

LA ENDEBLE GARANTÍA DEL SERVICIO UNIVERSAL EN LAS TELECOMUNICACIONES*

INMACULADA REVUELTA PÉREZ
Profesora de Derecho Administrativo
Universidad de Valencia

I. INTRODUCCIÓN.—II. EL SERVICIO UNIVERSAL Y EL ESTATUTO PARTICULAR DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS DE TELECOMUNICACIONES: 1. *El servicio universal como servicio público*. 2. *El servicio universal no cubre todos los derechos de los consumidores*.—III. LA GARANTÍA ADMINISTRATIVA DEL SERVICIO UNIVERSAL: TÉCNICAS ARBITRADAS EN EL DERECHO ESPAÑOL: 1. *Presupuestos*: A) La escasa preocupación del Derecho comunitario por el sistema de garantías. B) La regulación como condicionante del servicio universal. 2. *Técnicas jurídico-administrativas de tutela del servicio universal*: A) La fiscalización de la prestación por la Administración de telecomunicaciones y sus potestades sancionadoras: una vía ineficaz. B) La resolución extrajudicial de conflictos: a) Un sistema dual: el arbitraje de consumo y el procedimiento de la Administración de telecomunicaciones: a') Líneas generales. b') Articulación de las vías resolutorias. b) Deficiencias del sistema: a') Las controvertidas competencias de las Juntas Arbitrales de Consumo en materia de servicio universal: confusión normativa, contradicción jurisprudencial e incompetencia *de facto*. b') El posible incumplimiento del Derecho comunitario, la falta de operatividad del procedimiento administrativo de telecomunicaciones y la censurable «administrativización» de los conflictos de consumo. c) La escasa garantía extrajudicial del servicio universal. Propuestas de modificación.—IV. CONCLUSIÓN.—BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

El presente trabajo contiene un análisis crítico de los mecanismos arbitrados en nuestro Derecho para asegurar a los ciudadanos la prestación del servicio universal en las telecomunicaciones. La garantía del servicio universal es una obligación que impone el Derecho comunitario a los Estados miembros y cuya efectividad presume la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones. Entre las diferentes técnicas jurídico-administrativas analizadas es objeto de especial atención la resolución de conflictos entre operadores y consumidores, dada su importancia y las deficiencias detectadas en su configuración. La finalidad última del trabajo es proponer las modificaciones necesarias para que estas prestaciones estén realmente aseguradas entre nosotros.

Palabras clave: servicios públicos; telecomunicaciones; servicio universal; tutela de los consumidores y usuarios.

ABSTRACT

The article critically analyzes the administrative mechanisms established by Spanish Law in order to guarantee the provision of Universal Service on telecommunications to the

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación «Cohesión Territorial y Servicios Públicos Liberalizados», dirigido por el Profesor José María BAÑO LEÓN y financiado por el Plan Nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica 2004-2007 (SEJ2004-01328).

citizens. That guarantee of Universal Service is the obligation imposed to Member States under Community Law and the assumption of the Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones. Among the different aspects analyzed, the paper focuses on out-of-court procedures for dealing with disputes involving consumers. The end-point is to propose modifications required to achieve the effective guarantee of the above mentioned Universal Service.

Key words: public services; telecommunications; universal service; users and consumers rights protection.

I. INTRODUCCIÓN

La protección de los usuarios y consumidores constituye un argumento recurrente en los servicios públicos liberalizados, como las telecomunicaciones. Se esgrimió inicialmente para justificar el proceso liberalizador¹ y sigue aduciendo como uno de los motivos fundamentales que justifican el mantenimiento de una intensa presencia pública en parte de los mismos². También era ésta, por cierto, una de las principales explicaciones que se ofreció históricamente para justificar la reserva de los servicios públicos al Estado.

La nueva intervención en los servicios liberalizados se orienta a asegurar la libre competencia en su prestación, pero también a garantizar determinadas condiciones en aquélla, como el acceso igualitario de los ciudadanos, su calidad, precios asequibles o la protección de los derechos de los usuarios. Se trata, según la Comisión Europea, de alcanzar objetivos de servicio público en el marco de mercados abiertos y competitivos. Para lograrlo se ha recurrido a técnicas como las «obligaciones de servicio público» que se imponen a las empresas del sector; como el servicio universal³.

¹ Véase el *Libro Verde sobre el desarrollo del Mercado Común de los Servicios y Equipos de Telecomunicaciones*, de 30 de junio de 1987 [COM (87) 290].

² El artículo 3 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, incluye la defensa de los intereses de los usuarios entre sus principales objetivos. En este sentido, se establece que «podrán imponerse obligaciones a los prestadores de los servicios para la garantía de dichos derechos». Se refiere en este precepto, entre otros, a los derechos de acceso a los servicios y a la salvaguarda en su prestación de imperativos constitucionales, como el de no discriminación, derecho al honor, intimidad, protección de los datos personales, y al secreto en las comunicaciones. En el ámbito del Derecho comunitario, la Comunicación de 2001 de la Comisión sobre los servicios de interés general en Europa establece que «el interés de los ciudadanos constituye el eje de la política comunitaria sobre servicios de interés general (...). Los usuarios y sus exigencias constituyen el foco principal de la acción pública en este ámbito. La Comunidad protege los objetivos de interés general y la misión de servicio público» (apartado 2.8).

³ Sobre el servicio universal de telecomunicaciones en nuestro Derecho, vid., por todos, Matilde CARLÓN RUIZ (2006a), *El servicio universal de Telecomunicaciones*, Civitas, y (2006b), «El servicio universal de telecomunicaciones», núm. 171 de esta REVISTA, págs. 35-78; Carmen CHINCHILLA MARÍN (2004), «Obligaciones de servicio público», en GARCÍA DE ENTERRÍA/DE LA QUADRA-SALCEDO (Dir.), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 32/2003, de 3 de noviembre)*, Civitas, págs. 366-412; Gaspar ARIÑO ORTIZ (1999), «Servicio público y servicio universal en las telecomunicaciones», en J. CREMADES (Dir.), *Derecho de las telecomunicaciones*, La Ley; José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ (2000), «Servicio públi-

Pero más allá de la dimensión conceptual que desde la liberalización envuelve estos servicios, que viene condicionada en sus grandes líneas por el Derecho comunitario, lo que nos interesa determinar en este momento, una vez abierto el mercado, es la consecución en la práctica de tales objetivos de servicio público. Se pretende analizar el sistema establecido en nuestro Derecho para satisfacer esas necesidades y derechos más básicos que, en un momento histórico concreto, justificaron la *publicatio* del sector y que ahora pretenden garantizarse a través de técnicas, sólo en parte, diferentes a las clásicas del servicio público. Nos referimos a derechos como, por ejemplo, el de acceso funcional a Internet a través de la red telefónica pública, prestación que forma parte del servicio universal y que, según nuestra vigente Ley 32/2003, de Telecomunicaciones, «se garantiza» a todos los usuarios (art. 22).

Constituye ésta una cuestión, sobre todo, de Derecho interno. A diferencia de otros aspectos de las comunicaciones electrónicas, como la existencia de una competencia efectiva entre los operadores del sector, el Derecho comunitario ha dejado la articulación del sistema de tutela de los usuarios mayoritariamente en manos de los Estados miembros, aduciendo el principio de subsidiariedad⁴.

El presente trabajo contiene un análisis crítico de los mecanismos arbitrados en nuestro Derecho para asegurar el cumplimiento del servicio universal de telecomunicaciones⁵, sobre todo de la resolución extrajudicial de conflictos. El estudio de la posición jurídica del usuario actual de las telecomunicaciones ha de llevarnos necesariamente a reflexionar, aunque sea brevemente, sobre el papel del Derecho administrativo en este nuevo marco de los servicios públicos en que el Estado, más que procurar estas prestaciones básicas a los usuarios, debe garantizar que lo hagan las empresas que libremente operan en el mercado.

co, servicio universal y “obligación de servicio público” en la perspectiva del Derecho Comunitario: los servicios esenciales y sus regímenes alternativos», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 39, págs. 25-52; Santiago GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (2004), «Valoración crítica del sistema de servicio universal y de liberalización», núm. 164 de esta REVISTA, págs. 253-270.

⁴ Vid. el artículo 3.2 de la Directiva 2002/22, sobre servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. En el *Libro Blanco sobre los servicios de interés general*, objeto de la Comunicación de la Comisión COM 2004 (374) final, se establece que el servicio universal «permite definir principios comunes a escala comunitaria y encomendar su aplicación a los Estados miembros, de modo que pueda atenderse a la situación específica de cada país, de acuerdo con el principio de subsidiariedad» (punto 3.3).

⁵ En este trabajo se emplean indistintamente los términos «telecomunicaciones» y «comunicaciones electrónicas». La vigente Ley 32/2003, de Telecomunicaciones, opta por el primero, de mayor amplitud, ya que incluye, aparte de los servicios de comunicaciones electrónicas, los aparatos de conformidad. El Derecho comunitario, por el contrario, utiliza el rótulo «comunicaciones electrónicas».

II. EL SERVICIO UNIVERSAL Y EL ESTATUTO PARTICULAR DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS DE TELECOMUNICACIONES

1. *El servicio universal como servicio público*

Al igual que su predecesora, la Ley de Telecomunicaciones de 2003 establece que las telecomunicaciones constituyen «servicios de interés general» que se prestan en régimen de libre competencia, y alude a una serie de servicios, entre ellos el servicio universal, que o bien son calificados como servicio público o bien dice que están sometidos a obligaciones de servicio público (art. 2.2).

Conforme a este precepto es posible distinguir, pues, dos categorías de servicios de telecomunicaciones que se amparan bajo el rótulo del servicio público. De un lado, los que reciben tal calificación legal, que son los de la defensa nacional y la protección civil⁶. De otro lado, los sometidos a obligaciones de servicio público, esto es, por ahora, el servicio universal.

En el primer caso (servicios para la defensa nacional y la protección civil), la Ley contiene una suerte de *publicatio*, es decir, un acto formal de atribución de la titularidad de los servicios al poder público⁷. La titularidad pública se entiende aquí, por supuesto, como reserva de la prestación de los servicios al sector público. Reserva que está admitida en el artículo 128 CE y que no plantea problemas desde el punto de vista del Derecho comunitario, habida cuenta del artículo 86.2 TCE. Este precepto, como es sabido, admite excepciones a las reglas de la competencia a causa de los servicios de interés general⁸. Nos encontramos ante el servicio público en sus términos más clásicos.

Por su parte, el servicio universal no está legalmente calificado como servicio público, pero esto no significa que haya que excluirlo de tal consideración. La técnica de la *publicatio* es bien conocida entre nosotros. Constituye el instrumento habitualmente utilizado en nuestro Derecho para la creación de servicios públicos, si bien, como ha puesto de manifiesto E. MALARET, no es un requisito imprescindible para que una determinada actividad sea considerada servicio público⁹.

⁶ En este sentido, vid. Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1999), «Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy», núm. 150 de esta REVISTA, pág. 72.

⁷ Es cuestionable que pueda hablarse aquí de una *publicatio* en sentido estricto pues, evidentemente, no concurre aquí el presupuesto del cambio, de la transformación de la situación anterior de la actividad, que suele predicarse de aquélla. Se ha considerado conveniente utilizar este término porque es el que suele emplear habitualmente la doctrina científica para identificar el acto formal por el que se declaraba la reserva de determinadas actividades al poder público.

⁸ En este sentido, vid., con carácter general, Santiago MUÑOZ MACHADO (2004), *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho público general*, tomo I, 1.ª ed., Civitas, págs. 1144 y ss.; y, en relación con esta reserva, Juan Francisco MESTRE DELGADO (2004), «Artículo 4. Servicios de telecomunicaciones para la defensa nacional y la protección civil», en GARCÍA DE ENTERRÍA/DE LA QUADRA-SALCEDO (Dir.) (2004: 75-80).

⁹ Ha señalado Elisenda MALARET GARCÍA (1998), «Servicios públicos, funciones públi-

El servicio universal, frente a la tradicional *publicatio*, se materializa a través de la técnica de la imposición de obligaciones de servicio público. Este mecanismo proviene del Derecho comunitario de los servicios de interés general, siendo desconocido entre nosotros hasta que se aprueban los primeros documentos de la liberalización del sector de las telecomunicaciones. El tipo de intervención pública que subyace en el mismo, desde luego, no se corresponde exactamente con los parámetros en que se han desarrollado tradicionalmente los servicios públicos en nuestro Ordenamiento, si bien es cierto que presenta importantes similitudes que lo aproximan claramente a aquéllos.

Un claro paralelismo se observa en el régimen de intervención pública que afecta al prestador del servicio. Al igual que en los servicios públicos tradicionales, la Administración ostenta unas potestades muy intensas de dirección, control y sanción en el servicio universal. La prestación del servicio universal conlleva un régimen jurídico muy particular, caracterizado por una intensa, constante y asimétrica presencia pública sobre las empresas del sector. Es posible identificar determinados elementos que singularizan su prestación, no sólo respecto de otras actividades que no se consideran servicio público, sino también respecto de otras manifestaciones de la intervención pública en los propios servicios de telecomunicaciones y que no se conectan, como ocurre con el servicio universal, con el término servicio público; en particular, con las obligaciones de servicio público.

