ayuntamientos interesados soliciten o aprueben cambios solicitados por el operador, siempre en atención a mejorar la posición de los usuarios. Esta previsión será aplicable, como veremos, hasta el 31 de diciembre de 2007, por efecto de lo previsto en el apartado 1 de esta misma disposición transitoria del RSU05.

mento del servicio universal reside en el dato de que corresponde, como no podía ser de otro modo, al Director General de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información decidir si en un caso concreto debe instalarse o no un teléfono público de pago en cumplimiento de las reglas referidas. Son, sin embargo, obviamente, los Ayuntamientos los que decidirán acerca de las condiciones de instalación de los terminales en su dominio público, cuestión que no ha dejado de generar dificultades en la práctica por la concurrencia de otros interesados con el mismo fin.

D) *Especial atención a discapacitados y usuarios con necesidades sociales especiales.*

En los apartados *d)* y *e)* —y, para un aspecto concreto, *c)*— del artículo 22.1 de la LGTel03 se recoge un último componente del servicio universal que trata de atender a las especiales necesidades que concurren en determinados colectivos más débiles a los efectos de lograr su acceso efectivo a los otros elementos del servicio universal, y muy particularmente a su elemento principal, es decir, el acceso a la red pública telefónica desde una ubicación fija. Concretamente, se establecen medidas a favor de los usuarios finales discapacitados —en la medida en que su discapacidad afecte a su *accesibilidad* al servicio universal— y de los que se encuentren en condiciones sociales más frágiles.

En relación con los usuarios discapacitados —con los que la propia LGTel03 parece mostrarse especialmente sensible⁵⁵—, el marco vigente se limita a concretar una garantía de *equiparabilidad* de las condiciones de acceso de estos usuarios respecto de las de los usuarios sin discapacidad. Se ha perdido, con ello, la oportunidad de profundizar en una línea apuntada en el marco derogado, y que la Directiva de servicio universal contempla en términos potestativos, dirigida a favorecer que estos usuarios finales «*puedan beneficiarse de la capacidad de elección de operadores de que disfruta la mayoría de los usuarios finales*» (art. 22.2).

Así pues, las medidas arbitradas por la LGtel03 y el RSU05 (arts. 33.2 y 32.4, respectivamente) se limitan a darles a estos usuarios acceso a determinados elementos del servicio universal en condiciones *equiparables* al resto de los usuarios y, en particular, se recogen medi-

⁵⁵ Así cabría reconocerlo al comprobar que en el Consejo Asesor de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información —órgano asesor del Gobierno en la materia— se ha contemplado expresamente que este colectivo esté específicamente representado (vid. apartado 3 de la disposición adicional quinta de la Ley).

das en relación con los equipos terminales⁵⁶, en relación con las facturas y la publicidad suministrada a los abonados de telefonía fija⁵⁷ y, finalmente, en relación con los teléfonos públicos de pago⁵⁸. Con todo, su concreción pasa por la presentación ante el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, por parte del operador designado, de sucesivos planes de adaptación de los teléfonos públicos de pago, para su aprobación⁵⁹.

Por otra parte, la nueva LGTel03 vuelca su interés en relación con los usuarios finales con necesidades sociales especiales. El afán del legislador es que estas «*personas con necesidades sociales especiales*» tengan acceso al servicio telefónico disponible al público o que —como garantía devaluada— puedan hacer uso del mismo⁶⁰, ofreciéndoles opciones o paquetes de tarifas «*que difieran de las aplicadas en condiciones normales de explotación comercial*», siempre bajo «*condiciones transparentes, públicas y no discriminatorias*», llegando incluso a establecer sistemas de ayuda directa a los consumidores que sean personas físicas con rentas bajas o con necesidades sociales especiales. Estas previsiones son concretadas en el RSU05, cuyo artículo 35.2.a).1.º restringe —de forma dudosa— esta garantía exclusivamente a favor de «*los colectivos de pensionistas y jubilados cuya renta familiar no exceda del índice que se determine, en cada momento, por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos*»⁶¹, a los que se asegura el llamado «abono social»⁶².

Esta medida incide, en definitiva, en las condiciones de *asequibilidad* del servicio universal para algunos usuarios con necesidades

⁵⁶ Se exige al operador designado que promueva la existencia de una «oferta suficiente» y tecnológicamente actualizada de terminales especiales, adaptados a los diferentes tipos de discapacidades, y que realice una difusión suficiente de tal oferta. Obsérvese que en este caso no se especifica qué pueda entenderse por «oferta suficiente» ni se dan pautas para su concreción, lo que reduce drásticamente la virtualidad de esta previsión.

⁵⁷ En particular, a los abonados de telefonía fija invidentes o con discapacidad visual se les reconoce el derecho a obtener, previa solicitud al operador designado, esta información en sistema Braille o en letras grandes.

⁵⁸ Como novedad de la nueva legislación, se requiere al operador designado para que mejore *progresivamente* las condiciones de su accesibilidad a los usuarios discapacitados. Se trata, ésta, de una previsión que se refiere, con carácter general, a todo tipo de discapacidad, aun cuando el mismo artículo 32.4 RSU05 mencione expresamente a «*los usuarios en silla de ruedas o con deficiencias de crecimiento*». De ahí que quepa plantearse que con ella puede concretarse la posibilidad de ofrecer, para los usuarios sordos, teléfonos de texto públicos, tal y como se plantea la Directiva 2002/22/CE.

⁵⁹ No nos consta que ninguno haya sido aprobado por el momento.

⁶⁰ Obsérvese que esta última expresión permite incorporar fórmulas que no supongan la conexión del usuario a la red telefónica, como pueda ser la facilitación de tarjetas preparadas para su utilización en teléfonos de uso público.

⁶¹ Tal y como dispone el apartado 4 de la disposición transitoria segunda del RSU05, seguirá siendo de aplicación transitoria como índice de referencia el Salario Mínimo Interprofesional.

⁶² Su contenido queda limitado a la aplicación de una bonificación en el importe de la cuota de alta y en la cuota fija de carácter periódico del servicio telefónico.

sociales especiales. Esto no quiere decir, contra lo que pudieran dar a entender las previsiones citadas, que las prestaciones incluidas en el servicio universal sólo deban ser «asequibles» para estos colectivos de ciudadanos, sino para todos. A este aspecto fundamental del servicio universal nos referimos a continuación.

2. *El carácter asequible del servicio universal en conexión con la cuestión de la financiación*

Tal y como hemos tenido ocasión de precisar en más de una ocasión, la accesibilidad física a los componentes del servicio universal debe completarse con la garantía de su accesibilidad económica. Nos interesa ahora detenernos en esta garantía de la asequibilidad del servicio universal, aspecto clave de su definición que tiene una incidencia capital en el problema de su financiación, al que nos referiremos más adelante.

Es ésta, conviene advertirlo, una cuestión que las Directivas comunitarias dejan abierta a su concreción en cada Estado miembro⁶³. Sí se presenta, sin embargo, en la Directiva de servicio universal un doble plano en el que perfilar las condiciones de asequibilidad del servicio universal: uno referido directamente al control de precios, otro —indirecto— basado en la implantación de una serie de medidas que favorezcan el control del gasto por parte de los usuarios⁶⁴. La vigente LGTel03 no refleja expresamente ambos elementos componentes de la garantía de la asequibilidad del servicio universal, aunque sí lo hace, como veremos, el RSU05. En rigor, el artículo 22.1 de la Ley se limita a enunciar que el servicio universal se prestará «a un precio asequible», acudiendo a un nuevo concepto jurídico indeterminado.

Dejando para el final las medidas tendentes a controlar el gasto, debemos concentrarnos en destacar las dificultades de articular, en

⁶³ Dicho de otro modo: mientras que el criterio de la *accesibilidad* viene fijado por las propias Directivas —antes la 98/10/CE, hoy la 2002/22/CE—, con la consecuencia de que se fija a nivel europeo un estándar de contenido del servicio universal, ni aquella Directiva ni la vigente determinan por sí mismas un índice de *asequibilidad*. Es éste un aspecto del servicio universal que debe ser precisado a nivel nacional, tomando en consideración tanto las condiciones económicas generales de cada Estado miembro —en particular, «los niveles nacionales de precios al consumo y de rentas», tal y como especifica el artículo 9.1 de la Directiva vigente— como las condiciones específicas del mercado nacional de las telecomunicaciones y, muy en particular, el grado de avance en el proceso de reequilibrio tarifario, al que nos referiremos inmediatamente en el texto.

⁶⁴ Así lo hace notar expresamente R. A. CAWLEY (2000: 3). De hecho, si el artículo 9 de la Directiva 2002/22/CE se refiere a la «asequibilidad de la tarificación», el 10 versa sobre el «control de gastos».

un contexto liberalizado, un modelo de control de precios tendente a su asequibilidad. Una tal suerte de intervención pública en la fijación de los precios de los elementos del servicio universal implica por sí misma, por leve que sea, una clara intromisión en la libertad de empresa, en la medida en que ésta incluye la potestad de fijar los propios precios. De ahí que debamos hablar de «precios regulados», como categoría intermedia entre las «tarifas» de los servicios públicos en sentido estricto, fijadas sin matices por la Administración, y los precios libremente fijados por el mercado. Se trata, en todo caso, de una *regulación* de precios que se justifica, precisamente, en que se trata de servicios de interés general⁶⁵.

