

«Servicio público y servicio universal en las telecomunicaciones»

Se plantea la revisión del concepto jurídico de servicio público que aparece consagrado en el art. 128 de la Constitución. En la práctica éste ha quedado desplazado por el art. 90.2 del Tratado de Roma que impone la aplicación de las normas sobre la competencia en la medida en que éstas no impidan, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión de servicio público de que se trate. Ello supone la desintegración vertical de estos sectores y la distinción en ellos de lo que es servicio público y de lo que no lo es. El concepto de reserva al sector público queda sustituido por la idea de servicio universal, que ha alcanzado un desarrollo muy preciso en el campo de las telecomunicaciones, en el que la Unión Europea ha realizado una de las formulaciones más completas del mismo. Dicho servicio se basa en los principios de universalidad, igualdad y continuidad a fin de permitir el acceso al mismo, con un nivel de calidad determinada, a todos los usuarios, independientemente de su situación geográfica y a un precio asequible.

Konstituzioaren 128. atalean zehazten den zerbitzu publikoaren kontzeptu juridikoa berrikustea planteatzen da. Praktikan, kontzeptua bera Erromako Itunaren 90. ataleko 2. puntuak alboratu du. Itunak lehiaren gaineko araudia derrigorrez ezarri behar dela ebazten du, zerbitzu publikoaren helburua lortzea, izatez edo zuzenbidez, galarazten ez den heinean. Horrek sektore horien desintegrazio bertikala eta zerbitzu publikoa zer den eta zer ez den bereiztea dakartza. Arlo publikoarentzat erreserbatuaren kontzeptua zerbitzu unibertsalaren ideiak ordezkatu du. Termino honek oso garapen zehatza lortu du telekomunikazioen esparruan, non Europako Batasunak haren formulazio osatuenetariko bat egin baitu. Aipatutako zerbitzua unibertsaltasun, berdintasun eta jarraipen irizpideetan oinarritzen da, erabiltzaile guztiei, geografi egoera edozeina delarik ere, sarbidea ahalbidetzeko asmoz, kalitate maila zehatz batekin eta prezio onean.

A review of the legal public service concept that is established in article 128 of the Constitution is outlined. In practice this has been superseded by article 90.2 of the Treaty of Rome that imposes application of competition rules so far as they do not prevent, de facto or de iure, fulfillment of the public service purpose in question. This means a vertical breakup of these sectors and distinguishing within them what is a public service and what is not. The concept of reservation for the public sector is substituted by the idea of a universal service, which has reached a very accurate development in the field of telecommunications, in which the European Union has accomplished one of the most complete formulations of such a service. This service is based on the principles of universality, equality and continuity in order to allow for access at an attainable price for all users, with a given level of quality, independently of their geographical situation.

- 1. Hacia un nuevo concepto de "servicio público"**
- 2. Desintegración vertical y separación de actividades**
- 3. Instalación y gestión de infraestructuras**
- 4. Prestaciones de servicio universal: el nuevo concepto de servicio público**
- 5. Las características del servicio universal en el campo de las telecomunicaciones**
- 6. La financiación del servicio universal**
- 7. El carácter mudable, abierto y expansivo del servicio universal: las prestaciones recomendadas**
- 8. La consecución del servicio universal, una tarea para los poderes públicos**

Referencias bibliográficas

Palabras clave: Servicio público, servicio universal, desintegración vertical, separación de actividades, instalación, gestión de infraestructuras.

Nº de clasificación JEL: L43, L96.

1. HACIA UN NUEVO CONCEPTO DE "SERVICIO PÚBLICO"

El concepto técnico-jurídico de servicio público, tal como ha llegado hasta nosotros, después de una larga evolución, es el que aparece consagrado en el art. 128 CE. Pero este no es más que el final de una historia que está concluyendo. Tenemos la convicción de que este precepto es el pasado, no el futuro. Como tantas otras veces ocurre en derecho administrativo, los conceptos son el subproducto de un marco socio-político y económico al que aquellos respondían y cuando éste cambia aquéllos no tienen más remedio que reformularse. El servicio público tradicional fue el resultado, en términos jurídicos, de la gran revolución económica y social de los últimos 150 años, que ha dado lugar a un desarrollo

sin precedentes de la humanidad: sucesivas revoluciones industriales y tecnológicas, procesos de igualación social, educación generalizada, atención sanitaria prácticamente universal y un progreso sostenido de la libertad que ha acreditado su inmensa capacidad creadora.

A todo esto sirvió el "servicio público": al paso de una sociedad desequilibrada, rural, ineducada, sin salud, sin transportes, sin comunicaciones, a una sociedad con mayores grados de instrucción, más civilizada, más igualitaria, más próspera, con mayor esperanza de vida y tantas cosas más. El servicio público fue un instrumento de progreso, y también de socialización, especialmente en los Estados pobres como España, que permitió mejorar la situación de todos. Pero su ciclo ha terminado. Cumplió su misión y hoy—como dice José Luis Villar— hay que hacerle un

digno entierro. Es inútil empeñarse en embalsamarlo, como intentan los franceses, por si de esta forma pudiéramos mantenerlo vivo. La situación hoy es otra, casi la inversa. Son los hechos los que mandan, más que la Ideología o la política y hoy han cambiado radicalmente los presupuestos económicos y sociales —también los políticos y culturales— sobre los cuales esta Institución nació y se desarrolló felizmente.

Por una serie de circunstancias que no es este el momento de explicar, pero a las que nos hemos referido ampliamente en otras ocasiones¹, hoy existe en el mundo entero una convicción generalizada: el Estado se ha hecho demasiado grande y su incapacidad es notoria; la ineficiencia económica del sector público es alarmante; la calidad de los servicios mínima y el ciudadano es hoy un ciudadano cautivo cuya vida y hacienda ha entregado a un monstruo que devora a sus propios hijos. Hoy existe en grandes zonas del mundo (desarrollado y en vías de desarrollo) la conciencia generalizada de que hay que devolverle al ciudadano y a la sociedad su protagonismo, su iniciativa y, en el fondo, su libertad: la libertad de elegir. La palabra clave es hoy ésta: PRIVATIZACIÓN, que esencialmente significa, no la venta de empresas públicas, sino la devolución de actividades a la iniciativa social. Es decir, exactamente lo contrario de lo que dice el art. 128 de la Constitución.