El dato que más llama la atención desde esta perspectiva es el carácter singular de la imposición de las cargas, su falta de generalidad (al menos, por ahora). No todas las empresas que operan en el sector prestan efectivamente el servicio universal. Sólo alguna, o algunas, deben hacerlo, aunque se prevé la eventual compensación, lo que responde al principio de igualdad en las cargas públicas. La imposición de estas obligaciones corresponde a la Administración, que tiene reconocida la potestad de designar el operador u operadores que han de prestarlo en cada momento (art. 23 LGT). La Ley establece una serie de limitaciones frente a esta actuación administrativa, como la existencia de un procedimiento que respete una serie de principios (eficacia, objetividad, transparencia y no discriminación), pero deja en manos de la Administración la decisión que hace surgir esa carga singular. Es cierto que la Ley determina el contenido de las obligaciones generales que se imponen con base en el servicio universal y que, en principio, éstas son

cas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto», núm. 145 de esta REVISTA, enero-abril, págs. 49 y ss., que, en Francia, el requisito de la titularidad del servicio es totalmente desconocido. Dice esta autora que «(...) la exposición de la noción de servicio público propia del Derecho Administrativo francés es especialmente necesaria puesto que evidencia cómo un elemento tan característico como el que podríamos denominar requisito de la titularidad, que un sector de nuestra doctrina ha creído importar del Derecho francés, es totalmente desconocido en la legislación, jurisprudencia y doctrina de un país (...). Lo que se pretende expresar con la noción de titularidad es tan ajeno al Derecho francés que no tiene incluso traducción posible».

aplicables a todos los operadores¹⁰. Pero al menos la dinámica seguida hasta ahora entre nosotros ha sido la de la designación directa del operador, inicialmente, por el legislador y, más tarde, por la Administración, vía reglamentaria¹¹.

En esta misma línea, hay que mencionar también la cuestión de la financiación del servicio universal. Nuestro legislador ha optado por establecer un sistema de compensación a la empresa designada, que recae sobre el sector y, en último término, sobre los usuarios¹². Este sistema requiere también el ejercicio de potestades administrativas como la de determinar y exigir al resto de operadores que contribuyan a la financiación del servicio universal. Hasta ahora no se ha hecho uso de estos mecanismos, pero este rasgo vuelve a colocar al servicio universal en la línea ya apuntada del régimen particularmente intenso de intervención pública sobre las empresas que se da (o puede darse) en este campo.

Toda la intervención pública que se deriva del servicio universal tiene su razón de ser en una de las facetas esenciales de la idea del servicio público, la satisfacción de necesidades y derechos de los ciudadanos¹³. El servicio universal se ha venido identificando con una serie de prestaciones básicas de telecomunicaciones¹⁴ que, según la vigente Ley 32/2003, «se garantizan

¹⁰ En este sentido, Matilde CARLÓN RUIZ (2006b: 61).

¹¹ La Ley de Telecomunicaciones de 1998, en su disposición transitoria tercera, estableció que Telefónica era el operador inicialmente dominante, lo que significaba la obligación de prestar el servicio universal. El Reglamento de servicio universal confirmó tal condición a este operador hasta el 31 de diciembre de 2005. La Ley de 2003 vuelve a reconocer, si bien con carácter transitorio, a Telefónica como operador dominante (disposición transitoria segunda). Y el Reglamento de servicio universal de 2005 establece la obligación de esta empresa de prestar el servicio universal hasta el 31 de diciembre de 2007 (disposición transitoria segunda). Carmen CHINCHILLA MARÍN (2004: 380) ha cuestionado el Reglamento de servicio universal en este punto, esto es, que exista en la Ley 32/2003 una habilitación reglamentaria para la ampliación del plazo en que Telefónica debía seguir prestando el servicio universal, y considera probable que nunca llegue a aplicarse el sistema de designación del operador que debe prestar el servicio universal.

¹² Nótese que la Directiva 2002/22 prevé dos fórmulas de financiación del servicio universal. Es posible utilizar fondos públicos, en condiciones de transparencia, o bien, como ocurre en nuestro Ordenamiento, creando un fondo sectorial específico al que todas las empresas presentes en el mercado tienen que contribuir. En el considerando 21 de la Directiva se establece que «cuando una obligación de servicio universal represente una carga injusta para una empresa, conviene permitir que los Estados miembros establezcan mecanismos de recuperación eficaz de los costes netos. La recuperación con cargo a los fondos públicos de los Estados miembros constituye uno de los métodos de recuperación de los costes netos que se derivan de las obligaciones de servicio universal. También parece razonable que la recuperación de los costes netos establecidos se haga de manera transparente mediante la contribución de todos los usuarios a través de exacciones recaudadas a las empresas (...)». Sobre esta cuestión, vid. Matilde CARLÓN RUIZ (2006b: 61 y ss.).

¹³ Elisenda MALARET GARCÍA (1998: 50) destaca el doble significado que desde la perspectiva jurídica tiene la idea de servicio público: «a) legitimación de la acción de la Administración; b) fundamento de los derechos de los ciudadanos». Para esta autora, «esta dualidad se encuentra siempre presente, siendo lo cambiante con el transcurso del tiempo la importancia o el papel que se otorga a una u otra faceta y, sobre todo, el nivel de concreción de los derechos de los ciudadanos».

¹⁴ En estos momentos, el servicio universal de telecomunicaciones está dotado, en líneas generales, del siguiente contenido (art. 22 LGT): a) conexión a la red telefónica públi-

[la cursiva es nuestra] para todos los usuarios finales con independencia de su localización geográfica, con una calidad determinada y a un precio asequible» (art. 22 LGT).

El fundamento último de esta garantía pública es la cohesión social y territorial¹⁵, es decir, uno de los principios generales del servicio público clásico: el derecho del usuario al acceso en condiciones de igualdad al mismo.

Es probable que nuestro régimen constitucional, con base en la cláusula del Estado social (art. 1.2 CE), y habida cuenta del mandato de tutela de los intereses de los consumidores por parte de los poderes públicos (art. 51 CE), permita un régimen de intervención pública como el que constituye el servicio universal de telecomunicaciones¹⁶. La imposición *ex lege* de las obligaciones que comprende el servicio universal constituiría título habilitante suficiente de toda esta intensa intervención administrativa en esta materia. Pero, aun no siendo imprescindible, parece que la institución del servicio público otorga mayor cobertura jurídica a un sistema intervencionista público de las características apuntadas, sobre todo en los términos en que viene desarrollándose entre nosotros.

Al margen de los rasgos mencionados hasta ahora, suficientemente re-

ca y acceso a la prestación del servicio telefónico disponible al público desde una ubicación fija, incluido el acceso funcional a Internet; *b*) disposición por parte de los abonados de una guía de números de abonados, así como de un servicio de información general sobre la misma; *c*) oferta suficiente de teléfonos públicos de pago en todo el territorio nacional que, entre otras cosas, permita efectuar gratuitamente llamadas de emergencia a través del número 112; *d*) acceso de las personas discapacitadas al mismo en condiciones equiparables a las del resto de usuarios finales; *e*) oferta de opciones o paquetes de tarifas diferentes a las aplicadas en condiciones normales de explotación comercial para garantizar que las personas con necesidades sociales especiales puedan acceder al servicio telefónico disponible al público, y *f*) limitaciones de precios, cuando proceda. Todas estas prestaciones que conforman el servicio universal están, en su mayoría, concretadas en el *Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios*, aprobado mediante el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril (en adelante, RSU). En él se especifica, en mayor o menor medida, el contenido de los diversos elementos que integran el servicio universal, así como el alcance de las obligaciones del operador que se designe para su prestación y los derechos de los usuarios en cada caso. Para un estudio exhaustivo del contenido del servicio universal, vid. Matilde CARLÓN RUIZ (2006a: 107 y ss.).

¹⁵ La cohesión social y territorial constituye el fundamento común de todos los servicios de interés general. El propio Tratado Constitutivo, desde la modificación que introdujo el Tratado de Ámsterdam, conecta estos servicios con la promoción de estos aspectos (art. 6). En estos momentos, el servicio universal de telecomunicaciones satisface, sobre todo, necesidades sociales. En este ámbito no se plantean tanto problemas de desigualdad territorial como social. Sobre la cohesión social y territorial en los servicios públicos, vid. Elisenda MALARET GARCÍA (1998: 80 y ss.). En general, sobre la garantía de la cohesión social y territorial como obligación constitucional, vid. Andrés BOIX PALOP y Juan Antonio UREÑA SALCEDO (2006), «Obra benéfico-social de las Cajas de Ahorros y financiación de infraestructuras», núm. 170 de esta REVISTA, págs. 295-323.

¹⁶ Al respecto, Elisenda MALARET GARCÍA (1998: 74 y ss.) considera innecesario acudir al servicio público para encontrar un instrumento de legitimación de la acción de los poderes públicos. Dice esta autora que «la constitucionalización de normas que establecen fines para la acción pública, mandatos de acción positiva, del mismo modo que normas que habilitan directamente la intervención pública, relativiza en el ordenamiento jurídico español el alcance de la noción de servicio público».

presentativos, la consideración del servicio universal como servicio público está latente, en último término, en su configuración por el legislador. Es decisiva la remisión, con carácter supletorio, a la normativa reguladora del contrato de gestión de servicios públicos (art. 20.2 LGT). También lo es la previsión de la asunción directa de la prestación en caso de incumplimiento de las obligaciones, aunque sea con carácter excepcional y provisional, y que se erige en la garantía última de la prestación del servicio universal (art. 4.5 LGT). Y no menos significativa resulta, en fin, la aplicación al servicio universal de los principios generales propios de la gestión de los servicios públicos (continuidad y regularidad). El artículo 20.3 de la Ley exige que su prestación se efectúe «con respeto a los principios de igualdad, transparencia, no discriminación, continuidad, adaptabilidad, disponibilidad y permanencia».

No cabe duda que el servicio universal es servicio público¹⁷. Así lo ha considerado mayoritariamente la doctrina, que ha visto en el servicio universal, precisamente, su línea de evolución¹⁸.

2. El servicio universal no cubre todos los derechos de los consumidores

La posición jurídica del usuario actual de las telecomunicaciones se aproxima más a la del usuario de los servicios públicos clásicos que a la del

¹⁷ Vid., por todos, Santiago MUÑOZ MACHADO (1998), *Servicio público y mercado*, Civitas, y (2004: 1166); Carmen CHINCHILLA MARÍN (1998), *Servicio público: ¿crisis o renovación?*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ; Elisenda MALARET GARCÍA (1998: 56); Carmen CHINCHILLA MARÍN y Matilde CARLÓN RUIZ (2003), «Del servicio público al servicio universal: el caso de las telecomunicaciones», en DE LA QUADRA-SALCEDO (Dir.), *Aspectos Jurídicos de las telecomunicaciones*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ; Germán FERNÁNDEZ FARRERES (2003a), «El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía», *Justicia Administrativa*, núm. 18; Matilde CARLÓN RUIZ (2006b: 75).

¹⁸ En este sentido, Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1999: 71) señala que «las obligaciones de servicio público (aspecto funcional o material) han venido así a ocupar el lugar del servicio público en el sentido orgánico-subjetivo que nos era familiar, que ahora o bien se ha hecho desaparecer pura y simplemente en unos casos (electricidad y gas) o bien se ha limitado a supuestos excepcionales. En el terreno conceptual la evolución ha quedado así consumada»; Santiago MUÑOZ MACHADO (2004: 1166) establece que «el servicio público es, ante todo, un régimen jurídico; exactamente, el régimen jurídico que se aplica a las actividades de carácter prestacional a través de las cuales se satisfacen las necesidades de la comunidad»; Matilde CARLÓN RUIZ (2006b: 75) señala que «(...) 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 mínimos 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 (...). 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».

consumidor de bienes o servicios ordinarios¹⁹. La institución del servicio universal se ha creado precisamente para cohonstar la apertura a la libre competencia de un sector esencial para los ciudadanos con la necesidad de asegurar una serie de prestaciones básicas a todos los usuarios, como el acceso a la red telefónica pública.

Pero el *status* singular de estos usuarios y consumidores no sólo trae causa del servicio universal. La intervención pública desplegada para proteger a estos consumidores excede de las exigencias estrictamente ligadas al aseguramiento de un núcleo de prestaciones básicas de telecomunicaciones. Las empresas del sector, dadas las peculiaridades de estos servicios, están condicionadas también en la normativa de telecomunicaciones por la figura de las «obligaciones de carácter público». A diferencia del servicio universal, estas obligaciones se imponen a todos los operadores y afectan a la prestación de todos los servicios. Se proyecta esta figura sobre materias tan relevantes como el secreto de las comunicaciones, la protección de los datos de carácter personal, la seguridad de la información y, sobre todo, los derechos de estos consumidores y usuarios.

A medida que se avanzaba en la liberalización del sector, el legislador de telecomunicaciones ha ido progresivamente definiendo y concretando un catálogo muy amplio de derechos propios de estos consumidores, como la información, a celebrar contratos con los operadores que facilitan el acceso a la red telefónica pública, a la desconexión de determinados servicios, a ser compensados por la interrupción de los servicios, incumplimiento de niveles de calidad o por daños, a elegir el medio de pago, a la resolución anticipada y sin penalización de los contratos, etc.²⁰.

¹⁹ La posición de los usuarios, a diferencia de otros aspectos del servicio público, ha recibido tradicionalmente una escasa atención por parte de nuestra doctrina. Cabe destacar los trabajos de Pedro ESCRIBANO COLLADO (1977), «El usuario ante los servicios públicos: precisiones acerca de su situación jurídica», núm. 82 de esta REVISTA, págs. 113-152; Enrique RIVERO YSERN (1978), «La protección del usuario de los servicios públicos», núm. 87 de esta REVISTA, págs. 205-249; José Luis VILLAR EZCURRA (1980), *Servicio público y técnicas de conexión*, Centro de Estudios Constitucionales, págs. 257 y ss.; y Luis MIGUEZ MACHO (1997), «Nuevas tendencias en la tutela de los usuarios de los servicios públicos en Italia», núm. 142 de esta REVISTA, págs. 571-620.