El problema de esta regulación de precios dirigida a la garantía de la asequibilidad del servicio universal es que entra en tensión con un principio capital en la política de fijación de precios de signo liberalizador: el principio de orientación de los precios a los costes. Y ello porque este principio rompe radicalmente, particularmente en un primer estadio liberalizador, con el esquema *tarifario* de servicio público, basado en las llamadas subvenciones cruzadas entre servicios y prestaciones rentables y no rentables, con el fin último de garantizar, precisamente, el carácter asequible de las prestaciones que se consideraban más sensibles en el contexto de una concesión de servicio público guiada por la lógica del equilibrio económico-financiero del contrato. Esta situación se veía reflejada en el llamado «déficit de acceso», muy conectado a la cuestión de la universalización de las prestaciones, ya que se justifica en la necesidad de extender las redes sobre la base de estructuras de precios desequilibradas entre las tarifas fijas por la disponibilidad del servicio —la cuota de conexión y la cuota de abono mensual— y las variables, en función de su uso efectivo, subvencionando éstas a aquéllas. De ahí precisamente que una prioridad de la política liberalizadora en telecomunicaciones sea la eliminación de ese «déficit de acceso», con la consecuencia inmediata del aumento de las cuotas de conexión y de abono y de los precios de los servicios locales, frente a la bajada de los precios de los servi-

⁶⁵ Esta expresión es acuñada por J. TORNOS MAS (2003: 652 y 658-664) para diferenciar estos precios de las tarifas —de los servicios públicos en sentido estricto— y de los precios libremente fijados en el mercado, con la intención de explicar, precisamente, la intervención pública en la fijación de los precios de los «servicios de interés general» surgidos de los procesos liberalizadores. Hay que observar que TORNOS aplica este concepto a los precios pagados por los usuarios «cuando no existe concurrencia o cuando se debe garantizar el servicio universal». TORNOS apela, por otra parte, al carácter «temporal» de esta potestad reguladora, supeditada al correcto funcionamiento del mercado en la fijación espontánea de los precios. F. J. VILLAR ROJAS (2000: 40-44 y 65-69), por su parte, concluye que en el caso de los servicios de interés económico general la potestad de fijar precios puede ser considerada como manifestación peculiar de la potestad tarifaria.

cios internacionales⁶⁶. En el bien entendido de que la recuperación del déficit de acceso no puede considerarse como un coste del servicio universal⁶⁷.

Una vez eliminado, aun con dificultades, el déficit de acceso⁶⁸, en un primer estadio de la regulación post-liberalización identificado en nuestro ordenamiento con la LGTel98, la política de control de precios se constituye en sí misma en una técnica de carácter sectorial, *ex ante* y asimétrico tendente a garantizar, de forma prioritaria, la libre competencia. Esta primera vocación a la competencia de las técnicas de control de precio servía además a la garantía de la asequibilidad, ya que se aplicaban sobre un mismo operador —el operador «dominante»— que, además, era —por ese mismo dato— el operador obligado a prestar el servicio universal⁶⁹. Confluían, pues, las dos tendencias en un único sistema de control de precios. El problema surge cuando, en el nuevo marco normativo, este esquema queda radicalmente alterado, ya que la imposición de obligaciones de control de precios dependerá de lo que decida la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) —que, como es sabido, es el organismo creado *ad hoc* para ejercer la mayoría de las competencias en materia de telecomunicaciones⁷⁰— al realizar el análisis de un concreto mercado y, en su caso, actuar sobre el hoy llamado Operador con Poder Significativo de Mercado en el mismo⁷¹, y, por otra parte,

⁶⁶ Vid. al respecto J. REVUELTA DEL PERAL (1998: 47-64), quien insiste en diferenciar déficit de acceso y coste neto derivado de la universalización del servicio, y J. M. DE LA CUÉLTARA MARTÍNEZ (2001: 17-20), quien destaca cómo —en rigor— la corrección del déficit de acceso debe ser una operación previa al proceso de liberalización.

⁶⁷ En ello insiste la Comisión en su *Comunicación relativa a los criterios de evaluación de los sistemas nacionales de cálculo de costes y de financiación del servicio universal de telecomunicaciones y directrices para los Estados miembros sobre la aplicación de dichos sistemas* [COM (96) 608 final, de 27 de noviembre de 1996], apartados 3.4 y 5.I.3-5 y Anexo B.

⁶⁸ Consciente de esta situación, y con la pretensión de trasponer las disposiciones comunitarias al respecto, la DT 4.ª LGTel98 previó la posibilidad de que la CDGAE estableciera un recargo transitorio sobre los precios de interconexión. Posteriormente, la Orden de 31 de julio de 1998, sobre reequilibrio tarifario de los servicios prestados por TESAU, fijó un aumento de la cuota fija, política en la que insistió el Real Decreto-ley 16/1996, de 15 de octubre, por el que se adoptan medidas para combatir la inflación y facilitar un mayor grado de competencia en las telecomunicaciones. Todas estas previsiones no fueron, sin embargo, consideradas suficientes por las instancias comunitarias, lo que condujo a la condena de España —como había ocurrido previamente con Francia en la Sentencia de 6 de diciembre de 2001 (Asunto C-146/00, *Comisión c. Francia*)—, mediante STJCE de 7 de enero de 2004 (Asunto C-500/01, *Comisión c. Reino de España*), por entender que se había incumplido el plazo para resolver el problema del déficit de acceso. Con todo, la propia Sentencia reconoce que en 2003 se había resuelto el problema gracias a las sucesivas subidas en las cuotas de abono.

⁶⁹ En el marco de la LGTel98, el entonces llamado «operador dominante» era identificado, en principio, por un criterio puramente formal, el contar con un mínimo del 25% de la cuota de mercado correspondiente (art. 23).

⁷⁰ Vid. al respecto M. CARLÓN RUIZ (1999).

⁷¹ El procedimiento para llevar a cabo el análisis de mercado y, en su caso, la consiguiente identificación del Operador con PSM viene desarrollado en el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por

la imposición de obligaciones de servicio universal no se vincula automáticamente —como veremos— con esta condición de Operador con PSM⁷². La garantía de la asequibilidad queda, sin embargo, en manos de la CDGAE, dejándola —lo que es más grave— en un cierto grado de indefinición, ya que el artículo 35.1 RSU05 especifica que a esta CDGAE le corresponde «*garantizar el carácter asequible*» de estos precios, no su fijación⁷³; y lo hará a propuesta conjunta del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y del Ministerio de Economía y Hacienda y previo informe de la CMT.

El alcance de estas novedades no ha de ser relativizado. Así se demuestra una vez que la CMT ha aprobado sendas Resoluciones sobre los mercados de referencia relevantes en relación con el servicio universal: de 9 de febrero de 2006 —para los servicios de telefonía fija— y de 23 de marzo —para el servicio de acceso a la red—. Ambas Resoluciones han terminado con el régimen de precios máximos anuales —conocido por su referencia inglesa, *price-cap*— que determinó los precios de los servicios telefónico fijo y de líneas susceptibles de arrendamiento prestados por TESAU desde el 1 de agosto de 2000, por efecto de lo previsto en el artículo 2 del Real Decreto-ley 16/1999, de 15 de octubre, por el que se adoptan medidas para combatir la inflación y facilitar un mayor grado de competencia en las telecomunicaciones⁷⁴. En aplica-

el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre. El apartado 8 del Anexo II de la LGTel03 identifica al «operador con poder significativo en el mercado» como aquel «operador que, individual o conjuntamente con otros, disfruta de una posición equivalente a una posición dominante, esto es, una posición de fuerza económica que permite que su comportamiento sea, en medida apreciable, independiente de los competidores, los clientes y, en última instancia, los consumidores que sean personas físicas». No hay que olvidar, sin embargo, en el nuevo marco, el criterio de la cuota de mercado, ya que jurisprudencia europea consolidada reconoce en cuotas superiores al 50% un indicio claro de posición de dominio. Vid., por todas, STJCE de 13 de febrero de 1979 en el Asunto 85/76, *Hoffman-La Roche contra Comisión de las Comunidades*.

⁷² Con todo, hay que reconocer que el nuevo marco se aprueba en un momento de mayor madurez que le permite a la Directiva 2002/22/CE, amén de recordar la necesidad de mantener el principio general de orientación de precios a costes, dar un paso más al reclamar que la aplicación del principio de eficacia en la gestión del servicio universal reduzca la brecha entre asequibilidad y rentabilidad. J. TORNOS MAS (2003: 661-662 y 675-676) insiste en la necesidad de dotar de sentido técnico —y no político— a las decisiones sobre fijación de precios regulados, fijación unilateral en contraste con la fijación contractual inherente a la potestad tarifaria.

⁷³ Conviene advertir que el margen de intervención de la CDGAE para la garantía de la asequibilidad del servicio universal dependerá, en último término, del procedimiento de designación de operador u operadores obligados a prestar el servicio universal, ya que —como veremos en el apartado siguiente— este procedimiento no pasa ya siempre por una fórmula de designación directa, sino que favorece la introducción de un mecanismo de licitación pública que, por sí mismo, ha de venir a determinar el precio de las prestaciones de servicio universal.

⁷⁴ Este sistema se basa en la fijación de una «cesta» de precios de distintos servicios y facilidades respecto de la que se fija, globalmente, en un precio máximo anual en aplicación de la fórmula IPC-X, donde X es fijado, en nuestro caso, por la CDGAE. Sobre este sistema de *price-cap*, desde planteamientos críticos respecto de los términos de su aplicación en España, vid. J. M. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ (2001: 20-23).

ción de esta previsión se sucedieron los Acuerdos de la CDGAE con vigencia para los años sucesivos⁷⁵, sistema que en el nuevo marco inaugurado por la LGTel03 sólo podría mantener su vigencia, por efecto de la DT 3.^a de la misma Ley, en tanto en cuanto la CMT no concluyera sus trabajos de definición y análisis de los mercados exigidos por el artículo 10 de la misma. A tales efectos, el Acuerdo de la CDGAE de 22 de diciembre de 2005 vino a cubrir la situación transitoria mediante la simple fórmula de prolongar en el tiempo los precios vigentes, «*de forma que ni el tráfico ni la cuota de abono experimenten subidas*», incluyendo como novedad la tarificación por segundos⁷⁶.

Una vez aprobadas las Resoluciones citadas, se demuestran las carencias del nuevo modelo de garantía de la asequibilidad de los precios del servicio universal. Tanto la citada Resolución de la CMT de 9 de febrero de 2006 —para los servicios de telefonía fija— como la de 23 de marzo —para el servicio de acceso a la red— identifican a TESAU como Operador con PSM en sendos mercados. El alcance de las obligaciones impuestas a TESAU en relación con sus precios es, sin embargo, distinto según se trate de unas y otras prestaciones, lo que tendrá incidencia en relación con la garantía de la asequibilidad de las prestaciones englobadas en el servicio universal.

Ambas Resoluciones adoptan como criterio común que los precios de unos y otros servicios deben estar sometidos a un régimen de previa comunicación —identificado con un principio de transparencia—. Se fija, para ello, un plazo mínimo de 21 días previos a la pretendida aplicación de los precios para su comunicación: pasado el plazo sin oposición de la CMT, TESAU podrá comercializar el servicio, al precio indicado, sin perjuicio de las potestades de intervención posterior de la CMT⁷⁷.