El triunfo del neoliberalismo (de eso que se llama desregulación o neoregulación), tanto en países del Este como del Oeste, en la Europa del norte y del sur, en las dos Américas o en el Sureste asiático, no es seguramente fruto de una batalla ideológica, sino más bien la consecuencia

¹ Vid. sobre todo Ariño (1993), especialmente partes Primera y Segunda (Capítulos I a VII).

de cambios profundos en el proceso económico-social definido por hechos como los siguientes: la nueva sociedad de la información, la apertura de la economía mundial, la reducción de las distancias, el transporte fácil, la innovación tecnológica y la sofisticación de los servicios, la educación y la sanidad generalizadas (al menos en sus niveles básicos), la exigencia de una atención diferenciada y personalizada, la práctica desaparición de la sociedad rural, aislada, que ha quedado reducida a cifras escasísimas (incluso el mundo agrícola es hoy más urbano e Industrial que rural). Y otros factores que podrían ser considerados.

La consecuencia de todo ello es que el viejo concepto de servicio público —monopólico, igualitario, de mínimos, uniforme— ya no viene a llenar las necesidades y las preferencias de la población a la que dice servir. Hoy hay que abrir camino a nuevas realidades, más competitivas, diferenciadas, innovadoras, que son las que la nueva realidad social demanda; hoy hay que desideologizar la política económica, hay que mejorar los servicios y las prestaciones. Y todo ello sin perder lo ya conseguido, que es, básicamente, la existencia de un *servicio universal* a todos los ciudadanos en sus niveles básicos. Ello exige un nuevo concepto de servicio público y un nuevo modelo de regulación económica.

Hasta ahora, no han sido formulados todavía —que sepamos— principios intersectoriales, comunes a todos los grandes servicios públicos, en los que el cambio del modelo de regulación se manifieste. El cambio esencialmente consiste en el paso de un sistema de titularidad pública sobre la actividad, concesiones cerradas, derechos de exclusiva, obligación de suministro, precios administrativamente fijados, carácter temporal (con reversión/rescate

en todo caso) y regulación total de la actividad, hasta el más mínimo detalle, a un sistema abierto, presidido por la libertad de empresa, esto es, libertad de entrada (previa autorización reglada), con determinadas obligaciones o cargas de "servicio universal", pero con libertad de precios y modalidades de prestación, con libertad de inversión y amortización y, en definitiva, en régimen de competencia abierta, como cualquier otra actividad comercial o industrial, en la que hay que luchar por el cliente (no hay mercados reservados ni ciudadanos cautivos). Por supuesto, en este segundo modelo no hay reserva de titularidad a favor del Estado sobre la actividad de que se trate.

Hasta ahora, como decimos, no han sido formulados principios intersectoriales, válidos internacionalmente, comunes a todos los servicios e inspiradores de la nueva regulación. Pues bien, aunque sea con toda modestia, a continuación vamos a tratar de identificar algunos de estos principios o presupuestos sobre los que descansa el nuevo orden de los servicios públicos competitivos.

2. DESINTEGRACIÓN VERTICAL Y SEPARACIÓN DE ACTIVIDADES

Una de las pre-condiciones o presupuestos previos para la reconstrucción de la competencia en los servicios es la desintegración vertical de actividades, competitivas y no competitivas, en el seno de cada sector. Para conseguir la transparencia y la dualidad de régimen jurídico (mercado o regulación), es imprescindible una desintegración vertical ("*unbundling*") de las distintas fases o segmentos del negocio de que se trate, en los que casi siempre es posible distinguir las infraestructuras (comunes) y los servicios

(singularizados) prestados por distintos operadores en competencia.

En unos casos, esto ha sido más fácil que en otros. Así, la liberalización de los viejos monopolios del *petróleo* y sus derivados no ha sido muy complicada, porque era perfectamente separable el negocio de la refinería, el sistema de almacenaje y transporte (ya sea de petróleo o de sus 37 derivados) y las redes o puntos de comercialización en un territorio común. Y es que los monopolios en este sector tenían una razón básicamente fiscal, más que industrial. Otro tanto podríamos decir del *transporte aéreo*, donde son perfectamente separables, por una parte, las flotas, los servicios y las rutas, y por otra, las necesarias infraestructuras terrestres y servicios comunes a las diferentes compañías (aeropuertos, terminales, servicios de handling, centros de control de tráfico aéreo, etc.). Igualmente, en el *transporte ferroviario*, es perfectamente articulable —si hay tráfico— que trenes de diversas compañías pueden circular por las mismas vías y utilizar las mismas estaciones y servicios, con todos los intervalos o garantías que la seguridad requiera.

Más difícil, pero técnicamente posible, es la instrumentación del uso común de las *redes de gas* o de las *redes de telecomunicaciones*, que se desarrollan a medida que se introducen mejoras técnicas en los sistemas de control de entrada, manejo de la presión o instalación de redes inteligentes que van dando acceso a las distintas llamadas con algunos segundos o fracciones de segundo de espera.

Finalmente, la separación de actividades y el acceso y uso en común de las redes también ha llegado al *sector eléctrico*, el más resistente al cambio por diferentes razones que no es del caso explicar ahora. Esto no ha sido, ciertamente, fácil ni está consolidado, al

menos en Europa. No obstante, a la vista de la experiencia ya existente en algunos países, puede afirmarse con fundamento que con la separación del régimen jurídico de las actividades en el sector eléctrico se obtienen claras ventajas en términos de eficiencia.

Así pues, la separación de actividades es un principio que se refleja en toda la estructura del nuevo modelo de regulación para la competencia. Los dos grandes objetivos de la separación son: 1) la distinción entre actividades potencialmente competitivas y no competitivas, con aplicación de un régimen jurídico distinto a unas y otras como veremos a continuación; y 2) la transparencia informativa que es *conditio sine qua non* para una correcta regulación, con eliminación de subvenciones cruzadas entre los distintos servicios.