²⁰ La tutela de los consumidores y usuarios ha sido objeto de un proceso evolutivo muy significativo en la legislación de telecomunicaciones. En los primeros momentos, esta materia ocupó un lugar secundario, si bien progresivamente se ha ido incidiendo en la misma. La escasa preocupación de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones (LOT), con la que se inicia el proceso liberalizador en nuestro país, era evidente. Tan sólo se reconocía el derecho de las asociaciones de consumidores a participar en la ordenación del sector, a través de su consulta en materia de contratación; y se penalizaba el trato desconsiderado a los consumidores, que se calificaba como infracción grave (art. 33.4). La tutela de los consumidores se materializó en estos momentos a través, principalmente, de los desarrollos reglamentarios de los distintos servicios, como el del servicio telefónico básico. La Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, supuso un gran avance en este campo. La protección de los usuarios y consumidores constituyó uno de los aspectos centrales de la nueva ordenación. La Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, sigue avanzando en esta materia. Sobre la tutela de los consumidores y usuarios de las telecomunicaciones, vid. Luis ORTEGA ÁLVAREZ (1999), «Artículo 54», en GARCÍA DE ENTERRÍA/DE LA QUADRA-SALCEDO (Coords.) (1999), *Comentarios a la Ley General de Telecomunica-*

Aparte de la detallada regulación de los derechos de estos consumidores, la Administración de las telecomunicaciones ostenta potestades específicas para proteger a estos consumidores. Se materializan estos poderes en aspectos como la calidad, los precios y, sobre todo, la contratación. Así, por ejemplo, la Administración fija el contenido mínimo de los contratos, puede aprobar contratos tipo e introducir cláusulas modificativas. El sistema de tutela administrativa de estos consumidores se cierra con el otorgamiento de potestades dirimentes en sus controversias frente a las empresas del sector. Se ha instituido un procedimiento específico de resolución por la Administración de las telecomunicaciones que se añade a las vías existentes de solución de conflictos, tanto judiciales como extrajudiciales.

Un aspecto llamativo del sistema creado es la aplicación homogénea de las diversas técnicas de tutela de los derechos e intereses que se reconocen a los usuarios y consumidores de telecomunicaciones. No existen diferencias de relevancia entre el servicio universal y el resto de derechos, como, por ejemplo, en la facturación o contratación de los servicios, lo que resulta criticable, puesto que ya se ha visto que el Derecho comunitario y la Ley 32/2003 han tratado de establecer una garantía reforzada respecto del servicio universal. Esta uniformidad en el tratamiento de los distintos derechos e intereses de los consumidores puede explicar, en parte, algunas de las disfunciones del sistema de tutela administrativa de estos usuarios y de la garantía del servicio universal en nuestro Derecho.

III. LA GARANTÍA ADMINISTRATIVA DEL SERVICIO UNIVERSAL: TÉCNICAS ARBITRADAS EN EL DERECHO ESPAÑOL

1. *Presupuestos*

A) *La escasa preocupación del Derecho comunitario por el sistema de garantías.*

El Derecho comunitario es deficitario respecto a la exigibilidad del servicio universal. Las normas comunitarias no diseñan un sistema acabado de garantías del mismo, dejando esta tarea a los Estados miembros²¹.

ciones, Civitas, págs. 491-499; Inmaculada REVUELTA PÉREZ (2002), «La protección de los consumidores frente a los nuevos servicios de telecomunicaciones», *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 116, págs. 529-556; Luis ORTEGA ÁLVAREZ y Nuria GARRIDO CUENCA (2004), «Artículo 38», en GARCÍA DE ENTERRÍA/DE LA QUADRA-SALCEDO (Dir.) (2004: 627-650); S. GERBOLÉS RODRÍGUEZ (2004), «Artículo 38. Derechos de los consumidores y usuarios finales», en CREMADES Y RODRÍGUEZ ARANA (Dir.) (2004), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Aprobada por Ley 32/2003, de 3 de noviembre)*, La Ley, págs. 519 y ss.; Ángel CARRASCO PERERA (Dir.) (2005), *Estudios sobre Telecomunicaciones y Derecho de Consumo*, Aranzadi.

²¹ En este sentido, la Directiva 2002/22, de servicio universal, establece que «(...) los estados miembros determinarán el enfoque más eficaz y adecuado para garantizar la aplicación del servicio universal» (art. 3.2).

Están obligados, únicamente, los Estados miembros a velar porque el servicio universal se ponga a disposición de todos los usuarios (art. 3 de la Directiva 2002/22). A esta obligación de resultado se suma otra exigencia que incide en la garantía del servicio universal, aunque sea de forma indirecta. En el marco más amplio de la protección de los consumidores, los Estados miembros deben establecer mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos sobre las materias reguladas en la Directiva de servicio universal (art. 34.1).

La limitada atención que en el momento actual dedica el Derecho comunitario a la garantía del servicio universal contrasta con la situación inicial. La resolución extrajudicial de conflictos, incluso, formaba parte del propio concepto de servicio universal de telecomunicaciones. El desinterés comunitario, probablemente, se deba a la constatación de los beneficios que, en términos generales, ha supuesto la liberalización para los consumidores²², puesto que la Comisión parece ser plenamente consciente de las deficiencias existentes en la puesta en práctica del servicio universal. Entre las diversas ocasiones en que se ha referido a este problema²³, cabe destacar el *Libro Verde de 2003 sobre los servicios de interés general*. Dice la Comisión, tras señalar la importancia capital del servicio universal, que:

«La aplicación del principio de servicio universal es una tarea compleja y exigente para las autoridades nacionales de reglamentación, que, en muchos casos, son de reciente creación y cuya experiencia es, por tanto, necesariamente limitada. A escala comunitaria, los derechos de acceso a los servicios se definen en diversas Directivas, pero [la cursiva es nuestra] *las instituciones comunitarias no pueden garantizar por sí solas su efectivo ejercicio, con lo que se corre el riesgo de que estos derechos, consagrados en la legislación comunitaria,*

²² Los datos que se contienen en la *Comunicación de la Comisión de 2001 sobre los servicios de interés general* son ilustrativos. En ella se indica que «el 96% de los hogares europeos tienen acceso a la telefonía vocal en su hogar. Sólo un poco más de la mitad de los hogares restantes no están interesados o tienen medios de acceso alternativos. Menos del 2% no tiene acceso a la telefonía vocal por razones económicas. Desde 1998, todos los consumidores se han beneficiado de importantes reducciones de precios: por término medio, durante el período 1997-1999 los precios han disminuido más del 40% para los usuarios privados» (41).

²³ En la *Comunicación de la Comisión de 2001 sobre los servicios de interés general* se aludía a la «falta de mecanismos efectivos de solución de conflictos de los usuarios cuando los servicios no funcionan correctamente» (38). También se ponía de manifiesto la existencia de un descontento sustancial de los consumidores, sobre todo en cuestión de precios y en cuanto al tratamiento de las quejas (42). En la *Comunicación sobre regulación y mercados de las comunicaciones electrónicas en Europa 2005* (11.º informe) [COM (2006) 68 final, de 20 de febrero de 2006], la Comisión señala, en relación con el servicio universal, que los Estados miembros han cumplido sus obligaciones de transposición, pero que «se tiende más a fomentar que a imponer las actuaciones, así cabría mejorar el acceso práctico a los servicios». Lo que no impide que el informe concluya afirmando que «el marco garantiza al ciudadano la prestación de los servicios básicos a precio asequible y la atención de las necesidades sociales especiales».

sigan siendo puramente teóricos, incluso si han sido formalmente incorporados a la legislación nacional».

No parece que en un futuro próximo vaya a incidirse desde el Derecho comunitario en el sistema de garantías del servicio universal de telecomunicaciones²⁴, por lo que la tutela de estos derechos básicos va a seguir dependiendo de la efectividad de los instrumentos establecidos en el Derecho interno.

B) *La regulación como condicionante del servicio universal.*

La exigibilidad de los derechos que integran el servicio universal resulta problemática en la práctica²⁵. Uno de los principales inconvenientes se deriva de la propia indeterminación de su contenido.

Todavía se observan algunas deficiencias en este sentido en nuestro Ordenamiento, si bien es cierto que en relativamente poco tiempo se ha pasado de una situación inicial de reconocimiento meramente programático de las prestaciones incluidas en el servicio universal (Ley de Telecomunicaciones de 1998) a otra ya, en el marco de la vigente Ley 32/2003, de Telecomunicaciones, de gran concreción.

El grado de detalle de las prestaciones que integran el servicio universal es todavía variable. Entre las más acabadas cabe destacar la del acceso a la red telefónica pública, que es el aspecto esencial del servicio universal. Esta conexión deberá permitir, entre otras, la de «recibir y efectuar llamadas telefónicas de ámbito nacional e internacional a números geográficos y no geográficos (...)», así como «establecer comunicaciones de datos a velocidad suficiente para acceder de forma funcional a Internet, con arreglo a las recomendaciones pertinentes de la serie V de la UIT-T (...)». También se determinan los plazos de suministro de la conexión inicial —sesenta días—,

²⁴ Hay que advertir, no obstante, que se asiste otra vez a un proceso de redefinición del servicio universal de telecomunicaciones, tal como se indica en los documentos que están sirviendo de base para la nueva modificación del marco regulador de las comunicaciones electrónicas. Vid. la *Comunicación de la Comisión sobre la revisión del marco regulador de la UE de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas* [COM (2006), de 29 de junio de 2006]. La Comisión ha señalado que se revela «la necesidad de reflexionar en profundidad sobre el papel y el concepto de servicio universal en el siglo XXI»; y, en este sentido, anuncia su intención de publicar en 2007 un Libro Verde en esta materia. La finalidad es suscitar un amplio debate, en vista del contexto tecnológico actual, esto es, de la convergencia entre las redes de banda ancha, los medios audiovisuales y los dispositivos electrónicos y del crecimiento de los servicios basados en Internet. La Comisión plantea la posibilidad de que, en el futuro, el servicio universal se centre, más que en la prestación de servicios, en el acceso a las infraestructuras, es decir, en el suministro de enlaces de acceso de banda ancha. La financiación del servicio universal es otro de los aspectos discutidos. Se cuestiona el modelo actual, que hace recaer costes sociales en las empresas del sector, proponiendo la eventual financiación de la inclusión social con cargo a los impuestos generales.

²⁵ Así lo ha puesto de manifiesto, en relación con el acceso al servicio telefónico básico, Matilde CARLÓN RUIZ (2006a: 112).

las consecuencias de su incumplimiento —obligación de compensación automática por parte del operador— (art. 29.4 RSU) o el contenido del requisito que según la Ley condiciona el derecho de los usuarios al acceso, esto es, que la solicitud sea razonable. Tal carácter se reconoce expresamente en el Reglamento del servicio universal a todas aquellas peticiones que cumplen alguna de las condiciones en él fijadas, como, por ejemplo, tratarse de inmuebles situados en suelo urbano (art. 29.2 RSU)²⁶.

Pero hasta hace muy poco ni se habían determinado las condiciones del derecho de acceso al servicio telefónico básico, ni la forma en que el operador designado debía hacerlo efectivo (plazos, procedimiento en caso de duda sobre la petición, etc.), ni las eventuales consecuencias del incumplimiento por el operador. El Reglamento de servicio universal de 2005 detalla, como se ha visto, las características que debe tener la conexión a la red telefónica pública, lo que hay que entender por «petición razonable», estableciendo presunciones legales (por ejemplo, inmuebles en suelo urbano), y fija los plazos en que el acceso debe hacerse efectivo, consagrando la regla la compensación automática por su incumplimiento y fijándose la cuantía de esa indemnización.

Sigue, no obstante, sin dotarse de contenido a otros elementos del servicio universal. El Reglamento de servicio universal de 2005 se remite en algunas materias a ulteriores desarrollos reglamentarios. Son los supuestos, entre otros, del indicador determinante de la renta familiar que genera el derecho a la aplicación del *abono social* a jubilados y pensionistas (art. 35 RSU) o a la posibilidad de efectuar el pago de la conexión a la red de manera escalonada —art. 35.2.f) RSU—. Es generalizado en esta normativa el empleo de conceptos jurídicos indeterminados, como «plazo razonable» u «oferta suficiente de teléfonos públicos de pago», que requieren ser interpretados, sin que en algunos casos se hayan fijado todavía los criterios aplicables²⁷.

²⁶ El artículo 29 del RD 425/2005 considera razonables las peticiones de acceso que cumplan las siguientes condiciones:

- a) Que la conexión se solicite para cualquier inmueble situado en suelo urbano.
- b) Que la conexión se solicite para una edificación de las previstas en el apartado 1 de la disposición transitoria quinta del Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, y que, además, dicha edificación esté destinada a uso residencial como vivienda habitual del solicitante.
- c) Que la solicitud de instalación sea para una edificación destinada a uso residencial como vivienda habitual del solicitante que, aunque esté en suelo no urbanizable, haya sido excepcionalmente autorizada de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 20.1 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones.

²⁷ Se trata, entre otros, del precio asequible del servicio de consulta telefónica sobre números de abonados (art. 31 RSU), del plazo razonable para satisfacer las solicitudes de instalación de teléfonos públicos de pago por parte de los ayuntamientos (art. 32 RSU) o de la «oferta suficiente y tecnológicamente actualizada de terminales especiales adaptados a los diferentes tipos de discapacidades». Valga, como ejemplo en sentido contrario y junto al ya mencionado de «petición razonable» para la conexión a la red telefónica pública, el supuesto de la «oferta suficiente de teléfonos públicos de pago». El Reglamento de servicio univer-

Sucede, incluso, que la satisfacción de algunos de los derechos que forman parte del servicio universal queda condicionada a una decisión previa de la Administración, que puede modular en el caso concreto las reglas fijadas con carácter general. Esto ocurre, por ejemplo, con el derecho de conexión a la red telefónica pública. El operador está obligado a someter a decisión de la Administración de telecomunicaciones aquellas solicitudes que considere no razonables (art. 29.3 RSU)²⁸. También se prevé la posibilidad de que la Administración autorice el suministro de la conexión en un plazo de tiempo superior al previsto, si bien parece que sólo por causas no imputables al operador (art. 29.4 RSU). En relación con la oferta suficiente de teléfonos públicos de pago, se contempla un procedimiento semejante de sometimiento a la Administración de aquellas solicitudes que el operador considere no ajustadas a los criterios fijados (art. 32.1, final).