Este régimen de precios comunicados se ve reforzado en el caso

⁷⁵ Vid. Acuerdo de la CDGAE de 27 de julio del año 2000, que aprobó dicho marco regulatorio de precios, con vigencia hasta el 31 de diciembre del año 2002, y la sucesiva modificación por Acuerdo de la misma Comisión de 19 de abril del año 2001, que fue publicada por Orden del Ministro de la Presidencia de 10 de mayo del año 2001, en el que se amplió la vigencia de dicho marco regulatorio hasta el 31 de diciembre de 2003.

⁷⁶ Acuerdo publicado mediante Orden PRE/4079/2005, de 27 de diciembre.

⁷⁷ Así se ha previsto en los respectivos apartados 2 y 4 de los Anexos 2 de las Resoluciones de 9 de febrero y 23 de marzo de 2006, que identifican como «obligación de transparencia en relación con los precios minoristas» la obligación de TESAU de comunicar a la CMT los precios y condiciones aplicables a los servicios de referencia con suficiente antelación, incluyendo el desglose de los precios en el caso de paquetes (arts. 18 del Reglamento de Mercados y 17 de la Directiva de servicio universal), lo que implica someter a esta obligación tanto las tarifas generales como todo tipo de reducciones sobre las mismas, bonos de descuento, planes de precios bonos, paquetes de servicios y tarifas especiales o moduladas. Igualmente aplicará la obligación anterior sobre cualquier modificación de las ofertas ya existentes.

de los precios de los servicios de acceso a la red telefónica desde una ubicación fija, tanto si se presta a clientes residenciales como no residenciales. La Resolución de 23 de marzo de 2006 ha dispuesto para este servicio un régimen de precios máximos para todo el territorio nacional, en el marco de lo dispuesto en los artículos 13.1.e) de la LGTel03, 19 del Reglamento de Mercados y 17 de la Directiva de servicio universal, particularmente por lo que se refiere a la cuota de conexión y a la cuota de abono de líneas individuales⁷⁸. La variación del precio de una y otra cuota no podrá exceder el límite del IPC-X, fijando la CMT, mediante resolución, el factor de ajuste X para cada período anual con una antelación mínima de quince meses⁷⁹.

Como consecuencia de todo lo anterior, el Acuerdo de la CDGAE de 22 de diciembre de 2005 ha limitado su vigencia, siendo sólo aplicable en relación con la fijación de los precios del servicio de información nacional sobre el contenido de las guías, de las llamadas desde teléfonos públicos de pago incluidos en el servicio universal y en relación con las medidas especiales a favor de los usuarios discapacitados o con necesidades sociales especiales.

Por lo que se refiere a las medidas para el control del gasto que son necesario complemento de las técnicas de fijación de precios para la garantía de la asequibilidad de los elementos englobados en el servicio universal, es posible sistematizar las que recoge el artículo 35.2 RSU05 en tres grupos: a) las medidas que pretenden, por vía indirecta, favorecer en el futuro la reducción de los gastos a través de la aportación de información —como la obligación general de facilitar información y, sobre todo, la facturación detallada⁸⁰—; b) las medidas que se dirigen, directamente, a lograr una reducción en los gastos —en particular, la posibilidad de restringir el acceso a determinados servicios—, y c) las medidas que pretenden facilitar el pago de los gastos —como las referidas a la frecuencia y a las formas de pago de las facturas—.

⁷⁸ Así lo establece el apartado 2 del Anexo 2 a la Resolución citada, en el que se especifica que los precios fijados en virtud de esta obligación se entenderán como máximos e iguales en todo el territorio nacional. Por tanto, TESAU no podrá aplicar reducciones geográficas aunque sí temporales, siguiendo en todo caso lo previsto en la obligación descrita en el apartado 4 del mismo Anexo, es decir, la obligación de previa comunicación.

⁷⁹ El IPC corresponderá al límite máximo del objetivo de inflación determinado por el Banco Central Europeo en su definición de estabilidad de precios para la zona euro. Hasta que se fije un nuevo índice, el precio de la cuota de conexión y la cuota de abono se corresponderá con el previsto en el Acuerdo de la CDGAE de 22 de diciembre de 2005. A partir del 1 de enero de 2007, y durante dicho año, el valor del factor X será cero, en los términos que fije la CMT mediante Resolución antes del 1 de octubre de 2006.

⁸⁰ Debe servir de guía a este respecto la STSJ (Sala Segunda) de 14 de septiembre de 2004 (Asunto C-411/02, *Comisión c. Austria*), en la que se condena a este Estado miembro por no garantizar un nivel básico de facturación detallada a los usuarios finales del servicio telefónico, comentada en M. CARLÓN RUIZ (2005: 297-306).

IV. QUIÉN: MECANISMOS DE DESIGNACIÓN DEL OPERADOR OBLIGADO A PRESTAR EL SERVICIO UNIVERSAL

1. *Perspectivas activa y pasiva en la garantía del servicio universal a la luz de los posibles modelos de prestación de los «servicios de interés económico general»*

Antes de entrar a analizar los procedimientos de designación de los operadores obligados a prestar el servicio universal, se hace precisa una aclaración que tiene incidencia en la naturaleza misma de esta obligación de servicio público.

En rigor, en la *garantía* del servicio universal todos los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas están obligados. Ello no quiere decir, sin embargo, que todos ellos deban *prestar* obligatoriamente la totalidad o parte de los elementos del servicio universal. Para la garantía del servicio universal, algunos operadores pueden quedar obligados de forma *activa* —mediante su designación para ser prestadores obligatorios de estos servicios o facilidades— o de forma *pasiva*, en el sentido de que, sin que por ello queden obligados a prestar por sí mismos el servicio universal, quedan obligados a coadyuvar en su financiación en la medida en que se constituya un mecanismo de co-financiación del coste neto derivado de su prestación.

Reconocer esta realidad es de vital importancia. Y ello en la medida en que esta constatación obliga a constatar que la obligación de servicio universal es una obligación que, al menos en términos teóricos, recae en todos los operadores de comunicaciones electrónicas, aunque sólo a algunos les corresponda su prestación efectiva⁸¹. En términos activos, de prestación, se parte de limitar el número de operadores obligados a prestar el servicio universal, con lo que se descartan otras fórmulas posibles para articular la garantía de la prestación de los servicios de interés económico general: en un extremo, la de otorgar a un único operador, mediante concesión, derechos especiales o exclusivos para la prestación de la actividad de interés general —modelo, ensayado en otros ámbitos, que en poco se separa del servicio

⁸¹ Bien es verdad que, en la práctica, en la medida en que no se constituya un fondo de co-financiación del servicio universal —como, de hecho, ha sucedido hasta ahora en España—, o en la medida en que se recurra a vías distintas de financiación, como la derivada de presupuestos públicos, la obligación pasiva queda vacía de contenido. Pero, conceptualmente, no debemos dejar de insistir en que la obligación de garantizar el servicio universal recae en todos los operadores, lo que permite articular la obligación de co-financiación en los términos que veremos en el apartado siguiente.

público más clásico⁸²; en el otro, la de imponer a todos los operadores del mercado «obligaciones —activas— de interés general»⁸³.

La fórmula adoptada en el ámbito de las telecomunicaciones —la de «designar a un operador o a un número limitado de éstos con obligaciones específicas sin concederles derechos especiales o exclusivos», en expresión de la Comisión Europea en su Comunicación de 20 de septiembre de 2000— parece, no hay duda, por razones de eficacia y proporcionalidad, la más adecuada para muchos de los elementos del servicio universal y, sobre todo, para el que constituye su núcleo principal, el acceso a la red desde una ubicación fija⁸⁴. El problema se plantea a la hora de identificar a esos concretos operadores que deben prestar el servicio universal.

2. *Los mecanismos posibles para la designación del operador u operadores obligados a prestar el servicio universal: licitación pública y designación directa*

Para la prestación del servicio universal debe, pues, identificarse a uno o varios operadores a los que se les responsabilice —como obligación— de su prestación. Este planteamiento no excluye la posibilidad —a pesar de la aparente paradoja— de que los propios operadores asuman voluntariamente tal obligación.

En rigor, así lo adelantábamos, por aplicación del principio de subsidiaridad, la necesidad de designar a un operador para prestar todo o parte del servicio universal se activará sólo cuando los corres-

⁸² Éste es el modelo que, de hecho, ha quedado consagrado en otros ámbitos económicos, como pueda ser el transporte regular de viajeros por carretera. Vid. al respecto G. FERNÁNDEZ FARRERES (2004: 473-474), donde insiste en que la categoría de servicio de interés económico general permite «múltiples variantes», múltiples técnicas según la terminología que venimos empleando.

⁸³ La obligación *universal de garantía* del servicio universal —si se permite la expresión— no debe ser entendida, en efecto, en el sentido de que se haya optado por la fórmula de atomizar la prestación del servicio universal, obligando a todos los operadores a prestar el servicio. Modelo teóricamente posible y que, de hecho, ha sido concebido por la propia Comisión Europea —en su Comunicación de 20 de septiembre de 2000— como uno de los modelos posibles para la prestación de los «servicios de interés económico general». No es éste, exactamente, el caso de la *Telecommunications Act* norteamericana, de 8 de febrero de 1996, en la que, por regla general, el modelo de designación se basa en asumir que todos los operadores pueden solicitar, de forma voluntaria, asumir la prestación de las garantías principales del servicio universal a cambio de obtener subsidios compensadores del Fondo que se crea a este efecto. Vid. la Sección 102 de la *Telecommunications Act* de 1996.

⁸⁴ Aunque otra cosa podría afirmarse en el caso de algunas prestaciones accesorias —y, principalmente, de las que se dirijan especialmente a los usuarios más débiles—, no se puede negar que en el caso de las prestaciones principales la solución asumida encuentra justificación en criterios de eficacia y proporcionalidad en la prestación del servicio: no tiene sentido obligar a los pequeños operadores a asumir prestaciones para las que son ineficientes y que, por sí mismas, dificultarán su asentamiento en el mercado.

pondientes servicios identificados como parte de aquel concepto no sean prestados eficazmente en el mercado, a todos los ciudadanos, en unas adecuadas condiciones de calidad y precio⁸⁵. Esto implicará, en la medida en que el artículo 23 LGTel03 contempla expresamente la posibilidad de que el Ministerio —competente a este respecto— designe «operadores diferentes para la prestación de diversos elementos del servicio universal y abarcar distintas zonas del territorio nacional», que la designación puede ser limitada, en términos geográficos u objetivos.