Dejando ahora a un lado los principios inspiradores de las nuevas actividades competitivas, debemos centrar nuestra atención en el régimen de aquellas actividades que conservan, tras la separación, las características propias del servicio público (exclusividad, monopolio natural, obligación de servir, igualdad de condiciones, financiación garantizada, etc.). Estas son básicamente dos: la instalación y gestión de infraestructuras y el servicio universal.

3. INSTALACIÓN Y GESTIÓN DE INFRAESTRUCTURAS

Las infraestructuras son necesariamente de uso común y sobre las mismas los distintos operadores pueden ofrecer servicios singularizados. En el ferrocarril es común el uso de las estaciones y las vías; en el transporte aéreo, de los aeropuertos y los servicios aeroportuarios, en la energía

eléctrica las redes de alta y media tensión y las instalaciones del despacho central; en las telecomunicaciones las redes de cable y la red telefónica conmutada; en el petróleo y gas, los oleoductos y gasoductos, etc.; y, sobre ellas, los operadores ofrecen variados servicios: distintas modalidades de transporte, distintos horarios y calidades, distintos servicios de telecomunicación, distintas modalidades de suministro eléctrico o gasístico (interrumpible o no interrumpible, etc.).

Como ya hemos dicho, la "red" es la clave del mercado, es la vía física a través de la cual éste se materializa y por ello su regulación debe reunir algunas características, como las siguientes:

- 1) En primer lugar, tiene que tener una *gestión autónoma*, empresarial no burocrática; para ello debe permanecer al margen de los demás negocios. La no separación de la red ha perjudicado la competencia (por ejemplo, caso de la electricidad en Chile, donde los grandes productores son propietarios de la transmisión: el mercado puede verse fácilmente falseado).

Littlechild, británico, ha anunciado recientemente que está considerando exigir a las distribuidoras la separación entre el suministro y la explotación de redes de distribución, debido a la relación entre propiedad de infraestructuras y competencia.

- 2) En segundo lugar, ya hemos dicho que hay que diseñar, en lo posible, un *Estatuto jurídico de las redes* y acceso de terceros. El acceso de terceros a las redes ha ido apareciendo en las diferentes regulaciones sectoriales con diversas formas. Ya hemos dicho que es necesario concretar sus términos, condiciones, fijación de precio, etc.... Debería intentarse un estatuto

uniforme (en lo posible) para todos los sectores.

- 3) En tercer lugar, hay que resaltar la *ruptura* con el concepto tradicional de *derecho de propiedad*. En la concepción tradicional del Código Civil, la propiedad se configura como el derecho de uso, disfrute y disposición, en exclusiva. Por el contrario en la nueva regulación de servicios públicos para la competencia aparecen las *propiedades afectas al uso público*: la propiedad se afecta al uso de unos terceros que tienen derecho a confiar en él. De manera que se *separa propiedad y uso*, y aparece un nuevo tipo de propiedad vinculada por su *destino*, por su uso, y no por su titularidad².

4. PRESTACIONES DE SERVICIO UNIVERSAL: EL NUEVO CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO

En la regulación de los servicios en un régimen competitivo, hay que distinguir lo que son prestaciones de mercado y prestaciones de "servicio esencial universal". Estas últimas son aquellas modalidades a las que el mercado, por sí solo, no daría respuesta y la autoridad entiende que deben ser cubiertas porque constituyen un estándar mínimo de servicio al que todos tienen derecho. En este caso, la competencia no es posible porque no hay oferta. Y no la hay porque el coste de dichas prestaciones jamás cubriría el precio que por ellas se podría pagar y nadie estaría interesado en concurrir. En tales casos, la regulación

² Sobre estas situaciones de afectación de bienes al servicio público y su naturaleza jurídica (hipoteca tácita legal, derecho real *in faciendo*) véase Ariño Ortiz(1972).

de nuevo interviene, imponiendo la prestación obligatoria a cualquiera de los operadores del sector. Es justamente este planteamiento el que ha venido a suponer una transformación radical del concepto de servicio público, al que ya hemos hecho referencia pero en el que ahora vamos a insistir.

La apertura de los servicios a la competencia y a las leyes de mercado (frente a la idea tradicional de que todo servicio público, como actividad reservada, otorgaba derechos de exclusiva) se caracteriza básicamente por las siguientes notas³:

- a) La *no calificación como servicio público de una actividad o sector en su conjunto, sino sólo de algunas tareas, misiones, actuaciones concretas* dentro de aquél. En lugar de declarar "servicio público" el correo, las telecomunicaciones, el gas, la electricidad, el transporte o la televisión, lo que hay que hacer es precisar, en cada uno de ellos, cuáles son las *obligaciones o cargas de servicio público*, esto es, de servicio universal, obligatorio, que hay que garantizar, como *misión o tarea de interés general* en cada sector concreto, a cuyo cumplimiento vienen vinculados los operadores que actúen en él. Ello exige justamente la diferenciación de prestaciones: en el transporte, será la cobertura de determinadas líneas regulares (pero no cualquier transporte), en el correo el servicio básico postal de cartas y certificados con carácter universal

³ Debo decir aquí que he discutido este tema en múltiples ocasiones con los profesores José Luis Martínez López-Muñiz y Juan Miguel de la Cuétara, Catedráticos, respectivamente, de Valladolid y La Laguna, cuyas ideas, con alguna aportación mía, aparecen reflejadas en las consideraciones que siguen. Es justo hacerlo constar.

(pero no el servicio de paquetería o transporte urgente), en las telecomunicaciones, el servicio básico telefónico con carácter universal (pero no los servicios de valor añadido, la telefonía móvil o las redes locales de cable); en la electricidad, el transporte en alta tensión por la red general peninsular y la distribución universal a todo pequeño consumidor final (pero no la generación eléctrica, ni la venta al por mayor, ni el suministro a grandes consumidores), etc., etc.. En cada sector, hay que determinar en concreto cuáles son esas obligaciones.