La exigibilidad del servicio universal está condicionada, pues, por el contenido de los derechos que fija la normativa y por las decisiones que puede adoptar la Administración en el plano de la ejecución, ya sea tanto con carácter general²⁹ como particular.

La determinación progresiva del contenido del servicio universal viene a consagrar la idea de que éste no comprende derechos absolutos³⁰. El condicionamiento de la prestación del servicio universal a la regulación administrativa pone de manifiesto la peculiaridad que revisten estos derechos de los consumidores en cuanto a su exigibilidad y, con ello, a la resolución de los conflictos que puedan suscitarse.

Pero la regulación no se traduce necesariamente en la mejora de la posición del usuario³¹. Aunque, en principio, pudiera parecer que la falta de concreción legal del contenido del servicio universal puede dificultar su exigibilidad³², su indeterminación en la normativa inicial de las telecomunicaciones no ha impedido, por ejemplo, a las Juntas Arbitrales de Consumo resolver este tipo de conflictos, haciéndose efectivos los derechos programáticos que reconocía la Ley de Telecomunicaciones de 1998, a través

sal aporta criterios que se basan en el número de habitantes de los municipios. El principal problema se plantea respecto de los municipios de menos de 500 habitantes. El Reglamento fija, como regla general, la existencia de un teléfono, pero se supedita inmediatamente a una serie de circunstancias que es preciso valorar en el caso concreto. Se trata de las siguientes: «que esté justificado sobre la base de 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» (art. 32 RSU).

²⁸ Conforme al artículo 29.3 RSU, es competente para adoptar estas decisiones el Director General de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información.

²⁹ Un ejemplo de ello lo constituye el programa de adaptación del acceso funcional a Internet, que se adoptó una vez que la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico incluyó el acceso funcional a Internet en el servicio universal

³⁰ En este sentido, vid. Matilde CARLÓN RUIZ (2006b: 112).

³¹ Sobre la regulación, vid. Santiago MUÑOZ MACHADO (2004: 1172 y ss.).

³² En este sentido, Carmen CHINCHILLA MARÍN (2004: 371) afirma que «(...) en la definición de las prestaciones, elemento esencial, como ha quedado dicho, para la efectiva prestación del servicio universal, se produce, pues, una determinación normativa en cascada que, lamentablemente, no siempre va a ser suficiente para determinar qué se considera una solicitud razonable o un precio asequible».

de interpretaciones, lógicamente, favorables a los usuarios. Muchas de estas decisiones seguramente podrían cuestionarse a la luz de los posteriores desarrollos reguladores en la materia.

Un ejemplo representativo de lo que viene apuntándose puede observarse en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 102/2005, de 28 de febrero. Este pronunciamiento permite conocer la decisión de una Junta Arbitral que, con base en la inclusión del acceso a Internet en el concepto de servicio universal³³, impuso a Telefónica la obligación de instalar en el domicilio de un usuario un sistema de telefonía que garantizase el acceso funcional a la red, puesto que el inicialmente instalado (Telefonía Rural de Acceso Celular, TRAC) no lo permitía. Se dice en esta Sentencia que

«(...) no puede una compañía que ostenta el cuasi monopolio de instalación de líneas de teléfono, ampararse en las competencias superiores de control y vigilancia de la Administración Pública, para zafarse de la responsabilidad que le compete en la puesta a disposición de quien con ella contrata del servicio adecuado para el uso a que pretende destinarlo el usuario, pues sería un incumplimiento del servicio universal que tiene concedido Telefónica de España pretender instalar sistemas inadecuados para poder hablar, transmitir fax o conectarse a Internet».

Nótese, sin embargo, que el acceso funcional a Internet en algunas zonas rurales, a pesar de que este derecho se haya reconocido desde 2003 a todos los usuarios, no será realidad, al menos, hasta finales de 2008, conforme al Plan de sustitución de las líneas TRAC presentado por Telefónica y aprobado por la Administración de las telecomunicaciones³⁴.

No puede dejar de advertirse de las particularidades que reviste el servicio universal a causa, fundamentalmente, de su condicionamiento a la regulación administrativa. Toda esta regulación debería tenerse en cuenta cuando se resuelvan controversias entre operadores y consumidores en esta materia.

³³ La inclusión del acceso a Internet en el servicio universal se materializó con la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Correo Electrónico (LSSI). En este sentido, vid. Inmaculada REVUELTA PÉREZ (2003), «Incidencia de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad y de correo electrónico en el servicio universal de telecomunicaciones: el acceso a Internet», *Revista de Derecho de la Universitat de Valencia*, núm. 2 (especial LSSI).

³⁴ Aparte de la inclusión del acceso funcional a Internet, la modificación de la Ley de Telecomunicaciones que supuso la aprobación de la LSSI incluía una nueva disposición transitoria que obligaba a Telefónica a elaborar un Plan de actuación para hacer efectivo dicho acceso en las zonas rurales mediante la sustitución de las líneas TRAC. El Plan Operacional, aprobado por el Ministerio competente, abarcaba inicialmente el período 2003-06, pero se ha ampliado hasta finales de 2008. Sobre este Plan, vid. Telefónica de España, «De la universalización del servicio telefónico a la banda ancha (I): Antecedentes, Sociedad de la Información», disponible en Internet (http://sociedaddelainformacion.telefonica.es/documentos/articulos/B_A%20FONDO_MundoRural_I.pdf).

2. Técnicas jurídico-administrativas de tutela del servicio universal

A) La fiscalización de la prestación por la Administración de telecomunicaciones y sus potestades sancionadoras: una vía ineficaz.

La prestación del servicio universal está sujeta por el Ordenamiento de las telecomunicaciones a un intenso control administrativo³⁵. Pero, antes de analizar los mecanismos de supervisión administrativa del servicio universal y sus potencialidades, refirámonos brevemente a su dimensión organizativa.

El control de las obligaciones de servicio público se ha reconocido a distintos órganos a lo largo del proceso de liberalización. Inicialmente, y conforme a lo establecido en la redacción originaria de la, hoy derogada, Ley 11/1998, General de Telecomunicaciones (art. 35.2), ejercía estas funciones la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, órgano que resolvió numerosas solicitudes de acceso al servicio telefónico fijo provenientes de particulares³⁶. La citada Ley se modificó, no obstante, en el año 2000, otorgándose estas competencias al Ministerio de Ciencia y Tecnología³⁷ (hoy, Ministerio de Industria, Turismo y Comercio). La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones quedó encargada de fiscalizar las cuestiones relacionadas con la competencia en el sector.

Debe resaltarse el hecho de que se haya optado finalmente por atribuir a la Administración de telecomunicaciones, y no a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, el control y, como se verá, también la resolución de las controversias entre los operadores y usuarios. Es probable que la intervención de este órgano, independiente y especializado, en la faceta prescricional del servicio universal resultara más operativa para éstos que la de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones³⁸.

³⁵ Interesa centrarse ahora exclusivamente en la fiscalización administrativa del servicio universal frente a los usuarios, esto es, en la exigibilidad de las prestaciones que lo conforman. Pero éste abarca una intervención pública muy amplia y comprende cuestiones como la competencia en el mercado, que supervisa la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, o los precios, que son controlados por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos y el Ministerio de Economía y Hacienda.

³⁶ Vid., entre otras, la Resolución de la CMT de 2 de diciembre de 1999.

³⁷ Ley 14/2000, de 29 de diciembre, sobre Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

³⁸ La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones realiza funciones similares a las de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información en el ámbito de la libre competencia. Llama la atención el diferente régimen jurídico a que somete, por ejemplo, la actividad resolutoria de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones frente a la actuación de este tipo de la citada Secretaría. El plazo de resolución de la agencia es menor y no se prevé la posibilidad de falta de resolución en plazo (art. 14 LGT). Sobre las Agencias independientes en general, vid., por todos, Andrés BETANCOR RODRÍGUEZ (1994), *Las Administraciones independientes*, Tecnos; Ángel Manuel MORENO MOLINA (1995), *La Administración por Agencias en los Estados Unidos de Norteamérica*, Universidad Carlos III; Eloísa CARBONELL PORRAS y José Luis MUGA MUÑOZ (1996), *Agencias y*

En relación ya con las técnicas de fiscalización administrativa del servicio universal, hay que hacer referencia, en primer lugar, a la potestad administrativa de intervenir en la puesta en práctica de algunos derechos del servicio universal, como el de conexión a la red telefónica pública. Como novedad de la normativa más reciente de telecomunicaciones, el operador designado tiene que someter todas aquellas solicitudes de conexión que considere irrazonables a la Administración (art. 29.3 RSU), al igual que ocurre con las de instalación de teléfonos públicos de pago (art. 32.1 RSU). Cuando no se dan las condiciones legales de presunción de una petición de acceso como razonable, el operador no puede decidir unilateralmente sobre la misma, como ocurriría antes. Debe trasladar la petición del ciudadano a la Administración y, por supuesto, deberá cumplir la decisión de ésta, lo que, en principio, podría suponer la solución del caso concreto. El problema que suscita este mecanismo es su vinculación a la actuación del operador. Podría darse el caso de falta de transmisión de la solicitud a la Administración o de incumplimiento de la decisión. Por otra parte, esta intervención administrativa sólo se contempla respecto de algunos derechos del servicio universal. No puede, por tanto, considerarse un instrumento eficaz de garantía del servicio universal, aunque pueda contribuir a evitar que surjan conflictos.

En segundo lugar, hay que aludir al poder que se otorga a la Administración para penalizar los incumplimientos del servicio universal, esto es, a la potestad sancionadora. La Ley de Telecomunicaciones incluye el incumplimiento de las obligaciones de servicio público entre las conductas infractoras que se tipifican en su Título VIII. Se considera infracción muy grave el incumplimiento de tales obligaciones cuando éste es grave o reiterado —art. 53.l)—, y grave si no se dan estas circunstancias —art. 54.o)—.

Las sanciones previstas en estos casos son la multa y, en su caso, la inhabilitación al operador para la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas (art. 56.1 LGT). Las obligaciones de servicio público siguen la regla mayoritaria en cuanto a la cuantía de la sanción pecuniaria: «se impondrá al infractor multa por importe no inferior al tanto, ni superior al quíntuplo, del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción. En caso de que no resulte posible aplicar este criterio, el límite máximo de la sanción será de dos millones de euros» —art. 56.1.b)—.

procedimiento administrativo en los Estados Unidos de América, Marcial Pons; y Mariano MAGIDE HERRERO (2000), *Límites constitucionales de las Administraciones Independientes*, INAP. Acerca de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, vid. Matilde CARLÓN RUIZ (1999), «La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 102, págs. 229-255; Ramón TEROL GÓMEZ (1999), *El control público de las Telecomunicaciones. Autoridades Reguladoras*, Tirant lo Blanch; José Manuel SALA ARQUER (2000), *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, Civitas; Germán FERNÁNDEZ FARRERES (2003b), «La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones», en DE LA QUADRA-SALCEDO (Dir.), *Aspectos Jurídicos de las Telecomunicaciones*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, págs. 57-78; y Daniel TERRÓN SANTOS (2004), *Autoridades nacionales de reglamentación. El caso de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, Comares.

Dos consideraciones cabe hacer respecto del vigente régimen sancionador del servicio universal. De una parte, hay que notar la equiparación que lleva a cabo la vigente Ley de Telecomunicaciones entre el servicio universal y el resto de derechos de los consumidores. La vulneración grave o reiterada de los derechos de los consumidores se considera ahora infracción muy grave —art. 53.z)—, mientras que en la Ley de 1998 únicamente el incumplimiento del servicio universal se consideró infracción muy grave.

Por otra parte, el incumplimiento del servicio universal no figura entre las conductas infractoras susceptibles de sufrir una mayor penalización económica. El incumplimiento de las instrucciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en garantía de la competencia en el mercado puede suponer la imposición a los operadores de una multa de hasta 20 millones de euros —art. 56.1.a)—, mientras que para el resto de incumplimientos, incluido el servicio universal, la multa sólo puede llegar a los 2 millones de euros. El hecho de que nuestro legislador castigue más duramente las conductas que atentan contra la competencia que las que afectan a los derechos de los usuarios es una manifestación más de la preponderancia que en las telecomunicaciones se da a la competencia sobre la efectividad de las garantías a los usuarios.

Al margen de ello, y en relación con la garantía del servicio universal que puede suponer a los consumidores el ejercicio por la Administración de la potestad sancionadora frente a eventuales incumplimientos del operador designado, este mecanismo resulta insuficiente y poco eficaz. Una actuación de este tipo puede tener efectos beneficiosos para la generalidad de los usuarios, pero no soluciona el caso concreto. Ni siquiera cuando el ejercicio de esta potestad tenga su origen en una denuncia del usuario afectado, aun cuando llegara a sancionarse al operador, se haría efectivo el derecho vulnerado, al margen de que no se soluciona el problema del resarcimiento de los eventuales daños y perjuicios causados, en la medida en que la Administración no puede declarar la responsabilidad del operador frente al usuario.

En conclusión, las técnicas de supervisión administrativa sobre las telecomunicaciones (ordenación, vigilancia y sanción) pueden contribuir a evitar la aparición de conflictos, pero no constituyen cauces eficaces para garantizar el servicio universal en el caso concreto, lo que, en definitiva, hace necesario acudir a otras vías de tutela administrativa de estos derechos, como la resolución extrajudicial de los conflictos.

- B) *La resolución extrajudicial de conflictos.*
- a) *Un sistema dual: el arbitraje de consumo y el procedimiento de la Administración de telecomunicaciones.*
- a') *Líneas generales.*

El Derecho comunitario obliga a los Estados miembros a disponer de procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos entre los consumidores y los operadores de telecomunicaciones sobre las materias reguladas en la Directiva de servicio universal (art. 34.1). Dichos procedimientos deben cumplir las siguientes condiciones: *a)* ser transparentes; *b)* sencillos; *c)* poco onerosos; y *d)* permitir la resolución equitativa y rápida de los litigios.