Conviene advertir, en todo caso, algo que, por otra parte, es obvio: el usuario no está obligado a dirigirse al operador designado para la prestación del servicio universal para obtener las prestaciones que son objeto de esta obligación de servicio público. Bien al contrario, tratándose como se trata de prestaciones que se desarrollan en un ámbito de libre competencia, el objetivo es, precisamente, que el usuario pueda elegir entre múltiples operadores para que le presten los distintos elementos del servicio universal: la clave está en que sólo el operador designado estará obligado a prestárselo y, además, a hacerlo en las condiciones de calidad y de precio fijadas, siempre y cuando su solicitud se encuentre en el ámbito del servicio universal normativamente fijado. Otros operadores podrán decidir si le prestan o no el servicio o facilidad, conforme a criterios puramente comerciales, y, en todo caso, lo harán bajo unas condiciones que —particularmente en lo que se refiere al precio— no vendrán sometidas a criterios de asequibilidad.

Pero ¿quién exactamente podrá ser designado? A la luz de lo previsto en el artículo 23 de la LGTel03, cualquier operador podrá ser designado para prestar total o parcialmente el servicio universal. Es más, si nos atenemos al concepto legal de «operador», que tiende a diluirse toda vez que el sistema de acceso al mercado de las comunicaciones electrónicas se ha simplificado notablemente (art. 6 LGTel03)⁸⁶, debemos concluir que cualquiera que preste, *de iure* o *de facto*, redes o servicios de comunicaciones electrónicas puede ser —en principio— designado para la prestación de obligaciones de servicio universal, incluso —teniendo en cuenta que algunas prestaciones de servicio universal no son estrictamente servicios de comunicaciones electrónicas— sujetos que no presten propiamente éstos. En rigor, mientras que los operadores *de facto* no están eximi-

⁸⁵ Así se desprende, meridianamente, de los artículos 20.1 de la LGTel03 y 26.2 RSU05.

⁸⁶ Si nos atenemos a la definición legal, «operador» será toda «persona física o jurídica que explota redes públicas de comunicaciones electrónicas o presta servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público y ha notificado a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el inicio de su actividad». Vid. referencia 21 del Anexo a la LGTel03.

dos de la posibilidad de ser designados, sólo los operadores *de iure* tienen reconocido el derecho a serlo. Y es que, tal y como adelantábamos, la nueva LGTel03 no descarta la posibilidad de que determinados operadores estén interesados en prestar el servicio universal.

El *derecho* de todos los operadores *de iure* a ser designados para prestar el servicio universal trae como consecuencia la obligación de arbitrar un procedimiento de consulta pública previo al procedimiento de designación en sentido estricto, y de dar, a la luz de sus resultados, prioridad a un procedimiento de licitación pública. Este planteamiento no deja de sorprender, como advertíamos, si se parte de la obligatoriedad misma de la designación y, en último término, del carácter obligatorio de las prestaciones englobadas en el servicio universal. Se encierra, en efecto, una cierta paradoja en la aplicación del principio de concurrencia cuando se trata de imponer una obligación, máxime cuando se advierte que el sentido mismo del servicio universal es la identificación de una serie de garantías a favor de los ciudadanos que deben asegurarse a pesar de su falta de rentabilidad, al menos inmediata. En definitiva, ¿quién podría estar interesado en concurrir a un proceso de licitación con el objeto de que se le impongan determinadas obligaciones suplementarias a las derivadas del estatuto de operador? La clave está en determinar un equilibrio en las condiciones de cumplimiento de tales obligaciones —particularmente en términos de precio, de cobertura geográfica; en su caso, de exclusividad en la propia designación y, en último término, de financiación— que hagan su prestación atractiva, atendiendo —y esto será fundamental— al dato de que la prestación de obligaciones de servicio universal incorpora —como veremos— unos «beneficios no monetarios» o «beneficios intangibles» que pueden hacer atractiva su prestación, incluso aunque no genere un balance positivo en términos contables.

Para reconocer el interés de los distintos operadores se debe, en efecto, convocar una consulta pública en la que se determinen los ámbitos territoriales en los que, en su caso, se fragmentará el territorio nacional a los efectos de la prestación del servicio universal, así como los distintos «servicios, elementos y ofertas» que integran el servicio universal. Las condiciones de prestación de unos y otros quedarían, sin embargo, abiertas a lo que propongan los operadores que se muestren interesados en su prestación a través de una comunicación formal al Ministerio, que puede resultar vinculante. Si varios operadores muestran su interés, el procedimiento de licitación pública es obligado; de no ser así, queda a criterio del Ministerio, que, de no considerarlo oportuno, aplicará un procedimiento de designación directa.

Éste será de hecho el caso, toda vez que sólo TESAU ha mostrado su interés en prestar el servicio universal en contestación a la consulta abierta por el Ministerio con fecha 21 de diciembre de 2005⁸⁷. El diseño de la consulta, que evitó toda fragmentación real del servicio universal y adelantó unos criterios de otorgamiento de la licitación basados en el menor coste, debe haber influido severamente en un resultado que implicará la confirmación de este operador en su condición de operador obligado, condición que mantenía transitoriamente hasta el 31 de diciembre de 2007⁸⁸ por haber sido considerado «operador dominante» conforme al marco derogado, criterio que de forma automática implicaba la designación para prestar el servicio universal. En el nuevo marco, la aplicación de cualquiera de los criterios objetivos de designación directa que contempla el artículo 38 RSU05 —condición de Operador con Poder Significativo en el Mercado, condición de operador que viniera prestando el servicio universal y condición de operador con mayor cuota de mercado— conduce, en efecto, a la designación de este operador.

Se ha perdido, así, la oportunidad de aplicar de forma inmediata un procedimiento de designación del operador u operadores obligados a prestar el servicio universal que, en la medida en que perfile de forma ajustada en las bases las condiciones de prestación —en particular de precio y financiación— y los criterios de adjudicación, puede mostrarse como un mecanismo muy útil para articular los principios que se contrarrestan en la garantía del servicio universal.

V. CUÁNTO: LA FINANCIACIÓN DEL SERVICIO UNIVERSAL

1. *Objetivos y principios de la financiación del servicio universal en el umbral de las ayudas de Estado*

El problema último que plantea la garantía del servicio universal es el de su financiación. En la medida en que bajo esta obligación de servicio público se garantiza un ámbito de prestaciones a precio asequible, se modula, pero no desaparece, el viejo problema de la financiación del servicio público. Si en el marco del servicio público, en su formulación más clásica, asequibilidad y financiación venían unidas a través del ejercicio por parte del Estado de la potestad tarifa-

⁸⁷ Resolución de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información mediante la que se publicó en el *BOE* la consulta pública sobre la designación de operadores para la prestación del servicio universal de telecomunicaciones (*BOE* de 28 de diciembre de 2005).

⁸⁸ Vid. DD.TT. 1.^a LGTel03 y RSU05.

ria, definida sobre la base de las subvenciones cruzadas y los derechos de exclusividad del concesionario, y, en su caso, a través de subvenciones directas o indirectas aportadas por el Estado, en el nuevo contexto competitivo el problema de la financiación de las garantías de servicio universal responde a la misma lógica, pero —evidentemente— se plantea bajo coordenadas bien distintas.

En el nuevo contexto liberalizado, la introducción de un mecanismo de financiación del servicio universal debe orientarse hacia la búsqueda de un difícil equilibrio entre la garantía eficiente del servicio universal y la neutralidad respecto del libre desenvolvimiento del mercado. Esto supone que, asumiendo que la imposición de obligaciones de servicio público implica —*a priori*— una distorsión del mercado, debe reconstruirse la situación competitiva como si tal distorsión no se hubiera producido, evitando, en todo caso, que se produzca una distorsión de la competencia⁸⁹. Se trata, en definitiva, de *compensar* al operador u operadores designados para prestar el servicio universal por la carga implícita en la prestación de este servicio, siempre y cuando esa carga se puede considerar «injustificada», y siempre y cuando esa *compensación* se mantenga como tal.

Estas reflexiones implican que en el régimen de financiación del servicio universal debemos tener presente el sentido de la jurisprudencia *Altmark*, ya citada. En la medida en que los criterios sentados por esta jurisprudencia sean reconocibles en el supuesto a valorar, la compensación no podrá ser considerada como ayuda de Estado; si fallan uno o varios de los requisitos fijados por aquella sentencia, la aportación pública en cuestión —y siempre y cuando concurren los requisitos generales contemplados en el artículo 87.1 TCE— debe ser considerada como una ayuda de Estado, si bien no deberá ser notificada si cumple los requisitos fijados por la Decisión de la Comisión 2005/842/CE, de 28 de noviembre de 2005, *relativa a la aplicación de las disposiciones del artículo 86, apartado 2, del TCE a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de inte-*

⁸⁹ A. PERA (1999: 32) insiste en la necesidad de evitar que toda fórmula de financiación del servicio universal implique una distorsión de la competencia. R. A. CAWLEY (2000: 3-4) insiste en la importancia de distinguir entre el principio que supone la mínima distorsión del mercado y el que excluye toda distorsión de la competencia. Uno y otro principios están recogidos en la propia Directiva de servicio universal: mientras que el artículo 1.2 excluye taxativamente el efecto de distorsión de la competencia por efecto del servicio universal —lo que conduce, precisamente, a la necesidad de compensar si la prestación del servicio universal implica una carga injustificada—, el 3.2 formula el principio de mínima distorsión del mercado, «*en particular cuando la prestación de servicios se realice a precios o en condiciones divergentes de las prácticas comerciales normales, salvaguardando al mismo tiempo el interés público*». Este último principio estará particularmente presente en aquel mecanismo de financiación —arts. 13.1.b) y 13.3— cuando se decida compartir el coste entre los operadores del mercado.