- b) El *abandono del concepto de reserva*, con todo el régimen jurídico que este concepto lleva consigo (titularidad de la actividad a favor del Estado, idea de concesión como transferencia de una competencia originariamente administrativa, con rescate en cualquier momento, garantía del equilibrio financiero de la empresa, responsabilidad administrativa, etc., etc...) ⁴. En lugar de ello, el concepto de servicio público se acerca más a la idea de actividad reglamentada, propio del mundo anglosajón ⁵.
- c) *Se sustituye el régimen cerrado y en exclusiva*, que caracteriza hasta ahora los servicios públicos, *por un régimen abierto*, en principio, en cuanto a la entrada en el sector, bajo régimen de autorización reglamentada, sometida a una "regulación por causa de servicio público" y a la imposición de cargas u obligaciones de servicio, en la medida en que haya que garantizar

⁴ Ariño (1993), sobre servicio público y régimen jurídico, Capítulo X, págs. 315 ss.

⁵ Sobre la diferencia entre servicio público y actividad reglamentada, hoy, en nuestro derecho, véase Ariño (1993), págs. 306 ss.

determinadas *prestaciones al público*, que se impondrán de modo vinculante a todos cuantos actúen en el sector. El cumplimiento de tales obligaciones puede imponerse unilateralmente por la norma reguladora del servicio, o contractualmente, pactándolo en cada caso con los distintos operadores cuando se les otorga la autorización para operar en el sector. Tanto en un caso como en otro, habrá que prever la correspondiente compensación económica, cuando las concretas obligaciones de servicio al público no puedan ser costeadas por sus destinatarios. Como escribe Martínez López-Muñiz, "el sujeto que asume la obligación de llevar a cabo la correspondiente prestación, no tiene por qué asumir en justicia su financiación: imponerle una y otra atentaría derechamente contra el principio de igualdad ante las cargas públicas, que es fundamental en un Estado de Derecho y tiene rango constitucional (art. 31 CE)". Cabrá imponerle la primera, la obligación de realizar la prestación de que se trate, cuando en razón de sus circunstancias —dedicarse a esa actividad en la zona más próxima, por ejemplo; tener los medios adecuados para ello, etc.— pueda hablarse de una razonable exigibilidad pública —sólo temporal las más de las veces— por no haber otro medio disponible en la sociedad o cuando la generación de éste pudiera comportar excesivos costes o demoras. Pero entonces, la imposición de tal sacrificio individualizado requerirá la adecuada y justa compensación económica, como exige la doctrina del ejercicio de potestades ablativas o expropiatorias sobre los particulares.

He aquí algunos elementos definidores del nuevo concepto y la nueva técnica del servicio público que trata de hacer éste compatible con las libertades básicas del Mercado Único Europeo. Porque en efecto existía una cierta colisión opositiva entre el art. 90 del Tratado y el concepto tradicional de servicio público. Dice el art. 90:

"1.- Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los arts. 7 y 85 a 94, ambos inclusive"

Obviamente, tales empresas eran las de servicio público y las concesionarias de monopolios fiscales que, en principio, infringían numerosas normas del Tratado (entre otras, la prohibición de monopolios industriales y comerciales: art. 37; la libertad de importación y/o exportación de productos y mercancías: art. 30; la libertad de establecimiento y la libertad de prestación de servicios dentro de la Comunidad: arts. 52 y 59; las normas sobre competencia: arts. 85 y 86, etc., etc.). Sin que las excepciones a estas libertades del Tratado, contenidas en los arts. 36, 55 y 56 fueran aplicables a la mayoría de los servicios públicos, pues éstas se refieren exclusivamente a conceptos como "orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas", "ejercicio del poder público", "salud pública" y expresiones similares que no resultan de aplicación a la mayoría de los servicios públicos concedidos.

La única excepción que sí debe tomarse en consideración es la contenida en el propio art. 90.2, que refiriéndose a esas mismas empresas dice lo siguiente:

"2.- Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial, a las normas sobre la competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad".

Ahora bien, esta excepción es exigente, porque, en primer lugar, cada Estado deberá justificar mediante razones fundadas la necesidad de configurar determinadas actividades en ese régimen de derechos especiales o exclusivos (lo que supone que tal decisión deja de ser libre para el legislador nacional y discrecional para la Administración que la adopte). En segundo lugar, el monopolio, la exclusividad, queda estrictamente limitada a aquellas tareas o misiones específicas para las cuales tal régimen de explotación sea absolutamente indispensable, apreciación que queda también bajo el control, primero, de la Comisión y después del Tribunal de Justicia de Luxemburgo. Debe recordarse finalmente que, en este punto concreto, el Tratado otorga poder normativo a la Comisión en el art. 90.3, cuando dice:

"3.- La Comisión velará por la aplicación de las disposiciones del presente artículo y, en tanto fuere necesario, dirigirá a los Estados miembros directivas o decisiones apropiadas".

Ahora bien, bajo tales exigencias no resulta posible, en la mayor parte de los casos, acreditar que en todo un sector y

en el conjunto de sus actividades (así por ejemplo, en materia de transporte, en el correo, en las telecomunicaciones, en la producción y distribución de carburantes, en la navegación aérea, en la generación y venta de electricidad al por mayor, y en la mayor parte de las actividades reservables del art. 86 de la Ley de Régimen Local: por ejemplo, aprovechamiento de residuos, mataderos, mercados y lonjas centrales, transporte público o servicios mortuorios; no resulta posible —digo— demostrar que cualquier apertura a la competencia en estos sectores hace imposible "el cumplimiento de la misión específica" que en ellos se quiere conseguir. Puede ser que la haga algo más difícil para los operadores —y desde luego, menos rentable que en régimen de monopolio— pero seguramente más conveniente y más barata para el ciudadano. Y lo que el Tratado dice es justamente eso: que no se puede prohibir la competencia salvo que ésta haga imposible el cumplimiento de las tareas de servicio público.

Pues bien, esto no ha sido posible demostrarlo en gran número de los tradicionales servicios públicos que, en consecuencia, se han visto obligados a abrirse a la competencia.