La Ley 32/2003, de Telecomunicaciones, al igual que su predecesora, contempla dos vías de resolución extrajudicial de las controversias (art. 38).

La primera la constituyen las Juntas Arbitrales de Consumo, órganos que se enmarcan en el Sistema Arbitral de Consumo, regulado actualmente por el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero. Se trata de un mecanismo extrajudicial de resolución de conflictos de consumo, de carácter voluntario, instaurado por la Ley 26/1984, de 19 de julio, sobre Defensa de los Consumidores y Usuarios³⁹. El segundo cauce es un procedimiento administrativo, que se atribuye al Ministerio de Ciencia y Tecnología (hoy, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo) y que apenas es regulado en la Ley de Telecomunicaciones, que se remite a ulteriores desarrollos reglamentarios. Se limita la Ley a determinar su pertinencia (cuando las partes no se sometan a las Juntas Arbitrales o éstas no sean competentes), fijar sus características básicas (gratuito y rápido), el efecto de la falta de resolución expresa en plazo (desestimación de la reclamación) y prever la posibilidad de revisión de la decisión por la jurisdicción contencioso-administrativa.

El sistema de resolución extrajudicial de conflictos es objeto de mayores desarrollos en el Reglamento de servicio universal de 2005, al que se dedica el artículo 104. Se prevé, como requisito previo a la utilización de los mecanismos ya citados, la reclamación ante el operador.

Nada nuevo se dice sobre las Juntas Arbitrales de Consumo en el citado

³⁹ Sobre el sistema arbitral de consumo, vid., entre otros, E. RIVERO YSERN (1992), «Consumidores, usuarios y sistema arbitral», en *Actualidad y perspectiva del derecho público a fines del siglo XX: homenaje al profesor Garrido Falla*, Civitas, págs. 1667-1672; Ignacio QUINTANA CARLO y Ángel BONET NAVARRO (Dir.) (1997), *El sistema arbitral de consumo. Comentarios al Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo*, Aranzadi; Ángel CARRASCO PERERA y Calisto DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ (1998), *El arbitraje de consumo. La experiencia de Castilla-La Mancha (1992-1996)*, Tecnos; Arturo ÁLVAREZ ALARCÓN (1999), *El sistema español de arbitraje de consumo*, Instituto Nacional de Consumo; Javier GUILLÉN CARAMÉS (2005), «Administración y actividad arbitral: la necesidad de simplificación y reforma de los mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos en materia de consumo», núm. 166 de esta REVISTA, págs. 353-393.

Reglamento, que se remite a la regulación propia del arbitraje de consumo, al igual que la Ley 32/2003. Respecto al procedimiento administrativo concurrente, que se atribuye a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, el Reglamento presenta algunas novedades a los efectos que ahora se analizan. La nueva ordenación limita el ámbito material de esta vía resolutoria. Sólo puede pronunciarse este órgano sobre los derechos de los consumidores regulados específicamente en su Título VI y en su normativa de desarrollo, lo que puede plantear inconvenientes con el servicio universal, que se regula en otro título de la norma.

Al margen de estos aspectos novedosos, el nuevo Reglamento de servicio universal mantiene el plazo de seis meses para la resolución y notificación de la decisión de la Administración y establece que la misma agota la vía administrativa, pudiendo recurrirse la decisión en vía contencioso-administrativa (art. 104.4). Nada se dice, sin embargo, sobre la resolución de la reclamación por silencio administrativo, que, como ya se ha dicho, admitió expresamente la Ley 32/2003.

b') *Articulación de las vías resolutorias.*

El sistema de resolución extrajudicial de conflictos de consumo establecido en la normativa de telecomunicaciones se caracteriza por el carácter alternativo que, en principio, tienen los dos mecanismos previstos⁴⁰. Tal naturaleza se deduce de la Ley 32/2003, cuando dispone que para los supuestos de no sometimiento de las partes a las Juntas Arbitrales (o en caso de incompetencia de éstas para resolver el conflicto) se establecerá un procedimiento resolutorio (art. 38.2). Los usuarios, en caso de reclamación, tienen que elegir una de las dos vías. En algunos casos, no obstante, tal posibilidad de elección es inexistente. El arbitraje de consumo, dado su carácter voluntario, no se proyecta sobre la totalidad de las reclamaciones de los consumidores, ya sea por falta de sometimiento del operador o por la exclusión de alguna materia por parte de los adheridos al sistema.

En principio, parece lógico que, existiendo dos vías resolutorias, éstas se configuren como alternativas. De no hacerse así, podría darse el caso de soluciones contradictorias en un mismo asunto. Pero es importante destacar que el ámbito de aplicación de ambas vías no es coincidente y que existen otras importantes diferencias entre ambas, pues siguen una mecánica resolutoria muy diversa.

La principal diferencia radica en los efectos de la decisión sobre el conflicto. La resolución de las Juntas Arbitrales (laudo arbitral) tiene carácter vinculante y ejecutivo, produciendo efectos idénticos a la cosa juzgada. Por el contrario, la decisión de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones no cierra el conflicto. Este acto administrativo puede ser recurrido ante la

⁴⁰ Véanse, en este sentido, Luis ORTEGA ÁLVAREZ (1999: 54); Luis ORTEGA ÁLVAREZ y Nuria GARRIDO CUENCA (2004: 633); y Javier GUILLÉN CARAMÉS (2005: 367).

jurisdicción contencioso-administrativa. Plantear la reclamación ante la Secretaría de Estado produce, en definitiva, una suerte de «administrativización» del conflicto.

No se está, en este último caso, ante un arbitraje en sentido estricto⁴¹, sino ante un procedimiento administrativo de naturaleza arbitral⁴². Este procedimiento ni es sustitutivo de la vía judicial⁴³ ni es voluntario, que son dos de las notas que caracterizan el arbitraje. Este cauce es voluntario para el consumidor, pero los operadores están obligatoriamente sometidos al mismo. Además, la decisión de la Administración no tiene efectos de cosa juzgada. Como cualquier acto administrativo, ésta es vinculante y ejecutiva, pero es recurrible en vía contencioso-administrativa.

La dinámica resolutoria de estos dos instrumentos difiere también sustancialmente. El arbitraje de consumo se caracteriza por la composición plural del órgano decisorio (colegio arbitral). En él se integran representantes de los intereses afectados (operadores, consumidores y Administración pública), lo que no se produce en el procedimiento ante la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones. El arbitraje de consumo es más rápido, puesto que si bien el plazo de resolución fijado en ambos casos es de seis meses (art. 49 RD 231/2008)⁴⁴, en la mayoría de casos este plazo no llega a agotarse, puesto que alrededor del ochenta por ciento de los conflictos se resuelven antes de haber transcurrido dos meses⁴⁵. Además, el hecho de que la decisión de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones sea susceptible de recurso contencioso-administrativo puede retrasar notablemente la solución del conflicto.

El arbitraje de consumo, en principio, presenta más ventajas para los consumidores. La rapidez, cercanía y carácter presencial de este sistema lo convierten en la vía más adecuada para satisfacer cualquier pretensión de consumo. Aparte de que la decisión de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones no es definitiva, la lejanía del órgano de tutela (adscrito a un órgano central de la Administración del Estado), la intervención no presencial de los reclamantes, el carácter unipersonal del órgano resolutorio, la posi-

⁴¹ Luis ORTEGA ÁLVAREZ y Nuria GARRIDO CUENCA (2004: 638) afirman que se trata «de un artificioso sistema de “pseudoarbitraje”, un procedimiento que difícilmente puede comprenderse como arbitral, un acto administrativo que no adopta la forma de laudo y que además no está sometido a la Ley de arbitraje». Javier GUILLÉN CARAMÉS (2005: 367) y Ángel CARRASCO PERERA y Ana Isabel MENDOZA LOSANA (2005), «La protección de los consumidores y usuarios en el nuevo régimen jurídico del mercado de las telecomunicaciones: estudio comparativo de las Leyes 32/2003 y 11/1998», en CARRASCO PERERA (Dir.) (2005: 145), lo consideran, igualmente, un «procedimiento cuasiarbitral».

⁴² Sobre la actividad administrativa arbitral, vid. Ramón PARADA VÁZQUEZ (1992), «La actividad administrativa arbitral», en *Actualidad y perspectiva del derecho público a fines del siglo XX: homenaje al profesor Garrido Falla*, Civitas; y (2004), *Derecho Administrativo I*, 15.^a ed., Marcial Pons, págs. 526 y ss.

⁴³ En este sentido, vid. Javier GUILLÉN CARAMÉS (2005: 67).

⁴⁴ Este plazo puede prorrogarse por acuerdo expreso de las partes, previa notificación al Colegio Arbitral, antes de la expiración del plazo inicial.

⁴⁵ Vid. la *Memoria del Sistema Arbitral de Consumo*, pág. 109, en la que figuran datos del año 2003.

ble inactividad de la Administración y la correlativa necesidad de acudir al orden contencioso-administrativo para que se resuelva la controversia, entre otras razones, colocan a los consumidores en una situación de mayor debilidad⁴⁶.

- b) *Deficiencias del sistema.*
- a') *Las controvertidas competencias de las Juntas Arbitrales de Consumo en materia de servicio universal: confusión normativa, contradicción jurisprudencial e incompetencia de facto.*

El sistema de resolución extrajudicial de conflictos previsto suscita algunos inconvenientes relativos a la articulación de las obligaciones de servicio público. Desde la liberalización del sector, uno de los mayores debates planteados en la resolución de los conflictos de consumo ha sido, precisamente, el de la exigibilidad del servicio universal. Se ha cuestionado, por parte del operador designado, la capacidad de las Juntas Arbitrales para resolver controversias en esta materia. Este problema, por cierto, es común en todos los servicios liberalizados o en fase de liberalización.

La normativa de telecomunicaciones nunca ha sido excesivamente clara en este aspecto, aunque nada indica que el servicio universal deba seguir un régimen particular de resolución extrajudicial de conflictos. El derogado Reglamento de servicio universal de 1998 no establecía limitaciones en cuanto al objeto de las reclamaciones susceptibles de someterse a resolución extrajudicial (art. 61). Según este precepto, podían referirse aquéllas a «su funcionamiento, su precio, su facturación, la responsabilidad por daños o cualquier otra cuestión que pudiera plantearse en relación con la prestación del servicio». Tampoco se establecieron, en fin, distinciones materiales entre los dos cauces, a pesar de que la complejidad de los conflictos de servicio universal y su condicionamiento a la regulación podían perfectamente haber justificado el establecimiento de un régimen jurídico diferenciado en este ámbito, sobre todo si se tiene en cuenta que el arbitraje de consumo se basa en la equidad y no en el Derecho.

⁴⁶ Una prueba representativa de la escasa tutela que, para los consumidores de telecomunicaciones, supone el Servicio de Reclamaciones de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones es la resolución de este órgano, cuya fecha de registro de salida es el 27 de diciembre de 2001, de la reclamación de un usuario relativa a los servicios de tarificación adicional. Este órgano inadmitió la reclamación, a pesar de que únicamente se solicitaba a Telefónica la restricción de las llamadas a las líneas 903 y 906 y de que tan sólo un día después se publicó la Orden del Ministerio de Ciencia y Tecnología, de 21 de diciembre de 2001, que obligaba al operador designado a facilitar la desconexión y bloqueo de estas llamadas (punto 13). Resulta llamativa esta decisión tanto por la inminente publicación de la citada normativa como porque la regulación previa de estos servicios ya preveía el derecho a desconexión de los usuarios, al menos de las líneas 903. Sobre la desprotección de los consumidores frente a estos servicios, vid. Inmaculada REVUELTA PÉREZ (2002).

Esta interpretación favorable a la competencia de las Juntas Arbitrales sobre el servicio universal resulta compatible con la regulación del sistema arbitral de consumo. Conforme al artículo 2.1 del RD 636/1993, se atienden y resuelven a través de este sistema arbitral las quejas o reclamaciones de los consumidores y usuarios «en relación a sus derechos legalmente reconocidos (...)».

Durante la vigencia del Reglamento de servicio universal de 1998 se planteó esta cuestión de la competencia en la materia de las Juntas Arbitrales de Consumo en el orden jurisdiccional civil, que es el competente para revisar, aunque sólo por cuestiones formales, los laudos emitidos por estos órganos⁴⁷. Existen ya numerosos pronunciamientos sobre esta cuestión, pero no resultan totalmente clarificadores puesto que son contradictorios.

Algunas sentencias, la gran mayoría, han reconocido a las Juntas Arbitrales competencia sobre los conflictos relativos al servicio universal. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 30 de mayo de 2005 es un ejemplo de esta línea jurisprudencial⁴⁸. Se pronuncia esta decisión sobre un laudo que estimó la reclamación de un particular, obligando al operador designado a prestar el servicio solicitado. La Sala establece que:

«Por lo que se refiere al motivo de impugnación relativo a que la reclamación planteada ante la Junta Arbitral de Consumo de la Provincia de Almería está referida al cumplimiento de las obligaciones de servicio universal de telecomunicaciones y que, por tanto, la mencionada Junta Arbitral carece de competencia para dictar el Laudo recurrido al ser una materia cuya competencia ha sido expresamente atribuida por Ley al indicado Ministerio, hemos de manifestar que, como ya se manifestó este Tribunal en Sentencia de 19 de febrero de 2004, no se comparte dicho criterio por cuanto que el art. 2.º de la Ley de Arbitraje indica cuáles son las materias que no pueden ser objeto de arbitraje, entre las que no tiene encaje alguno la cuestión aquí debatida, la cual, por el contrario, sí entra dentro de aquellas que pueden ser sometidas a arbitraje, genéricamente contempladas en el art. 1.º de la Ley de Arbitraje, tratándose de una cuestión que afecta a una materia de libre disposición de las partes que en este caso han sometido tal cuestión al arbitraje, como luego veremos.