*rés económico general*⁹⁰. En el caso de ser notificada, el *Marco comunitario sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público* orienta sobre los criterios con los que la Comisión entrará a valorar su compatibilidad⁹¹, y ello sin perjuicio de los supuestos en los que se pretenda aplicar Fondos Estructurales para la financiación de iniciativas en el sector de las comunicaciones electrónicas, en cuyo caso no se podrá hablar propiamente de ayudas de Estado, siempre que se cumplan los criterios fijados por las *Líneas directrices relativas a los criterios y modalidades de aplicación de los Fondos Estructurales a favor de las comunicaciones electrónicas*, aprobadas en julio de 2003⁹².

2. *Cálculo y valoración competitiva del coste neto del servicio universal. La valoración de la «carga injustificada»*

La obligación de *compensar* por la prestación del servicio universal requiere que se cumpla una doble condición (art. 24.1 LGTel03): que tal prestación haya implicado para el operador una «carga injustificada» y que se haya derivado de la misma un coste neto. En rigor, tal y como ha confirmado la Audiencia Nacional en Sentencia de 21 de octubre de 2004⁹³, desautorizando la práctica anterior de la CMT, el cálculo del «coste neto» es previo, y sólo cuando este cálculo arroje un saldo positivo deberá valorarse si su prestación ha supuesto una carga injustificada⁹⁴.

Esta conclusión requiere, sin embargo, una cierta matización a la luz de las previsiones de la LGTel03 en función del método de cálculo del coste neto aplicado, toda vez que este método no es único, sino que depende radicalmente de qué mecanismo de designación del operador obligado se haya aplicado (arts. 24.2 LGTel03 y 39.3

⁹⁰ DOCE L 312/67.

⁹¹ Documento 2005/C 297/04, de 29 de noviembre de 2005.

⁹² Ésta ha sido, de hecho, la vía asumida por España a la hora de adoptar iniciativas públicas para favorecer la extensión de la banda ancha en cumplimiento de los compromisos adquiridos en el marco del Plan de Acción eEurope 2005. Este Plan de Acción fue aprobado por el Consejo Europeo de Sevilla de junio de 2002. Con todo, conviene advertir que la propia Comisión plantea la aplicación extensiva de estos criterios cuando las iniciativas sean objeto de cualquier tipo de financiación pública [COM (2004) 369 final, de 12 de mayo de 2004, apartado 3.1 *in fine*].

⁹³ Aranz. 32728.

⁹⁴ Mediante Resolución de 19 de julio de 2001, este organismo acordó no aprobar el cálculo del coste neto presentado por Telefónica para los años 1998 y 1999, a pesar de lo cual —y sin calcular por sí mismo este coste— concluyó que la prestación del servicio universal no había supuesto una «desventaja competitiva» para el operador y que, en consecuencia, no tenía derecho a ser compensado. Este razonamiento es el desautorizado por la Audiencia Nacional.

RSU05). Este coste será determinado a través del propio procedimiento de licitación o, si la designación se produce de forma directa, en función del ahorro neto que el operador conseguiría si no tuviera la obligación de prestar el servicio universal, calculado de acuerdo con el procedimiento que se establece en los artículos 40 a 46 del RSU05. En el primer caso, siempre que el procedimiento de licitación identifique un coste, este dato bastará para entender que existe una «*carga injustificada*», mientras que en el segundo, cuando la designación se haya producido por vía directa, y siempre y cuando se haya justificado un coste neto, se hace preciso valorar si este coste supone tal carga injustificada. Así se deduce de los dos primeros apartados del artículo 39 del RSU05.

El resultado de la consulta pública ya cerrada —con el consiguiente recurso a un procedimiento de designación directa para confirmar a TESAU como operador obligado a prestar el servicio universal— obligará a reiterar el sistema de cálculo *ex post* del coste neto derivado de la prestación del servicio universal, sistema que se basa en reconstruir, en ponderación de la actuación a largo plazo de un hipotético operador eficiente, el coste derivado de la prestación de aquél a los clientes «inviabiles», tanto por zonas —el «componente territorial» cifrado en las llamadas «zonas no rentables»— como por servicios —el «componente social», identificado con los «servicios no rentables»—. La definición de los criterios para reconocer uno y otro —que corresponde a la CMT— se muestra crucial, debiéndose computar en el cálculo tanto los gastos como los ingresos y, entre estos últimos, los llamados «beneficios intangibles»⁹⁵, para lo que es imprescindible que el operador mantenga una contabilidad de costes⁹⁶. La CMT verificará y, en su caso, aprobará el cálculo del coste que le presente anualmente el operador.

⁹⁵ Estos «*beneficios no monetarios*», calificados como «*beneficios intangibles*» en la nomenclatura comunitaria, suponen un indudable beneficio derivado de la prestación del servicio universal que debe ser cuantificado y computado a los efectos de calcular el coste neto de una concreta anualidad. La importancia de estos beneficios puede ser crucial en el nuevo contexto, toda vez que —tal y como hemos tenido ocasión de destacar— su propia existencia puede ser suficiente atractivo para hacer factible un procedimiento de licitación pública para la designación del operador obligado a la prestación de todo o parte del servicio universal. Entre ellos destaca el RSU05, sin ánimo de exhaustividad, mayor reconocimiento de marca, las ventajas derivadas de la ubicuidad, la valoración de los clientes o grupos de clientes, teniendo en cuenta su ciclo de vida, así como las ventajas comerciales que implica el tener acceso a todo tipo de datos sobre el servicio telefónico.

⁹⁶ Una vez que la Resolución de la CMT de 23 de marzo de 2006 ha considerado que TESAU es Operador con PSM en el mercado del acceso a la red, le ha impuesto —entre otras— esta misma obligación, de modo que esta operadora, en la medida en que sea designada de forma directa para la prestación del servicio universal a la vista de los resultados de la consulta pública ya concluida, mantendrá esta obligación durante el tiempo que dure la designación. En todo caso, el artículo 44 RSU05 exige para el cálculo del coste neto una suerte de «contabilidad de costes» que se exigirá a estos efectos en todo caso.

Tal y como adelantábamos, si del cálculo verificado se desprende un saldo positivo, deberá valorar si la prestación misma del servicio universal ha supuesto para él una carga injustificada. ¿Qué entender por tal «carga injustificada»? estamos ante un nuevo concepto jurídico indeterminado —que sustituye a la referencia que en la normativa derogada se hacía a la «desventaja competitiva»⁹⁷— cuya identificación en el caso concreto exige la orientación mediante criterios que ni la LGTel03 ni el RSU05 han querido aportar⁹⁸. Se trata, en el marco vigente, de analizar si hay razones que «justifiquen» la asunción por parte del operador designado del coste neto derivado de la prestación del servicio universal, con independencia de si esto deba suponerle o no una desventaja competitiva, lo que obligará a tomar en consideración otros derechos o circunstancias que concurran a favor del operador designado que le compensen por el coste del servicio universal.

A pesar del cambio de criterio incorporado a la LGTel03, la CMT no ha modificado una línea argumental que en el marco derogado le había impedido reconocer que TESAU tuviera derecho a ser compensada por los costes netos incurridos en la prestación del servicio universal. Efectivamente, la CMT, en sus Resoluciones de 31 de enero de 2002 y 3 de julio de 2003, negó que TESAU hubiera sufrido una «desventaja competitiva» por haber prestado el servicio universal en los años 2000, 2001 y 2002 al observar que la cuota de mercado del operador designado apenas se había reducido, siendo mayor su nivel de ingresos por cliente, su eficiencia operativa y los márgenes extraordinarios obtenidos, si bien lo hizo partiendo de la dudosa premisa de que la lógica de la «desventaja competitiva» exigiría el reconocimiento de una previa situación de equilibrio entre operadores que, evidentemente, no existía en un estado incipiente de competencia. Este razonamiento se reitera en la posterior Resolución de 25 de marzo de 2004⁹⁹, en la que —en aplicación del nuevo marco— se identifica implícitamente el término «carga injustificada» con el de «desventaja competitiva»¹⁰⁰, al considerar que aquella se refiere a un

⁹⁷ Concepto que, sin embargo, atiende a una lógica sustancialmente distinta, dado que el reconocimiento de una carga injusta no deriva por sí mismo en una desventaja competitiva.

⁹⁸ El RSU05 se limita a precisar que la resolución que no reconozca que exista para el operador una carga injustificada, a pesar de que exista un coste neto por la prestación del servicio universal, deberá ser motivada.

⁹⁹ Conviene advertir, sin embargo, que estas Resoluciones no dejaron de ser polémicas, como lo demuestra el hecho de que a ellas se incorporaran votos particulares de dos y cuatro consejeros, respectivamente, las de 3 de julio de 2003 y 25 de marzo de 2004.

¹⁰⁰ Es dudoso, con todo, que esta Resolución debiera aplicar el nuevo concepto de «carga injustificada», toda vez que analiza el coste neto del ejercicio 2002, en el que estaba plenamente vigente el marco derogado.

desequilibrio para competir derivado de la asunción de la prestación del servicio universal¹⁰¹.

El cierre del procedimiento pasa por que se comuniquen a la Comisión Europea los sistemas de cálculo de costes y de financiación de las obligaciones de servicio universal, de modo que ésta pueda verificar su compatibilidad con el Tratado. En su comprobación, la Comisión tendrá en cuenta lo dispuesto en su *Comunicación relativa a los criterios de evaluación de los sistemas nacionales de cálculo de costes y de financiación del servicio universal de telecomunicaciones y directrices para los Estados miembros sobre la aplicación de dichos sistemas*¹⁰², que —si bien fue aprobada en interpretación del marco derogado— sigue siendo de clara referencia, del mismo modo que lo es la STJCE de 6 de diciembre de 2001 que condenó a Francia por incumplir las previsiones de aquel marco en el proceso de cálculo de los costes por la prestación del servicio universal y su posterior reparto entre los distintos operadores¹⁰³.

Cuando, por uno u otro método de cálculo, se haya llegado a la conclusión de que la prestación del servicio universal genera un coste neto que implica para el operador obligado una «*carga injustificada*», aquél deberá ser reembolsado —compensado— por dicho coste neto. La pregunta inmediata es de dónde deben extraerse los recursos para hacer efectiva esta compensación.