El Tratado ha obligado también a distinguir, dentro de las prestaciones o tareas que estas empresas realizan, aquéllas que constituyen el "servicio de interés económico general" (*Public Service Obligations, PSO's*) asumidas por el titular del Derecho exclusivo, que en todo caso hay que garantizar, y aquellos otros servicios o actividades de contenido específico, distintos y separables de aquél. Y así lo ha hecho la Comisión —o el Tribunal de Justicia— en sucesivas decisiones referidas al campo de las telecomunicaciones, el correo, los transportes marítimos, o la televisión (en este momento la cuestión está planteada

respecto de las actividades del sector eléctrico). El tenor común en todos estos casos ha sido la *apertura parcial del servicio a la competencia* en algunas de las prestaciones específicas en que el monopolio no se estimó justificado. En nuestro conocimiento, las últimas decisiones recaídas sobre monopolio y concurrencia han sido la sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de mayo de 1993, *Asunto Paul Corbeau*, sobre el monopolio postal belga y la Sentencia recaída en 1994 en el *Asunto Almelo* (Case C-393/92) sobre el suministro de electricidad a un determinado territorio. En el primero de estos supuestos, se planteaba la posibilidad de que una empresa privada prestase un servicio especial en la ciudad de Lieja y sus zonas limítrofes, de recogida de correo a domicilio y entrega urgente a sus destinatarios. La decisión del Tribunal se resume en este texto:

"La exclusión de la concurrencia no se justifica, sin embargo, cuando de lo que se trata es de prestar servicios específicos, disociables del servicio de interés general, que responden a necesidades particulares de determinados operadores económicos y que exigen ciertas prestaciones suplementarias que el servicio postal básico no ofrece...; y en la medida en que estos servicios, por su naturaleza y las condiciones en que se ofrecen no ponen en cuestión el equilibrio económico del servicio de interés económico general asumido por el titular del derecho exclusivo, no se pueden prohibir".

En el segundo, después de recordar que la competencia puede verse limitada en la medida que ello sea necesario para garantizar un suministro de electricidad suficiente, seguro y a un precio razonable

a todas las pequeñas localidades de la región (entre ellas, Almelo), entiende que corresponde a la Autoridad y a los Tribunales nacionales apreciar si, para cumplir con esa misión, es necesaria —o no— la prohibición de importación de energía que había sido impuesta al distribuidor local de Almelo.

Ciertamente, el equilibrio económico del servicio básico puede garantizarse mejor si, al mismo tiempo, se prohíbe la concurrencia en otros servicios o actividades rentables en los que el titular del monopolio pudiera encontrar ingresos complementarios para financiar cómodamente aquél. Es el habitual supuesto de los subsidios cruzados que han sido habituales en el servicio público tradicional. Pero este no es, ni mucho menos, el único medio de obtener esa compensación económica que asegure el equilibrio financiero del servicio básico. Y en todo caso no parece conveniente ni proporcionada una medida tan radical como la negación de toda posible concurrencia en cualquier actividad del sector como medio para mantener el equilibrio financiero. Caben otras posibilidades como las cuotas de conexión, los canon de coincidencia o la pura y simple subvención procedente de los ingresos o tasas recaudados en las actividades concurrentes.

Esta técnica de distinguir entre servicios u obligaciones básicas, normalmente prestados con carácter universal a todos los ciudadanos, o cobertura de servicios mínimos, que asegure las necesidades de lugares o grupos aislados (que constituyen las típicas cargas u obligaciones de servicio público) y el resto de las prestaciones o actividades complementarias, en las que la concurrencia es posible, ha sido ya desarrollada por el Derecho Comunitario en varios campos. El profesor Martínez López-Muñiz lo ha expuesto en

un muy interesante trabajo que esperamos sea pronto publicado⁶. En él se recogen, como ejemplo, la reglamentación del transporte marítimo (Reglamento CEE 3577/92, de 7 de diciembre), en el que se dispone que los Estados miembros "podrán celebrar contratos de servicio público o imponer obligaciones de servicio público a las compañías marítimas que efectúen servicios regulares con destino u origen en islas, como condición para la prestación de servicios de cabotaje". Con este contrato se trata de asegurar al público, por parte de los Estados miembros, unos servicios de transporte suficientes, a precios y condiciones especificados que cumplan con continuidad, regularidad, capacidad y calidad este fin económico de interés general. Puede ocurrir —y será lo normal— (así lo prevé el art. 2.4 del citado Reglamento) que las obligaciones de servicio público, que asume el armador, no las asumiría o no lo haría en la misma medida si considerara sólo su propio interés comercial, pero las acepta bien porque obtiene en el conjunto de sus actividades una forma de compensación, bien porque recibe un subsidio proporcionado para su cumplimiento. En definitiva, se trata, en estos casos, de un contrato por el que se comprometen una serie de prestaciones de una empresa en beneficio de terceros y para cuya satisfacción se debe instrumentar, porque se entiende que son de interés público, la adecuada financiación. Y a ello se refiere, justamente, el art. 77 del Tratado, que declara compatible con él, en el caso de los transportes "las ayudas que correspondan al reembolso de

⁶ El referido trabajo fue objeto de presentación por su autor en la Universidad Austral de Buenos Aires, con ocasión de las Primeras Jornadas Internacionales sobre "El derecho de la post-privatización en Argentina", septiembre de 1993. La versión mecanográfica que allí se repartió, tiene por título "La regulación económica en España", 74 páginas.

determinadas obligaciones inherentes a la noción de servicio público". Si esto se establece para los transportes, otro tanto cabría hacer para el servicio básico del correo, el teléfono o el suministro de gas.

Así, por lo que al gas se refiere, análoga situación es la que se produce en las relaciones entre ENAGAS y las compañías distribuidoras en España. A la vista de los arts. 1 y 2 de la Ley del Gas y del art. 3 del Reglamento, parece indiscutible que, dentro de las obligaciones de servicio público encomendadas a ENAGAS, está el suministro a las empresas distribuidoras y a algunos usuarios industriales directos, así como la gestión de la Red Nacional de Gasoductos (RNG), que haga posible el transporte, tanto de los propios productos (gas) del concesionario, como —hipotéticamente— de cualquier otro importador que tenga título para ello.

Ahora bien, tal obligación impone a ENAGAS una serie de actividades que son necesarias para el cumplimiento de la misma, señaladamente la adquisición o producción de gas en medida suficiente para asegurar el abastecimiento del mercado nacional. Esta es una obligación implícita en la gestión del servicio público que tiene encomendado.