Creemos que ello es así por cuanto, con independencia

⁴⁷ Estos laudos arbitrales pueden ser objeto de recurso de anulación ante la Audiencia Provincial, en el plazo de los diez días siguientes a su notificación. El citado recurso, conforme al artículo 45 de la Ley de Arbitraje, se limita a los aspectos formales del laudo y no al fondo del asunto.

⁴⁸ En este mismo sentido, vid., entre otras, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Navarra 173/2002, de 7 de junio; de la Audiencia Provincial de Madrid 102/2005, de 28 de enero, y de la Audiencia Provincial de Almería 37/2004, de 3 de noviembre.

de que, conforme establece la Ley General de Telecomunicaciones de 24 de abril de 1998, corresponda al Ministerio de Ciencia y Tecnología el control y ejercicio de las facultades relativas a las obligaciones de servicio público relativo a la prestación de servicios y explotación de red de telecomunicaciones y, que por tanto, dicha materia no pueda ser objeto de arbitraje por estar fuera de la disponibilidad de las partes, a ello no es obstáculo que un determinado usuario y Telefónica de España, SUA, sometan a una Junta Arbitral su discrepancia en orden a la procedencia o no de que ésta deba proceder a suministrar al particular interesado el acceso a la red de telefonía fija, cuestión ésta que en modo alguno puede considerarse que, conforme a lo establecido en el art. 41.c de la Ley de Arbitraje, no pueda ser objeto de arbitraje.

Pero es que además, el artículo 61 del Real Decreto 1736/1998 de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla el Título III de la Ley General de Telecomunicaciones de 24 de abril de 1998 establece, en cuanto al procedimiento de resolución de conflictos, que: "1. Las reclamaciones de los abonados del servicio telefónico disponible al público y las de los usuarios finales de los servicios de líneas susceptibles de arrendamiento sobre su funcionamiento, su precio, su facturación, la responsabilidad por daños o cualquier otra cuestión que pudiera plantearse en relación con la prestación del servicio, deberán dirigirse a cualquiera de las oficinas comerciales del operador, en el plazo de un mes desde el momento en que se tenga conocimiento del hecho que las motive. Formulada la reclamación, si el abonado no hubiera obtenido respuesta satisfactoria del operador en el plazo de un mes, podrá acudir a las vías indicadas en los apartados siguientes. 2. Los abonados podrán dirigir su reclamación a las Juntas Arbitrales de Consumo, en los términos establecidos en la normativa reguladora de las mismas"».

Pero también existen decisiones en sentido contrario. Se han anulado laudos por considerar incompetentes a las Juntas Arbitrales para pronunciarse sobre el servicio universal. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 30 de septiembre de 2003 se decidió anular un laudo que obligaba a Telefónica a dar servicio telefónico a un usuario⁴⁹. En este caso, establece la Sala que

«(...) es evidente, a la vista de la legislación sectorial, que en materia de servicios públicos (...) existe un deber prestacio-

⁴⁹ Vid., en este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona 90/2005.

nal por parte de las compañías concesionarias o habilitadas del ramo, obligación que se corresponde con el derecho correlativo de los usuarios a exigir su prestación o, en su caso, implantación. Dicha relación entre el potencial usuario y la entidad prestadora del servicio no es disponible para las partes, sino que con independencia del fuero aplicable a la relación, ésta obedece a pautas de orden público, de ahí que no pueda ser equiparado, a juicio de esta Sala, a un laudo sobre cobros indebidos, facturación, accesorios o domiciliaciones bancarias, a la exigencia de un deber prestacional de carácter universal que se rige por los principios expuestos en artículo 35 citado: igualdad, transparencia, no discriminación, continuidad, etc., principios que no admiten graduación ni pueden ser disponibles por las partes».

En esta misma línea, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 3 de enero de 2005 anuló una decisión arbitral en materia de servicio universal. En este caso, y sin negarse que la cuestión de la instalación de una línea telefónica y un teléfono en un domicilio que dista 75 metros del último palo telefónico pueda considerarse un derecho disponible, rechaza la capacidad decisoria al Tribunal arbitral por considerar que se trata de una cuestión sometida al Derecho administrativo, en tanto que los límites y extensión de la prestación del servicio universal están condicionados a la decisión, vía reglamentaria, de la Administración de telecomunicaciones.

«La instalación de una línea telefónica en un lugar donde el poste más cercano se encuentra a 75 metros de distancia no puede ser objeto de decisión por el Tribunal Arbitral, pues la Ley General de Telecomunicaciones claramente relega tal atribución a los Reglamentos que dicte la Administración y, por lo tanto, la instalación de esta línea, en todo caso, correspondería decidirla, en ejercicio de sus atribuciones, al Ministerio de Ciencia y Tecnología, que le corresponde ejercer la correspondiente tutela de que el Operador autorizado preste debidamente el Servicio Universal de Telecomunicaciones y dentro de sus límites y extensión».

La cuestión no se resuelve en la Ley de Telecomunicaciones de 2003, ni tampoco en el Reglamento de servicio universal de 2005. Nada se dice en estas normas sobre la capacidad decisoria de las Juntas Arbitrales en el servicio universal. La Ley alude ahora, novedosamente, a la eventual incompetencia de estos órganos para resolver algunas controversias, pero no se especifican los supuestos o materias concretos (art. 38.1 LGT).

Al confuso panorama normativo hay que añadir un hecho de especial relevancia práctica para la resolución extrajudicial de estos conflictos en nuestro país. Casi simultáneamente a la aprobación de la Ley de Telecomu-

nicaciones de 2003, el operador designado para la prestación del servicio universal hasta 2007 (Telefónica S.A.U.) modificó su «Oferta pública de sometimiento al Sistema Arbitral de Consumo», mediante denuncia de su oferta inicial de 1993. Esta modificación implica, fundamentalmente, la exclusión del mismo de las cuestiones relativas a las obligaciones de servicio público, en concreto del servicio universal⁵⁰. Ello acarrea, *de facto*, la incompetencia de las Juntas Arbitrales sobre esta materia, puesto que se trata del único operador designado para su prestación hasta 2007.

La exclusión del servicio universal del ámbito de resolución de las Juntas Arbitrales, con base en la voluntad unilateral del operador designado, plantea algunos problemas. En principio, es clara la existencia de un espacio decisorio en manos del operador sobre el ámbito material del arbitraje de consumo. Al ser voluntario, este sistema permite a las empresas establecer limitaciones, tanto de índole territorial como material, al formalizar su oferta de sometimiento (art. 6.2 RD 636/1993)⁵¹. Desde esta perspectiva, es perfectamente posible que el operador designado para prestar el servicio universal ni siquiera esté adherido al arbitraje de consumo.

Frente a ello podría aducirse que la jurisprudencia del Tribunal Supremo es favorable a una interpretación flexible de las cláusulas de los convenios arbitrales⁵². Los árbitros disponen de cierta libertad a la hora de resolver conflictos para aplicar aquéllas «de forma amplia y coherente con el objeto de la materia que se somete al laudo»⁵³. La interpretación finalista de estas cláusulas, que viene admitiendo la jurisprudencia, es acorde con la equidad, regla esencial que inspira este arbitraje, y con la posición de debilidad en que se encuentra el consumidor frente a éstas. Encuentra plena justificación, además, esta postura en el artículo 1288 del Código civil, que establece que la interpretación de las cláusulas no puede perjudicar a la parte que no haya intervenido en su redacción.

Pero no parece que esta vía pueda constituir realmente una solución al problema que plantea la exclusión unilateral del servicio universal del arbitraje de consumo. Es posible que, puntualmente, se adopte alguna resolución que interprete esta cláusula de forma flexible y se proyecte sobre el servicio universal, pero lo cierto es que el ámbito objetivo del compromiso del

⁵⁰ En la condición segunda de la «Oferta pública de sometimiento al Sistema Arbitral de Consumo» de Telefónica S.A.U., de 21 de enero de 2003, figura, entre las materias excluidas del arbitraje, «las solicitudes de conexión a la red telefónica pública fija y de acceso a los servicios disponibles y al resto de obligaciones de servicio público, por ser materia reservada legalmente al Ministerio de Ciencia y Tecnología y no ser, en consecuencia, materia de libre disposición de las partes».

⁵¹ De hecho, la oferta inicial de Telefónica, de 14 de diciembre de 1993, fue modificada en el año 1995 para, entre otras cosas, excluir del arbitraje de consumo las reclamaciones de los usuarios que se formularan ante la Delegación del Gobierno en la empresa.

⁵² Vid., entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1962; 27 de abril de 1981; 9 de octubre y 14 de noviembre de 1984; 24 de febrero de 1987; 17 de junio de 1987; y 17 de julio de 1990.

⁵³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona 3/2006, de 9 de enero.

operador designado para la prestación del servicio universal con el sistema arbitral de consumo no comprende esta materia⁵⁴.

Cabe hacer referencia, al hilo de lo que acaba de apuntarse, al criterio jurisprudencial que sigue la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Almería. A pesar de reconocerse que la doctrina existente no es pacífica y que la Sección Primera de esa misma Audiencia sigue la tesis opuesta, se sigue manteniendo la competencia de las Juntas Arbitrales de Consumo para pronunciarse sobre el servicio universal, aunque esta materia haya sido excluida de la oferta pública de sometimiento de Telefónica S.A.U. al arbitraje de consumo⁵⁵.

- b') *El posible incumplimiento del Derecho comunitario, la falta de operatividad del procedimiento administrativo de telecomunicaciones y la censurable «administrativización» de los conflictos de consumo.*

Antes de entrar a valorar el procedimiento dirimente de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones como instrumento de garantía del servicio universal es imprescindible determinar las competencias de este órgano, en vista de que el Reglamento de servicio universal de 2005 ha restringido su ámbito resolutorio a los derechos que se reconocen en el Título VI. Veamos, pues, cuáles son estos derechos cuya satisfacción es objeto de este procedimiento.

El Reglamento incluye tres capítulos que se dedican, respectivamente, a los contratos, diferenciándose entre los que facilitan el acceso a la red de telefonía pública y los que no lo hacen (capítulo II); a los derechos y obligaciones de transparencia, información y calidad (capítulo III); y, por último, a los derechos relacionados con el servicio telefónico disponible al público (capítulo IV).

A nuestros efectos, interesa sobre todo la regulación de los derechos relacionados con la contratación del acceso a la red de telefonía pública, puesto que el servicio universal consiste, esencialmente, en la conexión a dicha red y en el acceso a la prestación del servicio telefónico disponible al

⁵⁴ En la Oferta pública de sometimiento de 2003, Telefónica justifica esta exclusión en la inexistencia de libre disposición de las partes sobre las obligaciones de servicio público, con base en la normativa de telecomunicaciones, que atribuye al Ministerio competente las competencias «de control y el ejercicio de las facultades de la administración relativas a las obligaciones de servicio público» (art. 35.2 de la Ley General de Telecomunicaciones de 1998). El argumento es el mismo que se ha venido dando para oponerse a los arbitrajes en esta materia y para recurrir los laudos en materia de servicio universal. No creemos que el hecho de que la Administración ostente, entre otras, potestades de fiscalización sobre el servicio universal implique necesariamente que esta materia sea indisponible para las partes. Lo que es evidente es que el servicio universal presenta unas particularidades respecto del conjunto de derechos que se reconocen a los consumidores y usuarios de telecomunicaciones, que merecen un tratamiento particularizado.

⁵⁵ Vid., en este sentido, Sentencias de 3 de noviembre de 2004, 11 de octubre de 2005, 21 de marzo de 2006 y 3 de mayo de 2006.

público —art. 27.2.a) RSU—. En este sentido, y dado que el Reglamento reconoce a los consumidores que sean personas físicas y otros usuarios finales el «derecho a celebrar contratos con los operadores que faciliten la conexión o el acceso a la red de telefonía pública» (art. 105.1 RSU), puede sostenerse la competencia de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones para resolver los conflictos relacionados con el acceso a este servicio telefónico, a pesar de que el contenido de los derechos que lo integran, sus condiciones y las características de prestación se regulen en otra parte.

Lo que ya no está tan claro es que este órgano pueda pronunciarse sobre el resto de derechos que comprende el servicio universal, como la disposición de una guía de números de abonados, la existencia de una oferta suficiente de teléfonos públicos de pago, el acceso de los usuarios discapacitados en condiciones equiparables al resto de usuarios o la existencia de opciones tarifarias especiales para las personas con necesidades sociales especiales. Todos los derechos que se derivan de las obligaciones impuestas no son objeto de regulación en el citado título del Reglamento, por lo que, en principio, habría que entenderlas excluidas del ámbito de este procedimiento administrativo.

En la situación actual, de admitirse la exclusión de parte de los conflictos relativos al servicio universal del procedimiento ante la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones, hay que cuestionarse el sentido de esta vía resolutoria. Resultaría paradójico que este procedimiento, creado para resolver conflictos entre operadores y usuarios de telecomunicaciones, excluyera parte de los derechos más básicos de estos usuarios. Dado que parece que las Juntas Arbitrales ya no pueden resolver conflictos de servicio universal resultaría que, en nuestro Derecho, parte del servicio universal no está protegido extrajudicialmente.

Esta interpretación del Reglamento supone una vulneración clara del Derecho comunitario. La Directiva 2002/22, cuando establece la obligación de establecer mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos, incluye expresamente el servicio universal (art. 34), por lo que no cabe excluir parte del mismo de los mecanismos que se creen al efecto.

Mientras no se declare ilegal esta norma, y teniendo en cuenta la jurisprudencia comunitaria que ha consagrado el efecto directo de las Directivas en relaciones triangulares (Sentencia *Wells*)⁵⁶, cabría invocar directamente la Directiva 2002/22 para exigir a la Administración el sometimiento de cualquier pretensión relativa al servicio universal al procedimiento resolutorio de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones.