3. *Las distintas fórmulas de financiación del servicio universal: la opción por la co-financiación desde el mercado*

La LGTel03 responde a la pregunta enunciada contemplando la implantación de un «*mecanismo de compensación*» al que deberán contribuir «*todas o determinadas categorías de operadores*» en pleno respeto al principio de transparencia (art. 24.2). Corresponde a la CMT fijar la aportación que corresponderá a cada operador obligado a contribuir a la financiación del servicio universal, así como las posibles deducciones y exenciones (art. 24.3).

El legislador español asume, pues, como única vía de financiación del servicio universal la de la co-financiación desde el mercado, obviando alternativas que, en puridad, son más respetuosas con los principios que inspiran el modelo, y en particular la financiación

¹⁰¹ Bien es verdad que en esta última Resolución la CMT analiza el impulso de los operadores de cable y el efecto sustitutivo de la telefonía móvil, pero sin llegar a considerar que ambos fenómenos justifiquen una conclusión distinta.

¹⁰² COM (96) 608 final, de 27 de noviembre de 1996.

¹⁰³ Asunto C-146/00, *Comisión c. Francia*.

a través de presupuestos públicos¹⁰⁴ o la financiación por parte de los usuarios finales mediante la fijación de una tasa de valor añadido¹⁰⁵. En todo caso, la opción por la financiación desde el mercado se fundamenta en el carácter general de la obligación de servicio universal, que ya hemos tenido ocasión de destacar, toda vez que aunque no todos los operadores estén obligados a *prestar* el servicio universal, sí lo están a colaborar en su financiación, ya que todos son co-responsables de su garantía. De hecho, la nueva LGTel03 insiste en la lógica de la *universalización* de las cargas de servicio universal al ampliar el ámbito de los obligados a co-financiar este servicio a «*todos los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas*», sin especificar que se trate de redes públicas o privadas o de servicios concretos —arts. 47 y 48.3.a) RSU05—. Únicamente cabrá eximir de esta obligación de co-financiar, a juicio de la CMT, a los operadores que no superen un determinado umbral de volumen de negocios a escala nacional, con lo que se atiende de forma más plena al principio de igualdad ante las cargas públicas, constitucionalizado en el artículo 31 CE a efectos tributarios¹⁰⁶, cuya lógica puede reconducirse al asunto que nos ocupa, dado que no faltan razones para entender que nos encontramos ante una tasa¹⁰⁷.

¹⁰⁴ La financiación a través de presupuestos públicos es, desde luego, mucho más oportuna desde el punto de vista de la neutralidad y de la eficiencia, y ni siquiera presenta ya el inconveniente de la dificultad de delimitar el ámbito de la obligación financiada siempre y cuando se atiendan los criterios de la Sentencia *Altmark*. De modo que se debería favorecer en el futuro que nuestra legislación se decantara por esta opción —al menos para financiar algunos elementos del servicio universal—, superando la evidente renuncia política basada en la intención de evitar la repercusión en la carga fiscal de los contribuyentes. Argumento éste que no cabe sino relativizar cuando se reconoce que la propia universalidad de las prestaciones incluidas en el servicio universal y la virtual generalidad con la que se ha concebido la exigencia de co-financiación a todos los operadores implican que los propios contribuyentes, en cuanto que usuarios de servicios de telecomunicaciones, vienen a sufragar indirectamente unas prestaciones cuya financiación se exige a los operadores que, de forma inmediata, computarán sus aportaciones al sistema de financiación a la hora de calcular sus propios costes de prestación.

¹⁰⁵ Como la que se aplicaba en EE.UU. sobre los servicios de larga distancia para la financiación del acceso al servicio telefónico de los usuarios con rentas bajas —vid. al respecto J.-J. LAFFONT y J. TIROLE (2000: 231-232)—, si bien hoy todos los programas incluidos en el servicio universal se financian a través de un fondo al que contribuyen todos los operadores a través de un porcentaje, que se fija cada trimestre, de sus ingresos por larga distancia e internacionales. La fijación del llamado «factor de contribución» es determinada por la FCC sobre la base de la previsión de costes de los distintos programas del servicio universal. Los operadores pueden decidir si repercuten o no esta contribución sobre sus abonados, aunque la mayoría lo hacen. Vid. Secciones 254 (d) y (f) de la *Telecommunications Act* norteamericana, de 8 de febrero de 1996.

¹⁰⁶ J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ (2003: 248-249) insiste en este dato en relación, genéricamente, con las obligaciones de servicio público, dando por supuesto que la financiación de estas obligaciones procederá de presupuestos públicos.

¹⁰⁷ En este punto no podemos coincidir con F. J. VILLAR ROJAS (2000), cuando descarta esta conclusión a la luz del artículo 26 de la Ley General Tributaria. Y es que, en contra de lo que por él se afirma, y siempre y cuando se acepte una analogía entre prestación posi-

En aplicación de aquella regla y, en su caso, de su excepción, la CMT fijará la lista definitiva de operadores obligados a contribuir a la financiación del servicio universal, que será publicada en el *BOE*, tal y como exige el apartado 1 del mismo artículo 47 RSU05. La misma publicidad habrá de darse a las precisiones de la CMT sobre el propio mecanismo de financiación compartida y, en concreto, a los principios aplicables al reparto de costes. Y es que la CMT retiene en el ámbito de la nueva LGTel03 la competencia para la determinación de las aportaciones que correspondan a cada uno de los operadores obligados a contribuir a la financiación del servicio universal, así como para determinar los criterios a aplicar a la hora de fijar este reparto. La aportación de cada concreto operador vendrá determinada de forma proporcional a su actividad (art. 49.1 RSU05), y deberán constituir «*contribuciones equitativas y no discriminatorias*»¹⁰⁸. Una vez publicada la lista definitiva, se requerirá a cada operador para que, en un único pago, efectúe el ingreso que le corresponda en el plazo de un mes desde que se le notifique, sin perjuicio de que el monto de este ingreso pueda verse reducido por compensación con su derecho a ser reembolsado de un coste neto, si es que él mismo es prestador de servicio universal (art. 49.3 RSU05).

Con todo, la participación fundamental de la CMT en relación con la financiación del servicio universal se refiere a la administración del llamado Fondo Nacional del Servicio Universal de las Telecomunicaciones. Y es que, para garantizar la financiación del servicio universal, la LGTel03 —como hiciera, en términos casi idénticos, su antecedente, la LGTel98— crea este Fondo. Se trata, en todo caso, conviene advertirlo, de un mecanismo que sólo se activará si se da una doble condición que, de hecho, no se ha dado durante la vigencia de la LGTel98, lo que explica que haya quedado inédito. Y es que el Fondo Nacional de Financiación del Servicio Universal sólo se creará en la práctica cuando se haya podido concluir que la prestación del servicio universal ha supuesto, en todo o en parte, un coste neto

va y prestación negativa (entendida como exención de una obligación), en el marco de la vigente LGTel03 se puede entender que con el pago de su contribución la Administración le libera al operador de la carga de prestar el servicio universal, algo a lo que renuncia de forma voluntaria —una vez que no ha expresado su interés en la consulta pública para identificar a los operadores obligados al servicio universal—.

¹⁰⁸ En concreto, «*cada operador contribuirá a la financiación del servicio universal de forma proporcional a la cantidad resultante de extraer de los ingresos brutos de explotación obtenidos los pagos por interconexión, ponderándose, en su caso, el importe de su contribución con un factor corrector, en función del servicio prestado*» —art. 48.3.a) RSU05—. Advierte, en todo caso, el RSU05 que se trata de un criterio que puede verse desplazado, por decisión del Ministerio, previo informe de la CMT, cuando la evolución tecnológica y las condiciones del mercado permitan lograr un reparto más equitativo de la carga derivada del servicio universal a través de la aplicación de otros parámetros de distribución que representen mejor la actividad de los operadores.

compensable y, además, cuando, cumplida esta primera condición, los costes de gestión del Fondo compensen su creación¹⁰⁹. De no darse esta segunda condición, puede preverse reglamentariamente, a propuesta de la CMT, la existencia de un mecanismo de compensación directa entre operadores (art. 50.4 RSU05).

Lo anterior se explica —en aplicación del principio de minoración de costes y cargas [art. 48.2.c) RSU05]— puesto que los fines de este Fondo son bien simples. En los términos del artículo 50.2 del RSU05, concretamente dos: *a)* Gestionar el cobro efectivo de las aportaciones de los operadores de comunicaciones electrónicas. *b)* Gestionar los pagos a los operadores con derecho a recibirlos por la prestación del servicio universal. De ahí precisamente que el Fondo carezca de personalidad jurídica, tal y como prescribe el artículo 24.4 de la LGTel03, según el cual aquél consistirá propiamente en una cuenta específica, de titularidad de la CMT, que la gestionará¹¹⁰. No se sigue, pues, la fórmula, abierta por la Directiva de servicio universal¹¹¹, siguiendo la pauta del modelo norteamericano, de encomendar a una entidad independiente, distinta al ente regulador, esta función de gestión del Fondo del Servicio Universal¹¹².

Tal y como se deduce de lo anterior, la propia existencia del Fondo se explica por la acumulación de las aportaciones recibidas de los operadores obligados a co-financiar el servicio universal, a las que se sumarán, en su caso, los ingresos que se obtengan a partir de una doble fuente: los rendimientos patrimoniales que pueda generar el Fondo (art. 51.3 RSU05)¹¹³ y, lo que es menos probable, las aporta-

¹⁰⁹ Costes que —en los términos del artículo 52 del RSU05— incluyen los que ocasione a la CMT la supervisión del coste neto, los administrativos y los derivados de la gestión de las contribuciones, siendo todos ellos objeto de reparto entre los operadores obligados con los mismos criterios aplicados para el reparto del coste neto.

¹¹⁰ Vid. artículo 24.4 LGTel03 y, en su desarrollo, artículos 50 a 52 del RSU05. Las funciones de gestión encomendadas a la CMT se concretan en múltiples aspectos (art. 50.3 RSU05), entre los que destacan —al margen de los que se refieren a la administración ordinaria— tres: la función de aprobar la memoria anual de su gestión, que se incorporará al informe anual que la CMT ha de presentar al Gobierno —ap. c)—; la función de determinar las contribuciones de cada operador —ap. e)—, que ya nos consta, y, sobre todo, la de resolver de forma vinculante los conflictos que se susciten entre operadores en materias relacionadas con el Fondo —ap. f)—.