Ocurre, sin embargo, que esta actividad (de producción/importación), por exigencias del derecho comunitario, no la tiene ENAGAS *en exclusiva*, en régimen de monopolio, sino en régimen de mercado, de modo que puede ser desarrollada, con la autorización correspondiente, por otros posibles operadores que importen o produzcan gas y tengan clientes a quien venderlo. Pero ello no libera a ENAGAS del cumplimiento de la "misión de interés económico general" (esto es, el abastecimiento nacional) que tiene encomendada. El cumplimiento de esa misión puede exigirle la adquisición de volúmenes de gas que luego

no sean vendidos, en garantía de la continuidad y regularidad del servicio; pero si ello ocurre, ENAGAS tiene derecho a mantener el equilibrio económico del servicio, proyectando sobre el conjunto de los usuarios —también los que compren gas a terceros, si es que esto se produce— los riesgos y los costes de sus reservas no empleadas, siempre que las adquisiciones se hicieran en una medida prudente. Tales son las condiciones habituales de prestación de un servicio público *en régimen concurrencial*, en tanto en cuanto uno de los operadores —en este caso ENAGAS— tenga la obligación de garantizar el *servicio universal*. El coste de esta garantía debe recaer sobre todos los operadores (no sólo sobre ENAGAS) y sobre todos los usuarios (no sólo sobre los compradores a ENAGAS).

Esta es hoy una regla general de los servicios públicos, tal como éstos se están configurando en el derecho comunitario europeo. Es la única manera de hacer compatible la responsabilidad del servicio universal que corresponde a cada Estado miembro, con la extensión que éste deba tener en cada caso, y el régimen competitivo y concurrencial que exige el mercado único europeo.

5. LAS CARACTERÍSTICAS DEL SERVICIO UNIVERSAL EN EL CAMPO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El mantenimiento del servicio universal ocupa el primer puesto en las preocupaciones de la Unión Europea, una vez decidida la liberalización de las infraestructuras. En la segunda parte del Libro Verde las Infraestructuras — COM (94) 682 final, de 25 de enero de 1995— tras afirmar el principio de liberalización, se afirma: "El servicio universal se

mantiene como una de las principales exigencias políticas en la Unión Europea".

La Unión Europea se ha pronunciado ya con bastante precisión sobre las características de este nuevo concepto de servicio público en cuanto "servicio universal". En una de las formulaciones más completas del mismo, la Resolución del Consejo de 7 de febrero de 1994 (94/C 48/01) establece con precisión cuáles han de ser los principios del servicio universal en el sector de las telecomunicaciones.

En esta Resolución se reconoce que "el objetivo principal de la política comunitaria en materia de telecomunicaciones es la liberalización de todos los servicios públicos de telefonía vocal y el mantenimiento, al mismo tiempo, del servicio universal". La Resolución pretende justamente determinar los principales elementos que constituyen el servicio universal a escala comunitaria y aportar orientaciones acerca de los principios que deben aplicarse a la financiación del mismo.

La Resolución distingue entre aquellas prestaciones que previsiblemente se realicen con arreglo a una base comercial, sin necesidad de intervención, y aquellas otras que no parece puedan presentar interés comercial alguno y que no obstante cada autoridad nacional (es decir, cada Estado miembro) considere que es un estándar básico de bienestar que debe ser ofrecido a todos los ciudadanos.

Pues bien, cuando "debido a obligaciones de servicio universal, el servicio básico de telefonía vocal solo pueda suministrarse con pérdidas o en condiciones de coste que se aleje de las normas comerciales habituales, este servicio podrá financiarse, con la aprobación de las autoridades reglamentarias nacionales, mediante transferencias internas, cuotas de acceso u otros mecanismos que tengan

debidamente en cuenta los principios de transparencia, no discriminación y proporcionalidad".

Por lo demás, el Consejo entiende que las autoridades nacionales, dentro de los límites impuestos por la legislación comunitaria, son las competentes para determinar cuáles son las obligaciones de servicio universal, de acuerdo con las condiciones específicas de cada país. Es, por tanto, obvio que la noción de servicio universal evolucionará al ritmo del progreso técnico y el desarrollo económico de cada país.

Las características con las que la Unión Europea configura dicho servicio son las siguientes:

"a) dicho servicio debe basarse en los principios de universalidad, igualdad y continuidad a fin de permitir el acceso a un conjunto mínimo de servicios definidos de una calidad determinada, y la prestación de dichos servicios a todos los usuarios, independientemente de su situación geográfica y, a la vista de las condiciones nacionales concretas, a un precio asequible;

b) para establecer un marco normativo equilibrado y equitativo en toda la Comunidad que tenga en cuenta las características específicas nacionales relativas a la normativa y al mercado, se requieren principios comunes en materia de prestación de un servicio universal;

c) debe ser posible asegurar una prestación especial y específica del servicio universal por razones sociales;

d) a fin de fomentar servicios de telecomunicación que abarquen toda la Comunidad, es preciso establecer una interconexión entre las redes

públicas y, en el futuro entorno competitivo, garantizar la interconexión entre las redes de los distintos operadores a nivel nacional y comunitario;

e) cuando, debido a obligaciones de servicio universal, el servicio básico de telefonía vocal sólo pueda suministrarse con pérdidas o en condiciones de coste que se alejen de las normas comerciales habituales, este servicio pueda financiarse, si está justificado y supeditado a la aprobación de las autoridades reglamentarias nacionales, mediante transferencias internas, cuotas de acceso u otros mecanismos que tengan debidamente en cuenta los principios de transparencia, no discriminación y proporcionalidad, garantizando siempre el respeto de las normas de competencia para aportar una contribución justa a la carga que representa de un servicio universal;

f) en la persecución del objetivo de mantenimiento y desarrollo de un servicio de telecomunicaciones universal se tendrán en cuenta las condiciones específicas de las regiones periféricas, provistas de redes menos desarrolladas y de redes muy pequeñas, así como el papel que puede desempeñar el marco comunitario de apoyo, habida cuenta de las prioridades establecidas a nivel nacional;

g) la noción de servicio universal debe evolucionar al ritmo del progreso técnico, del desarrollo del mercado y de los cambios en las necesidades de los usuarios".