Dejando de lado la cuestión de la ilegalidad del Reglamento de servicio universal por vulneración del Derecho comunitario, conviene anali-

⁵⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de enero de 2004 (Asunto C-201/02). Sobre esta jurisprudencia, vid. Jesús JORDANO FRAGA (2004), «Efecto directo horizontal de determinadas directivas ambientales: la consagración jurisprudencial de la invocabilidad por particulares de las Directivas en relaciones triangulares (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de enero de 2004)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 124, págs. 646-659.

zar este mecanismo en tanto que garantía de la prestación del servicio universal.

Es claro que nuestro legislador ha tratado de cumplir la obligación que impone el Derecho comunitario de establecer cauces extrajudiciales para resolver conflictos entre usuarios y operadores de telecomunicaciones. Ello explica el solapamiento material de esta vía y el arbitraje de consumo. En la medida en que este arbitraje, dado su carácter voluntario, no es capaz de satisfacer plenamente la exigencia de tutela extrajudicial de los conflictos entre operadores y usuarios, resulta necesario instituir otra vía de esta naturaleza que cubra los eventuales vacíos que puedan producirse, es decir, obligatoria para los operadores de telecomunicaciones.

Pero, frente a la ventaja que puede suponer para los usuarios que se garantice la disposición de, al menos, una vía resolutoria extrajudicial de sus controversias, la configuración de esta intervención dirimente de la Administración de telecomunicaciones plantea serios inconvenientes. El primero de ellos, y el de mayor relevancia a efectos de la garantía del servicio universal, es su escasa operatividad. No se da en este procedimiento la condición que exige el Derecho comunitario a estos mecanismos extrajudiciales de permitir la resolución equitativa y rápida de los litigios (art. 34 de la Directiva 2002/22), como tampoco es acorde con el mandato del artículo 51.1 CE, que alude a procedimientos eficaces de solución de los conflictos.

No puede considerarse apto ofrecer una resolución equitativa y eficaz del litigio un procedimiento en el que se prevé un plazo de resolución de la reclamación del usuario de seis meses, se admite la inactividad de la Administración y, en ese caso, para obtener una decisión sobre el conflicto, es necesario acudir al juez contencioso-administrativo.

Otro inconveniente claro de este mecanismo, aunque no se refiera principalmente al servicio universal, es la «administrativización» de los conflictos de consumo que se produce en las telecomunicaciones.

Este procedimiento se proyecta sobre cualquier controversia que pueda plantearse entre los consumidores y los operadores de telecomunicaciones y no sólo sobre los conflictos relacionados con el servicio universal. El que la resolución administrativa sea revisable por el juez contencioso-administrativo implica que pasan a ser competencia de este orden jurisdiccional cuestiones estrictamente jurídico-privadas, como los cobros indebidos o la facturación de los servicios de telecomunicaciones. Esta remisión al contencioso-administrativo de la totalidad de los conflictos de consumo en las telecomunicaciones resulta censurable. Es cierto que la frontera entre lo público y lo privado tiende cada vez más a diluirse, pero la confusión que se ha generado respecto a la tutela judicial de los conflictos entre los operadores y consumidores de los antiguos servicios públicos, hoy liberalizados, beneficia poco a los usuarios, al margen de que la justicia administrativa ya está suficientemente colapsada por los conflictos propios del Derecho administrativo.

Un sistema de estas características estaría justificado, sobre todo, en materia de servicio universal. Ésta era la dinámica que se seguía, antes de la

liberalización, cuando se aplicaba la técnica del servicio público, aunque sólo en los conflictos que afectaban directamente al interés público que justificaba la reserva del sector, como el acceso al servicio por los usuarios. La remisión última de estos conflictos entre el concesionario del servicio y los usuarios al proceso contencioso-administrativo estaba justificada como garantía de éste frente a la intervención resolutoria de la Administración (Delegado del Gobierno en Telefónica).

Es cierto que, desde la liberalización, las relaciones entre los operadores y los consumidores de telecomunicaciones están, en gran medida, moduladas a través de las técnicas de intervención pública que se proyectan en este ámbito (imposición de obligaciones de servicio público a los operadores, reconocimiento de derechos a los usuarios y consumidores, intervención en la contratación, exigencias de calidad, intervención en los precios, etc.), lo que significa que en las controversias que se planteen entre estos sujetos privados subyace un componente claro de Derecho público. En este marco, el caso del servicio universal es paradigmático. No existe aquí acuerdo de voluntades, el operador designado está obligado a proveer una oferta suficiente de teléfonos públicos de pago en el dominio público o a conectar a la red telefónica pública a todo usuario final que lo solicite y su petición sea razonable. Pero no parece existir ninguna justificación para la alteración de la jurisdicción naturalmente competente en razón de la materia (civil) en cuanto al resto de conflictos. Una cosa es otorgar a la Administración de telecomunicaciones potestades de resolución de conflictos entre los consumidores y operadores, y otra derivar al orden contencioso-administrativo cualquier conflicto de esta naturaleza.

c) *La escasa garantía extrajudicial del servicio universal.
Propuestas de modificación.*

No parece que nuestro Derecho satisfaga las obligaciones que impone el Derecho comunitario en cuanto a la tutela extrajudicial del servicio universal. Aunque, como exige la Directiva 2002/22, existen procedimientos extrajudiciales de resolución de litigios que afecten a los consumidores de telecomunicaciones, tales mecanismos no constituyen realmente una garantía efectiva del servicio universal.

El arbitraje de consumo no puede recibir tal calificación porque el operador designado para la prestación del servicio universal no se somete al mismo en esta materia. Se pone de manifiesto que este cauce, al ser voluntario, no siempre constituye un instrumento efectivo de garantía de los derechos de los consumidores y usuarios de estos servicios. La capacidad de las Juntas Arbitrales para resolver estas controversias es limitada. Su intervención depende de la voluntad del operador, ya sea en cuanto a su propio sometimiento a este arbitraje como a la exclusión de alguna materia, como ocurre en la actualidad con el servicio universal.

Tampoco está debidamente garantizado el servicio universal a través del

procedimiento concurrente que corresponde a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones. Por una parte, desde la aprobación del Reglamento de servicio universal de 2005, la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones sólo parece estar autorizada para resolver los conflictos relacionados con el acceso a la red telefónica pública, quedando fuera de su ámbito decisorio el resto de derechos que forman parte del servicio universal. En este sentido, debe tenerse en cuenta su eventual ilegalidad por vulneración del Derecho comunitario, así como la posible aplicación directa de la Directiva 2002/22, que incluye el servicio universal en el ámbito material de la resolución extrajudicial de conflictos que obliga a instituir a los Estados miembros.

Este procedimiento presenta, además, graves deficiencias, como ya se ha expuesto, que cuestionan su operatividad y que pueden resultar contrarias al Derecho comunitario, como la posible inactividad de la Administración en la resolución de las reclamaciones de los usuarios.

No es sencillo encontrar una solución satisfactoria a las disfunciones de nuestro sistema extrajudicial de garantía del servicio universal, pues todas plantean algún inconveniente. En cualquier caso, y al menos para cumplir con la Directiva 22/2002, resulta necesario modificar el actual procedimiento resolutorio ante la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones.

Desde la perspectiva del usuario, lo más recomendable sería disponer de un cauce extrajudicial, obligatorio para el operador, y que produjera efectos de cosa juzgada. De esta forma, los conflictos se solucionarían rápidamente y se evitaría la vía judicial. La tutela judicial no es, desde luego, la vía más adecuada para hacer realidad los derechos que integran el servicio universal, como el acceso a la red telefónica, pues, entre otras cosas, responden a finalidades de tipo social. A ello hay que añadir la demora que requiere una respuesta judicial y la falta de justificación de un proceso en razón de la cuantía de lo reclamado.

Esta solución, sin embargo, en inviable, pues plantea problemas de índole constitucional. El Tribunal Constitucional viene sosteniendo, como no podía ser menos, la inconstitucionalidad de la imposición legal de arbitrajes, por suponer una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24 CE.

En la Sentencia 174/1995 se declaró la inconstitucionalidad del artículo 38.2 de la Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres, que establecía, para las controversias relativas al contrato de transporte terrestre de cuantía inferior a 500.000 pesetas, el sometimiento preceptivo a las Juntas Arbitrales de Transporte, salvo pacto expreso en contrario. Para el Alto Tribunal, es contrario a la Constitución «que la Ley suprima o prescindiera de la voluntad de una de las partes para someter la controversia al arbitraje de la Junta. (...) Quebranta, por tanto, la esencia misma de la tutela judicial tener que contar con el consentimiento de la parte contraria para ejercer ante un órgano judicial una pretensión frente a ella» (FJ 3.º).

Lo máximo que ha llegado a admitirse en la STC 352/2006, que analiza la constitucionalidad de la nueva redacción dada al controvertido precepto, es la presunción legal de sometimiento a arbitraje, con posibilidad de exclu-

sión del mismo por declaración expresa de una de las partes incluso después de la celebración del contrato. El Alto Tribunal no considera desproporcionada dicha presunción legal, al tratarse de una actividad muy concreta (contratos de transporte terrestre), controversias de menor cuantía económica y, lo que es más importante, admitirse la declaración contraria al arbitraje en el momento en que se inicie o debería haberse iniciado la realización del servicio o actividad contratado.

Ni el Derecho comunitario ni el artículo 51 CE pueden justificar el establecimiento de un arbitraje institucional obligatorio, cuyas resoluciones tengan fuerza de cosa juzgada. El derecho fundamental del operador designado a la tutela judicial efectiva exige contrarrestar el otorgamiento a la Administración de potestades resolutorias en los conflictos con los usuarios con la posibilidad de revisión jurisdiccional de sus decisiones.

Admitido el carácter inexcusable de la revisión jurisdiccional de las resoluciones de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones, sólo cabe incidir en la configuración del régimen de esta actividad arbitral. No sólo no se plantea aquí ningún inconveniente de orden constitucional, sino que se atiende al mandato del artículo 51.1 CE y, además, resulta necesario para adecuarse a la obligación que impone el Derecho comunitario de que existan cauces extrajudiciales que permitan soluciones equitativas y ágiles de los litigios que afecten a los consumidores de telecomunicaciones.

La modificación clave del procedimiento pasa por inadmitir la inactividad administrativa en el mismo. La Administración no puede dejar de resolver las reclamaciones que presenten los usuarios de telecomunicaciones. Resulta contrario a la equidad que el Derecho comunitario exige a estos procedimientos que la Administración no se pronuncie expresamente sobre las reclamaciones en el plazo fijado, ya que esto implica su desestimación y remisión a la jurisdicción contencioso-administrativa. Una actuación administrativa de este tipo beneficia claramente a los operadores, aunque hayan incumplido obligaciones de servicio público, y perjudica a los usuarios. Para poder satisfacer sus pretensiones, por ejemplo, de acceso a la red telefónica, éstos tienen que utilizar una falsa acción impugnatoria en vía jurisdiccional (contra la desestimación producida por silencio administrativo)⁵⁷.

La situación de patente desigualdad que existe entre los operadores de telecomunicaciones y los usuarios justifica el otorgamiento de potestades arbitrales a la Administración para dirimir estos conflictos entre partes en los que subyace un claro interés público, pero exige también que éstas se ejerzan efectivamente y se adopte una decisión sobre la controversia en el plazo fijado. Nótese que en el arbitraje de consumo, gestionado por Administraciones públicas, es inconcebible la resolución de las reclamaciones por silencio administrativo. En este sentido, la Recomendación 98/257 de la

⁵⁷ Sobre los problemas que plantea el silencio administrativo y la inactividad administrativa, vid. José María BAÑO LEÓN (2000), «El silencio administrativo. Notas sobre una regulación anacrónica», en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Libro Homenaje a D. Ramón Martín Mateo*, vol. I, Tirant lo Blanch, págs. 1343-1364.

Comisión Europea, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo, exige justificar las decisiones y comunicarlas por escrito. Tampoco se prevé, en fin, la falta de pronunciamiento expreso en el plazo fijado de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones cuando resuelve conflictos entre operadores a través de un procedimiento similar al de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones (art. 14 LGT)⁵⁸.

Sería deseable, también, reducir el actual plazo de resolución de seis meses de estas reclamaciones. Conviene señalar que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones⁵⁹ tiene establecido un plazo máximo al efecto de cuatro meses.

Al margen de estos cambios orientados a satisfacer las obligaciones del Derecho comunitario podrían introducirse algunas mejoras en este procedimiento arbitral para adecuarlo al tipo de conflictos afectados y tratar de mejorar la posición de los consumidores.

El arbitraje de consumo constituye un modelo a seguir. El procedimiento ante la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones no se ajusta a algunos de los principios básicos de aquél, como los de equilibrio entre las partes, audiencia y contradicción (art. 41.1 RD 231/2008). La audiencia debería ser oral, como es habitual en el arbitraje de consumo, y no por escrito. La celebración de vistas no sólo favorece un conocimiento más exacto de la controversia, sino que, entre otras cosas, permite la conciliación entre las partes (laudo conciliatorio). De otra parte, y con la finalidad de asegurar el equilibrio entre las partes, debería resolver un órgano colegiado, en lugar de un órgano unipersonal. La igualdad de las partes en el arbitraje de consumo se garantiza a través de la integración en el órgano que resuelve la controversia de representantes de los diversos intereses en juego (Administración, asociaciones de consumidores y de empresas del sector). A ello hay que sumar las ventajas que presenta el arbitraje de consumo dada su inmediatez y cercanía al consumidor.

Es probable que la configuración actual del procedimiento de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y la ineficaz actuación desarrollada hasta ahora pretendan justificarse en la falta de medios de este órgano para atender el más que probable elevadísimo número de reclamaciones que se le sometan, dada la conflictividad de estos servicios⁶⁰ y su amplio ámbito territorial de actuación. Ello nos lleva también a cuestionar la atribución de esta competencia a la Administración estatal de telecomunicaciones, pues

⁵⁸ Hay que destacar también que la figura del silencio administrativo no se aplica en los procedimientos de arbitraje, mediación o conciliación, como tampoco a la terminación convencional del procedimiento administrativo (disposición adicional vigésima de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social).