¹¹¹ El apartado B del Anexo IV a la Directiva se refiere al «órgano independiente que administre el fondo», y no estrictamente a la ANR, al que responsabiliza de recaudar las contribuciones de las empresas a las que se exija la participación en el coste neto de las obligaciones de servicio universal, así como supervisar la transferencia de las sumas debidas o de los pagos administrativos a las empresas con derecho a obtener cantidades procedentes del Fondo.

¹¹² En EE.UU., la *Federal Communications Commission* (FCC) ha designado a la llamada *Universal Service Administrative Company* (USAC) para que administre el Fondo federal de servicio universal. La USAC es una sociedad independiente y sin ánimo de lucro.

¹¹³ Toda vez que el propio RSU05 no renuncia a la posibilidad de obtener del mismo

ciones que pueda realizar cualquier persona física o jurídica que desee contribuir «*desinteresadamente*» a la financiación de cualquier prestación propia del servicio universal (art. 51.1 RSU05)¹¹⁴.

Las compensaciones por la prestación del servicio universal se pagarán con cargo al Fondo. Conforme a la LGTel03, los operadores sujetos a obligaciones de prestación del servicio universal recibirán de este Fondo la cantidad correspondiente al coste neto que les supone dicha obligación, calculado según el doble procedimiento descrito más arriba. Le corresponde, obviamente, a la CMT llevar a cabo el correspondiente proceso de distribución, advirtiendo el artículo 51.4.c) del RSU05 que los operadores con derecho a compensación la recibirán en el plazo de un mes contado desde la finalización del plazo de pago de las aportaciones, «*de acuerdo con las aportaciones habidas*»¹¹⁵. Sin embargo, y esto es fundamental, «*la obligación de prestar el servicio universal no quedará condicionada, en ningún caso, a la recepción de compensaciones que provengan del Fondo*» (art. 51.6 RSU05).

VI. CONCLUSIONES: ¿NUEVAS TÉCNICAS PARA NUEVOS TIEMPOS?

La complejidad de la técnica descrita —que viene, por sí misma, a aportar un nuevo argumento para quienes defienden la inconsistencia de la identificación de los términos «liberalización» y «desregulación»¹¹⁶— puede conducir a la conclusión de que nos encontra-

rendimientos financieros, sin dejar de garantizar su indemnidad, al especificar el apartado 3 del artículo 51 que los recursos del Fondo puedan ser invertidos, siempre y cuando sea «*en activos financieros de alta liquidez y rentabilidad asegurada*».

¹¹⁴ Se trata, es obvio, de aportaciones voluntarias que, sin embargo, no cabría descartar en todo caso, particularmente en relación con concretos elementos de la prestación del servicio universal, como puedan ser los que se refieren a la atención de discapacitados o de usuarios socialmente débiles. Pensemos que puede haber entidades orientadas al cumplimiento de los fines de protección de unos y otros colectivos que pueden considerar la posibilidad de contribuir al Fondo para facilitar la prestación de estos concretos elementos del servicio universal. A los efectos de lo cual, y en la medida en que las donaciones pueden ser condicionadas, debería articularse alguna fórmula que permitiera respetar las especificaciones de destino de estas contribuciones.

¹¹⁵ Esta última expresión parece remitir al supuesto en que algunos operadores aportantes hayan incumplido el plazo de pago, supuesto que, sin embargo, no es objeto de regulación específica en el RSU05, más allá de prescribir, el artículo 51.5, que pasado el plazo se devengará un interés de demora y que la CMT tiene reconocidas todas las acciones legales que le correspondan para el cobro de la deuda. En tanto en cuanto no se logre completar los pagos de las aportaciones, y teniendo en cuenta que el Fondo es simplemente una «caja de redistribución», parece imprescindible interpretar que se reducirán proporcionalmente los pagos debidos a los operadores designados. Ahora bien, la misma lógica obliga a interpretar que aquel interés devengado por la demora en el plazo de pago, en los términos de lo previsto en el apartado 5 del mismo artículo 51, deberá revertir, en la proporción que corresponda, a los operadores designados.

¹¹⁶ Vid. al respecto, entre otros, G. FERNÁNDEZ FARRERES (1999: 45-46).

mos ante una técnica radicalmente novedosa. Hay, sin embargo, datos para afirmar que hay más de conocido que lo aparente.

En el ámbito de las telecomunicaciones, es evidente que la *técnica* más clásica del servicio público, entendida en términos de titularidad pública de la actividad en su totalidad —he ahí la clave—, ha sido desplazada en aras a la apertura a la competencia del correspondiente mercado. Esto no ha impedido, sin embargo, que la garantía de determinadas prestaciones *de minimis* se mantenga articulando un mecanismo de imposición de obligaciones *activas* de servicio universal a determinados operadores que, por poco que se repare en él, se parece mucho al propio sistema concesional que permitió abrir cauce a la gestión indirecta del servicio público más clásico. Efectivamente, si nos atenemos a las nuevas fórmulas de licitación pública para la designación del operador u operadores obligados a prestar todo o parte del servicio universal, no parece fácil escaparse de la conclusión de que nos encontramos ante una suerte de «concesión de servicio público», eso sí, de alcance limitado a las prestaciones englobadas bajo la garantía del servicio universal.

Desde esta perspectiva, la técnica de servicio responde exactamente a la misma lógica del servicio público más clásico, si bien en un contexto en el que la intervención pública para la garantía de ciertas prestaciones a todos los ciudadanos sólo se justifica —en una suerte de microcirugía— en aquello estrictamente imprescindible para no hurtar espacios a la libre competencia. Siendo así, no podemos sino concluir que el fundamento último para la intervención pública en este ámbito hay que seguir buscándolo en el artículo 128.2 CE, que, junto con la opción de la reserva omnicompreensiva de toda una actividad económica, puede dar cobertura a intervenciones de menor alcance, como la del servicio universal de telecomunicaciones, que, en rigor, máxime ante la actual configuración cuasi-concesional, sólo puede ser explicada admitiendo que el Estado retiene una suerte de titularidad de la actividad, si bien estrictamente reducida a las concretas prestaciones de servicio universal que no se presten espontáneamente por el mercado y que, en consecuencia, obliguen a articular un sistema de designación para su garantía. Las previsiones del artículo 2.2 de la LGTel03¹¹⁷ —en correlación con la

¹¹⁷ Este precepto, después de aclarar —como sabemos— en su apartado primero que «*las telecomunicaciones son servicios de interés general que se prestan en régimen de libre competencia*», afirma que «*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*». El artículo 4 mantiene una reserva a favor del Estado de los servicios de comunicaciones electrónicas para la defensa nacional y la protección civil, mientras que el título III se refiere, como sabemos, a las obligaciones de servicio público, y entre ellas a las de servicio universal, articulando un régimen jurídico concreto del que es, en todo caso, supletoria la LCAP.

previsión de aplicación supletoria de la legislación de contratos administrativos, en aplicación del art. 20.2— y, en último término, la cláusula del artículo 4.5 LGTel03, por la que se incorpora un mecanismo de salvaguarda para el caso de extremo incumplimiento de las obligaciones de servicio universal, es prueba —por sí misma— de lo que se dice¹¹⁸.

La anterior conclusión, que obliga, indudablemente, a matizar el carácter novedoso de esta técnica de servicio universal, no debe empañar ciertos matices que revelan un cierto grado de originalidad. Y entre ellos, sobremanera, el dato de su financiación compartida *dentro* del mercado, lo que permite reconocer una dimensión pasiva de la obligación de servicio universal que, en rigor, alcanza *a priori* a todos los operadores.

BIBLIOGRAFÍA

- ACIERNO, S., y BAQUERO CRUZ, J. (2004): «La sentencia *Altmark* sobre ayudas de Estado y servicios públicos», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 9.
- ARIÑO ORTIZ, G. (1979): «El servicio público como alternativa», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 23.
- (1999): «Servicio público y servicio universal en las telecomunicaciones», en J. CREMADES (ed.), *Derecho de las Telecomunicaciones*, La Ley, Madrid.
- ARIÑO ORTIZ, G., y CUÉTARA, J. M. de la (2000): «Algunas ideas básicas sobre regulación de sectores estratégicos», *CDP*, núm. 9.
- AUBY, J.-F. (1998): *Les services publics en Europe*, PUF, París.
- BAUBY, P. (1997): *Les services publics*, Flammarion, París.
- BOISSARD, B. (2004): «Les compensations de service public consacrées par la Cour de justice des Communautés européennes. Commentaire des affaires *Altmark trans*, *Gemoet Enirisorse*», *RDP*, 4.
- BRACONNIER, S. (2001): «La régulation des services publics», *RFDA*, 17 (1).
- CARLÓN RUIZ, M. (1999): «La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 102.
- (2000): *Régimen jurídico de las telecomunicaciones. Una perspectiva convergente en el Estado de las autonomías*, La Ley, Madrid.
- (2005): «Sentido y alcance de la obligación de proveer una facturación detallada a los usuarios de redes públicas de telecomunicaciones: comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 14 de septiembre de 2004 en el asunto Comisión c. Austria», *Derecho y Nuevas Tecnologías* (Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada), 3.ª época, núm. 8.
- (2006): *El servicio universal de telecomunicaciones*, Civitas, Madrid.

¹¹⁸ En los términos literales del precepto, «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». Se recoge con ello la fórmula del rescate de la concesión contemplada en el artículo 158.2 LCAP.

- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L. (2003): «Servicio público e intervención pública. Una reflexión general sobre los servicios públicos de relevancia económica», en VV.AA., *Estudios de Derecho Público. Libro-homenaje a Sebastián Martín-Retortillo*, Endesa-Ibercaja-Civitas, Madrid.
- CASSAGNE, J. C. (2000): «Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización», núm. 157 de esta REVISTA.
- CASSESE, S. (1999): «La retórica del servicio universal», en S. FROVA (coord.), *Telecomunicazioni e servizio universale*, Istituto di Studi e Analisi Economica, Giuffrè, Milán.
- CAWLEY, R. A. (2000): *Universal service: specific service on generic networks –some logic begins to emerge in the policy area*, ejemplar mecanografiado, Bruselas.
- CONSEIL D'ÉTAT (1994): «Service public, services publics, déclin ou renouveau», *Etudes et documents. Conseil d'Etat*, núm. 46.
- CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M. de la (2001): «Los precios de las telecomunicaciones: teoría y práctica», *REDETI*, núm. 12.
- CHENOT, B. (1953): «L'existencialisme et le Droit», *Revue française de science politique*.
- CHEVALLIER, J. (1979): «Les fondements idéologiques du droit administratif français», en *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, vol. II, PUF.
- CHINCHILLA MARÍN, C. (1998): *Servicio público, ¿crisis o renovación?*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ.
- (1999): «Comentario al artículo 35», en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. DE LA QUADRA-SALCEDO (coords.), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid.
- CHINCHILLA MARÍN, C., y CARLÓN RUIZ, M. (2003): «Del servicio público al servicio universal: el caso de las telecomunicaciones», en T. DE LA QUADRA-SALCEDO (dir.), *Aspectos jurídicos de las telecomunicaciones*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ.
- DÍEZ-PICAZO, L. M.^a (2002): «La idea de servicios de interés económico general», *REDE*, núm. 2.
- DUGUIT, L. (1913): *Les transformations du Droit Public*, Colin, París.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G. (1999): «Algunas consideraciones sobre el régimen de la interconexión de redes de telecomunicaciones», *RArAP*, núm. 14.
- (2004): «Transporte por carretera», en G. FERNÁNDEZ FARRERES (coord.), *Transportes y competencia. Los procesos de liberalización de los transportes aéreo, marítimo y terrestre y la aplicación del Derecho de la competencia*, Thomson-Civitas/Fundación Wellington/Instituto de Estudios Económicos, Madrid.
- GARRIDO FALLA, F. (2003): «¿Crisis de la noción de servicio público?», en VV.AA., *Estudios de Derecho Público. Libro-homenaje a Sebastián Martín-Retortillo*, Endesa-Ibercaja-Civitas, Madrid.
- LAFFONT, J.-J., y TIROLE, J. (2000): *Competition in Telecommunications*, MIT, Cambridge/Londres.
- LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, F. (1999): «Alcance y aplicación del artículo 90.2 (nuevo 86.2) del Tratado de la Comunidad Europea en la jurisprudencia comunitaria», *REDA*, núm. 102.
- MALARET I GARCÍA, E. (1998): «Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto», núm. 145 de esta REVISTA.
- MARTÍN REBOLLO, L. (1983): «De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica», núms. 100-102, vol. III, de esta REVISTA.
- (2003): «Sociedad, economía y Estado (a propósito del viejo regeneracionismo y el nuevo servicio público)», en VV.AA., *Estudios de Derecho Público. Libro-homenaje a Sebastián Martín-Retortillo*, Endesa-Ibercaja-Civitas, Madrid.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (2003): «El derecho de acceso a los servicios de interés económico general (El art. 36 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea)», en VV.AA., *Estudios de Derecho Público. Libro-homenaje a Sebastián Martín-Retortillo*, Endesa-Ibercaja-Civitas, Madrid.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (2000): «Reflexiones sobre la nueva Administración económica», en S. MUÑOZ MACHADO, J. L. GARCÍA DELGADO y L. GONZÁLEZ SEARA, *Las estructuras de bienestar en Europa*, Escuela Libre Editorial-Civitas, Madrid.

- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J. L. (2000): «Servicio público, servicio universal y “obligación de servicio público” en la perspectiva del Derecho comunitario: los servicios esenciales y sus regímenes alternativos», *RAnAP*, núm. 39.
- (2003): «La publicatio de recursos y servicios», en VV.AA., *Estudios de Derecho Público. Libro-homenaje a Sebastián Martín-Retortillo*, Endesa-Ibercaja-Civitas, Madrid.
- MEILÁN GIL, J. L. (1968): *La «cláusula de progreso» en los servicios públicos*, IEA, Madrid.
- MUÑOZ MACHADO, S. (1998): *Servicio público y mercado*, T. I, Civitas, Madrid.
- (2004): *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Thomson-Civitas, Madrid.
- NIZARD, L. (1975): «A propos de la notion de service public: mythes étatiques et représentations sociales», en *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, París.
- NOMDEN, K. (1997): «Reconciling liberalization and public service obligations», en *Managing Universal Service Obligations in Public Utilities in the European Union. Compilation of contributions to the above colloquium held in Maastricht on 28-29 November 1996*, Institut Européen d'Administration Publique, Maastricht.
- PERA, A. (1999): «Finanziamento del costo netto del servizio universale e concorrenza», en S. FROVA (coord.), *Telecomunicazioni e servizio universale*, Istituto di Studi e Analisi Economica, Giuffrè, Milán.
- QUADRA-SALCEDO, T. de la (1995): *Liberalización de las telecomunicaciones, servicio público y Constitución Económica Europea*, CEC, Madrid.
- (1998): *Servicios públicos versus servicio de interés económico general tras el Tratado de Amsterdam*, AA.
- REVUELTA DEL PERAL, J. (1998): «El servicio universal telefónico y el déficit de acceso en entornos liberalizados», *REDETI*, núm. 1.
- ROLLAND, L. (1947): *Précis de Droit administratif*, 9.^a ed., Dalloz.
- SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D. (2004): *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- SENDÍN GARCÍA, M. A. (2003): *Regulación y servicios públicos*, Comares, Granada.
- SOUVIRÓN MORENILLA, J. M.^a (1998): *La actividad de la administración y el servicio público*, Comares, Granada.
- TORNOS MAS, J. (2003): «Intervención pública sobre los precios de los servicios. Tasas, tarifas, precios regulados y potestad de ordenación general de precios», en VV.AA., *Estudios de Derecho Público. Libro-homenaje a Sebastián Martín-Retortillo*, Endesa-Ibercaja-Civitas, Madrid.
- TRUCHET, M. (1982): «Label de service public et statut du service public», *AJDA*, vol. 1.
- VANDAMME, J. (1997): «Les différents conceptions des entreprises et services publics en Europe», en *Managing Universal Service Obligations in Public Utilities in the European Union. Compilation of contributions to the above colloquium held in Maastricht on 28-29 November 1996*, Institut Européen d'Administration Publique, Maastricht.
- VILLAR PALASÍ, J. L. (1950): «La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo», núm. 3 de esta REVISTA.
- (1964): *La intervención administrativa en la industria*, IEP, Madrid.
- VILLAR ROJAS, F. J. (2000): *Tarifas, tasas, peajes y precios administrativos. Estudio de su naturaleza y régimen jurídico*, Comares, Granada.
- WIENER, C. (1974): «Service public ou autogestion: d'un mythe à l'autre», en *Mélanges Charlier*, Emile Paul, París.

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

- 1. Temas de interés.** La *Revista de Administración Pública* publica trabajos de investigación originales sobre Derecho Administrativo, Administración Comparada e Historia de la Administración.
- 2. Envío de originales.** Los trabajos deberán ser originales e inéditos; en caso de ser publicados una vez enviados a esta Secretaría, los autores deberán notificarlo y proceder a la retirada de los mismos. Se enviarán en lengua castellana, escritos en Microsoft Word o en formato compatible. Se harán llegar, en todo caso, en papel (una copia) y, además, en soporte electrónico, bien sea en disquete o CD-ROM, a nombre de la Secretaría de la *Revista*, a la dirección: CEPC, Plaza de la Marina Española, 9, 28071 MADRID, o por correo electrónico a la dirección **public@cepc.es**. Sólo se tomarán en consideración por el Consejo de Redacción aquellos trabajos que se hayan enviado, directamente, a la dirección de la *Revista* antes indicada.
- 3. Formato.** Los originales deberán ir escritos a espacio y medio, en letra Times New Roman tamaño 12. La extensión total no debiera superar las 40 páginas (10.000 a 12.000 palabras), incluidos notas a pie de página, bibliografía y apéndices en su caso. La primera página incluirá el título, nombre del autor o autores, filiación académica, direcciones de correo ordinario y electrónico y teléfonos de contacto. En una segunda página se presentarán dos resúmenes, en español e inglés, de unas 120 palabras cada uno y con tres a cinco palabras clave (en los dos idiomas).
- 4. Normas de edición:**
 - a) Bibliografía.** Las referencias bibliográficas, que se limitarán a las obras citadas en el trabajo, se ordenarán alfabéticamente por el primer apellido, en mayúsculas, del autor, bajo el título «Bibliografía» y al final del original. Ejemplo:

PÉREZ PÉREZ, Luis (2005): «La convalidación de los actos administrativos», *Revista de Administración Pública*, 151, págs. 9-30.

PÉREZ PÉREZ, Luis (2004): *Derecho Administrativo*, Madrid, CEPC.

Si se citan dos o más obras de un determinado autor publicadas en el mismo año, se distinguirán por medio de una letra. Ejemplo: PÉREZ PÉREZ, Luis (2005a) y PÉREZ PÉREZ, Luis (2005b).
 - b) Notas a pie de página.** Todas las notas irán a pie de página, numeradas mediante caracteres arábigos y en formato superíndice. Tras la primera referencia bibliográfica completa, sólo se incluirá su forma abreviada. Ejemplo: PÉREZ PÉREZ, Luis (2005): 90.
- 5. Reseñas de libros.** La *Revista de Administración Pública* acepta sugerencias sobre libros para su reseña, cuya extensión no podrá superar las 5 páginas.
- 6. Proceso de publicación.** La *Revista de Administración Pública* decidirá, a través de su Consejo de Redacción, la publicación de los trabajos requiriendo, en los casos en los que lo considere necesario, informes de evaluadores externos. Los autores de artículos aceptados para publicación podrán ser requeridos para la corrección de pruebas de imprenta, que habrán de ser devueltas en el plazo de 5 días. No se permitirá la introducción de cambios sustanciales en las pruebas, quedando éstos limitados a la corrección de errores con respecto a la versión aceptada.
- 7. Copyright.** El autor o los autores ceden a la *Revista*, en exclusiva, los derechos de reproducción en revistas científicas de los textos admitidos.
- 8. Advertencia.** Cualquier incumplimiento de las presentes Normas constituirá motivo para el rechazo del original remitido.

ISSN 0034-7639



9 770034 763905

00171

19,00 €