Este documento se ha visto completado por una declaración de la Comisión de la misma fecha (94/C, 48/06) en la que se

precisan todavía más los elementos y prestaciones que, a juicio de la Comisión, conlleva el servicio universal.

Los elementos básicos del mismo, que las autoridades reguladoras nacionales deben cuidar especialmente, son:

- Prestación del servicio de la red pública de telecomunicaciones y de telefonía vocal en todo el territorio, lo que incluye el derecho de acceso de los usuarios, que debe ser satisfecho en un tiempo de espera razonable.
- La calidad del servicio debe estar estandarizada y debe poder ser contrastada; las tarifas deben fijarse en función de los costes, con flexibilidad para atender necesidades sociales específicas; y todo ello debe ser objeto de una información suficiente.
- En todo caso, el servicio universal incluye las siguientes prestaciones adicionales a la telefonía de voz: guías telefónicas, servicios de información⁷, asistencia de operadora, teléfonos públicos de pago y acceso a los servicios de urgencia.
- Dado que el contenido del servicio universal es un derecho de los usuarios, deben existir procedimientos de resolución de conflictos accesibles, baratos y rápidos, resueltos por una entidad independiente del operador telefónico.

Además de los elementos básicos, las autoridades reguladoras deben considerar la existencia de otros elementos suplementarios, que constituyen objetivos de la Unión Europea y que deben extenderse

⁷ Está en estudio un posible marco regulatorio específico para las guías telefónicas y los servicios de información, lo que fue objeto de la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento de 18/set/95 [COM (95) 431 final]

paulatinamente hasta alcanzar el carácter de servicio universal. Estos son:

- De un lado, las características avanzadas correspondientes a una red digitalizada: facturación detallada, llamada por tonos, identificación de llamada entrante, desvío de llamadas, etc.
- De otro lado, los servicios de telefonía, que deben ser comunes a toda la Unión (servicios paneuropeos): llamada gratuita, "kiosco", cobro revertido, información y servicios de operador de todos los Estados miembros.

Se observará que, además de los servicios, se habla de las características de la red. Esto se debe a que, tratándose de telefonía, la red general telefónica y el servicio de telefonía de voz tienden a confundirse. Incluso hay una confusión inicial, de base, en la que la Comisión identifica la "extensión de la red a todo el territorio" como parte del servicio universal, y así se refiere a la "prestación del servicio de la red pública de telecomunicaciones". Aún no siendo técnicamente correcta, la identificación de la red con el servicio no impide la perfecta comprensión de las ideas de la Comisión: para la prestación de los servicios que se desean (desvíos de llamadas, por ejemplo), la red tiene que reunir determinadas características (digitalización, inteligencia de red) que, por lo mismo, se hacen exigibles.

En el documento, la Comisión dedica una especial atención a determinadas prestaciones de la red:

- Líneas arrendadas: debe existir oferta suficiente de líneas analógicas y digitales de 64 Kbps. y 2 Mbps.
- Red Digital de Servicios Integrados (RDSI): ésta es una "oferta recomendada" en la que la Comisión estima deben unificarse

determinadas prestaciones (llamada gratuita o contratación común, por ejemplo).

- Transmisión de datos por conmutación de paquetes: sobre la base de las redes X25 deben unificarse las mismas prestaciones que en el caso anterior.

El problema de estos últimos servicios estriba en determinar si se trata de un "servicio universal" peculiar, destinado en exclusiva al mundo de los negocios, o de servicios que tienen una regulación propia al margen de la del servicio universal, que quedaría ceñido a necesidades de las personas (la regulación existe, como sabemos, con Directivas ya aprobadas en el marco de la Oferta de Red Abierta). A estos efectos habría que distinguir la oferta de líneas arrendadas, que bien puede configurarse como "carga de servicio público" para todos los operadores con red propia, de la construcción de las redes RDSI y de conmutación de paquetes, que debe pertenecer a la libre iniciativa de los operadores, siendo estas últimas redes "abiertas comercialmente al público" pero no "de servicio universal", con la salvedad de que una u otra alcancen en su día la categoría de red general y sus prestaciones las de servicio universal, situación que está de momento muy lejos de conseguirse⁸.

⁸ A partir de la Decisión del Consejo y el Parlamento de 9/nov/95 (2717/95/CE) la Euro-RDSI es una red transeuropea oficial de la que se afirma es también "elemento de la Infraestructura del servicio universal", como ya hemos anotado, pero sin que se explique lo que se quiere significar con ello. Debe interpretarse que se trata de reforzar el objetivo de lograr la cobertura geográfica total y facilitar el acceso a la RDSI de las regiones insulares, sin litoral y periféricas, tal como se establece en el mismo artículo en que se incluye la referencia al servicio universal. Por lo que hace a la transmisión de datos, es intención de la Comisión proceder a su total liberalización, por lo que el proyecto de Directiva de introducción de competencia plena suprime expresamente las restricciones y cargas que puedan tener estos servicios.

6. LA FINANCIACIÓN DEL SERVICIO UNIVERSAL

Es claro que la liberalización de las infraestructuras, las redes y los servicios puede afectar al servicio universal por sus efectos sobre la financiación de la red general telefónica (que será quien ordinariamente lo preste, al menos durante bastantes años).

Pues bien, es claro que los constructores de nuevas infraestructuras y los titulares de las infraestructuras alternativas existentes deben participar en el sostenimiento del servicio universal, para lo que sólo hay dos caminos: o comparten sus cargas prestando una parte de este servicio, o contribuyen a los costes añadidos de quien lo haga. Los documentos comentados han visto muy bien que tales acciones sólo pueden llevarse a cabo definiendo con mucha exactitud en qué consisten las cargas del servicio universal y estableciendo sistemas de contabilidad transparentes; el Libro Verde de las infraestructuras, a su vez, reitera este planteamiento y aporta algunas precisiones adicionales, como pueden ser las relativas al modo de identificar los "consumidores no rentables" derivados de las obligaciones de servicio público o el modo de proceder a la reestructuración de las tarifas.