⁵⁹ Vid. el artículo 14 Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones.

⁶⁰ Téngase en cuenta que, en el arbitraje de consumo, los servicios telefónicos constituyen, con diferencia, el sector que más solicitudes de arbitraje genera (33%); le sigue el sector de la enseñanza, con un 13,6% del total. Datos extraídos de la Memoria del Sistema Arbitral de Consumo del año 2003, pág. 82.

podría estar incidiéndose en las competencias ejecutivas en materia de defensa del consumidor, que corresponden a las Comunidades Autónomas.

Nos encontramos ante una manifestación de la tendencia, apuntada por MUÑOZ MACHADO, a incidir en las estructuras tradicionales de la Administración que se ha derivado de algunas de las transformaciones de la realidad económica de los últimos tiempos, como la liberalización de mercados o la irrupción de Internet⁶¹. Este autor se refiere, sobre todo, a la afección del reparto territorial de funciones correspondientes a un mismo título competencial, si bien aquí la tendencia centralizadora se proyecta sobre competencias derivadas de un título competencial concurrente.

Resultaría más efectivo que esta potestad arbitral genérica sobre los conflictos entre operadores y consumidores de telecomunicaciones se atribuyera a las Administraciones autonómicas. El hecho de que la Administración estatal ostente la competencia exclusiva en materia de telecomunicaciones (art. 149.1.21 CE) no implica que le corresponda la titularidad de todos los aspectos derivados de la prestación de estos servicios, como la tutela de los consumidores. Así como puede encontrar justificación el ejercicio centralizado de potestades arbitrales en el ámbito de la competencia en el mercado, no ocurre lo mismo con la defensa de los consumidores y usuarios. No tiene mucho sentido que, en un Estado tan descentralizado como el nuestro, la competencia para resolver conflictos entre operadores y usuarios de telecomunicaciones se atribuya en exclusiva a la Administración estatal de las telecomunicaciones.

Por último, y para solucionar las disfunciones del arbitraje de consumo, sería necesaria una intervención del legislador⁶². Debería aclararse si el servicio universal tiene cabida en este sistema arbitral, dada la confusión jurisprudencial existente. No creemos que el hecho de que la relación jurídico-privada entre operadores y consumidores esté subordinada a la aplicación de las reglas específicas que establece la regulación de las telecomunicaciones, aunque sean muy complejas, así como a las decisiones que corresponde adoptar a la Administración sobre el alcance de los derechos de los usuarios, deba suponer, necesariamente, que únicamente la Administración sectorial y el juez administrativo puedan resolver estos conflictos. Pero sí es necesario que la resolución de los conflictos a través de esta vía se adecue a las singularidades que presentan los servicios de telecomunicaciones, esto es, a la intensa regulación que existe en esta materia. El escollo principal que plantea el arbitraje de consumo es que se basa en la equidad, si bien ahora el RD 131/2008 establece que las normas jurídicas aplicables servirán de apoyo a la decisión, que deberá motivarse (art. 33.2). Para evitar que los consumidores se vean privados de derechos específicos que les reconoce la normativa de telecomunicaciones, como el servicio uni-

⁶¹ Santiago MUÑOZ MACHADO (2000), «Las modulaciones de las competencias de las Comunidades Autónomas por las regulaciones del mercado y las nuevas tecnologías», núm. 153 de esta REVISTA, págs. 195-216.

⁶² Hay que notar que la Ley 44/2006, de protección de los consumidores y usuarios, ha previsto la nueva regulación del Sistema Arbitral de Consumo (disposición adicional sexta).

versal o determinados derechos indemnizatorios, debe garantizarse la aplicación de la normativa existente por parte de los colegios arbitrales, así como la interpretación conforme a la misma de las cláusulas de los convenios arbitrales⁶³.

IV. CONCLUSIÓN

Es evidente que nuestro Derecho de las telecomunicaciones no ha construido todavía un sistema eficaz y completo de garantías para la prestación del servicio universal. La satisfacción de los derechos subjetivos que forman parte de esta institución, como el acceso a la red telefónica pública, no está debidamente garantizada por la Administración, a pesar de estar llamada a desempeñar un papel clave en este campo. Por citar el ejemplo más representativo, en el momento actual, y dada la exclusión del servicio universal del arbitraje de consumo, no existe entre nosotros ningún cauce extrajudicial de solución de estos conflictos que cumpla las condiciones de eficacia, equidad y rapidez que exige el Derecho comunitario a estos procedimientos y reclama la naturaleza de los intereses en juego, esto es, prestaciones básicas de servicios esenciales.

La regulación pública de las telecomunicaciones, una vez liberalizado el sector, presenta deficiencias en su finalidad esencial, la de garantizar una serie de prestaciones básicas a los ciudadanos. No basta con establecer obligaciones de servicio público a los operadores ni con reconocer de forma más o menos programática derechos a los usuarios, ni con fiscalizar, con carácter general, el cumplimiento de estas obligaciones; es necesario también exigir su cumplimiento y efectividad en el caso concreto. Es imprescindible que la Administración ejerza eficazmente el conjunto de potestades de tutela del servicio universal, sobre todo la de resolución de los conflictos. En este sentido, y aunque sólo sea para cumplir el Derecho comunitario, debería reformularse el procedimiento dirimente ante la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones. Es necesario, ante todo, que la Administración resuelva expresamente las reclamaciones de los usuarios, sobre todo las relativas al servicio universal, puesto que la tutela judicial no constituye una vía adecuada para solucionar estas controversias.

En suma, se pone de manifiesto el abismo que, tras la liberalización de las telecomunicaciones, existe entre la renovación del Derecho para hacer efectiva la competencia en el mercado y la ineficacia de las técnicas administrativas arbitradas para la protección de los consumidores y usuarios, incluido el servicio universal.

⁶³ Otro problema importante que plantea el arbitraje de consumo en este ámbito es el de las cláusulas de los convenios arbitrales, que, a veces, vulneran derechos legalmente reconocidos a los consumidores, como ocurre, por ejemplo, con los derechos indemnizatorios. La Oferta pública de sometimiento de Telefónica, por ejemplo, excluye estas cuestiones de este arbitraje, a pesar de que la normativa de telecomunicaciones las reconozca en diversos supuestos, como la suspensión temporal del servicio telefónico.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ ALARCÓN, Arturo (1999): *El sistema español de arbitraje de consumo*, Instituto Nacional de Consumo.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar (1999): «Servicio público y servicio universal en las telecomunicaciones», en J. CREMADES (Dir.), *Derecho de las telecomunicaciones*, La Ley.
- BAÑO LEÓN, José María (2000): «El silencio administrativo. Notas sobre una regulación anacrónica», en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Libro Homenaje a D. Ramón Martín Mateo*, vol. I, Tirant lo Blanch, págs. 1343-1364.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés (1994): *Las Administraciones independientes*, Tecnos.
- BOIX PALOP, Andrés, y UREÑA SALCEDO, Juan Antonio (2006): «Obra benéfico-social de las Cajas de Ahorros y financiación de infraestructuras», núm. 170 de esta REVISTA, págs. 295-323.
- CARBONELL PORRAS, Eloísa, y MUGA MUÑOZ, José Luis (1996): *Agencias y procedimiento administrativo en los Estados Unidos de América*, Marcial Pons.
- CARLÓN RUIZ, Matilde (1999): «La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 102, págs. 229-255.
- (2006a): *El servicio universal de Telecomunicaciones*, Civitas.
- (2006b): «El servicio universal de telecomunicaciones», núm. 171 de esta REVISTA, págs. 35-78.
- CARRASCO PERERA, Ángel (Dir.) (2005): *Estudios sobre Telecomunicaciones y Derecho de Consumo*, Aranzadi.
- CARRASCO PERERA, Ángel, y DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calisto (1998): *El arbitraje de consumo. La experiencia de Castilla-La Mancha (1992-1996)*, Tecnos.
- CHINCHILLA MARÍN, Carmen (1998): *Servicio público: ¿crisis o renovación?*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ.
- (2004): «Obligaciones de servicio público», en GARCÍA DE ENTERRÍA/DE LA QUADRA-SALCEDO (Dir.), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 32/2003, de 3 de noviembre)*, Civitas, págs. 366-412.
- CHINCHILLA MARÍN, Carmen, y CARLÓN RUIZ, Matilde (2003): «Del servicio público al servicio universal: el caso de las telecomunicaciones», en DE LA QUADRA-SALCEDO (Dir.), *Aspectos Jurídicos de las telecomunicaciones*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ.
- DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás (Dir.) (2003): *Aspectos Jurídicos de las telecomunicaciones*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ.
- ESCRIBANO COLLADO, Pedro (1977): «El usuario ante los servicios públicos: precisiones acerca de su situación jurídica», núm. 82 de esta REVISTA, págs. 113-152.
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán (2003a): «El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía», *Justicia Administrativa*, núm. 18, págs. 7-21.
- (2003b): «La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones», en DE LA QUADRA-SALCEDO (Dir.), *Aspectos Jurídicos de las Telecomunicaciones*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, págs. 57-78.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón (1999): «Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy», núm. 150 de esta REVISTA, septiembre-diciembre, págs. 57-73.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás (Dir.) (2004): *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 32/2003, de 3 de noviembre)*, Civitas.
- GERBOLÉS RODRÍGUEZ, Silvia (2004): «Artículo 38. Derechos de los consumidores y usuarios finales», en CREMADES Y RODRÍGUEZ ARANA (Dir.), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Aprobada por Ley 32/2003, de 3 de noviembre)*, La Ley, págs. 519 y ss.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago (2004): «Valoración crítica del sistema de servicio universal y de liberalización», núm. 164 de esta REVISTA, págs. 253-270.

- GUILLÉN CARAMÉS, Javier (2005): «Administración y actividad arbitral: la necesidad de simplificación y reforma de los mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos en materia de consumo», núm. 166 de esta REVISTA, págs. 353-393.
- JORDANO FRAGA, Jesús (2004): «Efecto directo horizontal de determinadas directivas ambientales: la consagración jurisprudencial de la invocabilidad por particulares de las Directivas en relaciones triangulares (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de enero de 2004)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 124, págs. 646-659.
- MALARET GARCÍA, Elisenda (1998): «Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto», núm. 145 de esta REVISTA, enero-abril, págs. 49 y ss.
- MAGIDE HERRERO, Mariano (2000): *Límites constitucionales de las Administraciones Independientes*, INAP.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, José Luis (2000): «Servicio público, servicio universal y “obligación de servicio público” en la perspectiva del Derecho Comunitario: los servicios esenciales y sus regímenes alternativos», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 39, págs. 25-52.
- MESTRE DELGADO, Juan Francisco (2004): «Artículo 4. Servicios de telecomunicaciones para la defensa nacional y la protección civil», en GARCÍA DE ENTERRÍA/DE LA QUADRA-SALCEDO (Dirs.), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 32/2003, de 3 de noviembre)*, Civitas, págs. 74-80.
- MIGUEZ MACHO, Luis (1997): «Nuevas tendencias en la tutela de los usuarios de los servicios públicos en Italia», núm. 142 de esta REVISTA, págs. 571-620.
- MORENO MOLINA, Ángel Manuel (1995): *La Administración por Agencias en los Estados Unidos de Norteamérica*, Universidad Carlos III.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (1998): *Servicio público y mercado*, Civitas.
- (2000): «Las modulaciones de las competencias de las Comunidades Autónomas por las regulaciones del mercado y las nuevas tecnologías», núm. 153 de esta REVISTA, págs. 195-216
- (2004): *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho público general*, tomo I, 1.ª ed., Civitas.
- ORTEGA ÁLVAREZ, Luis (1999): «Artículo 54», en GARCÍA DE ENTERRÍA/DE LA QUADRA-SALCEDO (Coords.), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, Civitas, págs. 491-499.
- ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, y GARRIDO CUENCA, Nuria (2004): «Artículo 38», en GARCÍA DE ENTERRÍA/DE LA QUADRA-SALCEDO (Coords.), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 32/2003, de 3 de noviembre)*, Civitas, págs. 627-650.
- PARADA VÁZQUEZ, Ramón (1992): «La actividad administrativa arbitral», en *Actualidad y perspectiva del derecho público a fines del siglo xx: homenaje al profesor Garrido Falla*, Civitas.
- (2004): *Derecho Administrativo I*, 15.ª ed., Marcial Pons, págs. 526 y ss.
- QUINTANA CARLO, Ignacio, y BONET NAVARRO, Ángel (Dirs.) (1997): *El sistema arbitral de consumo. Comentarios al Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo*, Aranzadi.
- REVUELTA PÉREZ, Inmaculada (2002): «La protección de los consumidores frente a los nuevos servicios de telecomunicaciones», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 116, págs. 529-556.
- (2003): «Incidencia de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad y de correo electrónico en el servicio universal de telecomunicaciones: el acceso a Internet», *Revista de Derecho de la Universitat de Valencia*, núm. 2 (especial LSSI).
- RIVERO YSERN, Enrique (1978): «La protección del usuario de los servicios públicos», núm. 87 de esta REVISTA, págs. 205-249.
- (1992): «Consumidores, usuarios y sistema arbitral», en *Actualidad y perspectiva del derecho público a fines del siglo xx: homenaje al profesor Garrido Falla*, Civitas, págs. 1667-1672.
- SALA ARQUER, José Manuel (2000): *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, Civitas.

- TEROL GÓMEZ, Ramón (1999): *El control público de las Telecomunicaciones. Autoridades Reguladoras*, Tirant lo Blanch.
- TERRÓN SANTOS, Daniel (2004): *Autoridades nacionales de reglamentación. El caso de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, Comares.
- VILLAR EZCURRA, José Luis (1980): *Servicio público y técnicas de conexión*, Centro de Estudios Constitucionales, págs. 257 y ss.