Las cuestiones apuntadas tienen una solución técnica que poco a poco irá decantándose en los debates a realizar (así, se discutirán y fijarán los conceptos contables a incluir en la idea de "consumidor no rentable"); pero existe una decisión previa, de tipo político, que hay que destacar, consistente en determinar la forma de hacer llegar los fondos a quien preste el servicio. Hasta ahora, parecía lo más fácil establecer una "cuota de interconexión" o "cuota de acceso" en virtud de la cual quien se conectara con la red general telefónica aportaría

una cantidad para la cobertura del servicio universal; pero desde hace un tiempo va abriéndose camino la idea de que es más neutral crear un fondo común, al que todos los operadores de telecomunicaciones aportarían una cantidad proporcional a su cuota de mercado y del que se extraerían las cantidades necesarias para compensar los déficits producidos a cualquier operador por sus cargas específicas del servicio universal. El primer sistema es más sencillo, pero depende exclusivamente del operador telefónico principal y es de difícil control; el segundo incorpora más burocracia, pero garantiza mejor el reparto de cargas.

Este tema de la financiación del servicio universal es objeto de preocupación y experimentación en diversos países, pero podemos sintetizar con Bernard Clements unos principios ya consensuados que serían los siguientes:

1. Definición normativa de "clientes no rentables".
2. Obligaciones de servicio universal repartidas entre los operadores en proporción a sus ingresos o cuota de mercado.
3. Opción para cada operador de asumir la carga o contribuir económicamente por ella.
4. Quienes aporten más prestaciones de las que les corresponden deben ser remunerados.
5. El sistema debe gestionarse por un regulador o fideicomisario neutral.

De acuerdo con estos principios, la Comisión ha elaborado una propuesta de Directiva, remitida al Parlamento y al Consejo (COM 95/379 final, de 19 de julio), en la que se pronuncia sobre los deberes de financiación y mantenimiento del servicio universal, en los siguientes términos:

Art. 51.— "Cuando un Estado miembro determine, de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, que las obligaciones de servicio universal representan una carga no equitativa para una organización, podrá establecer mecanismos que permitan compartir el coste neto de las obligaciones de servicio universal con otras organizaciones que exploten redes de telecomunicación. Los Estados miembros tendrán debidamente en cuenta los principios de transparencia, no discriminación y proporcionalidad a la hora de establecer las correspondientes aportaciones".

La decisión de optar por un fondo común o por cuotas de conexión se remite a los reguladores estatales, aunque no así la forma de calcular el coste neto (que se especifica en uno de los anexos del proyecto de Directiva), cuya operación será revisada por un auditor independiente (art. 5). Los reguladores de los Estados miembros son también responsables de la consecución y mantenimiento del servicio universal (art. 9).

Para la Comisión, el servicio universal es un medio de contribuir a la consecución de los objetivos de cohesión socioeconómica e igualdad territorial en la Comunidad (exposición de motivos, punto 6). Con ello indica que es algo que trasciende a los Estados, si bien, en base al principio de subsidiariedad, la fijación de los medios para conseguirlo se entrega, cuando es posible, a los reguladores nacionales. De estas previsiones se exceptúa expresamente el cálculo de costes, que debe ser fijo y homogéneo en todos los países miembros.

El problema del servicio universal no puede dissociarse, obviamente, de la obligación de interconexión; dada la

existencia de operadores históricos que mantienen un servicio universal telefónico con decenas de millones de líneas, su posición negociadora frente a solicitudes de interconexión de redes de escasos millares de líneas es desequilibrada; de ahí las obligaciones de transparencia y fijación de tarifas de interconexión según costes; en este contexto, las obligaciones de servicio universal no deben convertirse en una barrera adicional encarecedora de las conexiones (si se opta por el sistema de cuotas) o en un motivo de enriquecimiento del operador histórico (si se opta por el fondo).

En materia de servicio universal, una de las últimas acciones de la Comisión ha consistido en la introducción de un nuevo artículo (el 4 C) en su proyecto de Directiva de modificación de la 90/388(CEE para la introducción de la competencia plena en las telecomunicaciones (95/C 263/01). En dicho artículo se expresa que "el coste neto del cumplimiento de las obligaciones de servicio universal" debe repartirse entre todos los operadores que tengan redes abiertas al público o presten servicios de telefonía básica. Se admite tanto el sistema de cuotas de interconexión cuanto el de un fondo general, pero el primero será revisado según los resultados de su aplicación en el año 2003. Los criterios de asignación de cargas son los ya conocidos, debiendo ser objetivos, proporcionales, no discriminatorios, y se destacan dos aspectos formales: a) en todo caso los operadores deben tener la opción entre prestar el servicio (con las mismas compensaciones que el operador histórico) o abonar la cuota o participación en el fondo que le corresponda; y b) la cuantía del importe debe poderse recurrir mediante un procedimiento eficaz, compatible con cualquier otra defensa jurídica existente.

Así pues, en los diversos documentos elaborados en la Comunidad Europea se destaca el compromiso real de la Unión Europea con el servicio universal y la paulatina superación de los diversos miedos acerca del daño que éste pueda sufrir al introducirse la competencia. Las líneas principales de acción están ya marcadas y el único problema restante deriva del carácter dinámico del concepto de servicio universal: lo que hoy es una prestación accesoria mañana puede serlo esencial; pero es un problema menor, puesto que las prestaciones básicas del servicio universal pueden ser redefinidas cuantas veces sea necesario y cabe introducir nuevos conceptos (como el de "prestaciones recomendadas") que faciliten el tránsito.

7. EL CARÁCTER MUDABLE, ABIERTO Y EXPANSIVO DEL SERVICIO UNIVERSAL: LAS PRESTACIONES RECOMENDADAS

El servicio universal no sólo hay que establecerlo y financiarlo; hay también que concretarlo y mantenerlo actualizado al compás de la evolución tecnológica. Según mis noticias, la Comisión tiene en preparación un estudio sobre estos aspectos, para el cual ha formulado previamente un documento de consulta. Éste, publicado el 32/oct/95, se centra sobre tres temas específicos; la extensión del ámbito de cobertura del servicio universal, su asequibilidad y una nueva idea de acceso público de cara a la sociedad de la información.

El ámbito de cobertura del servicio universal debe constituir una preocupación permanente de todos los interesados en el sector. De una parte, y como hemos apuntado, lo que hay son "prestaciones ordinarias" en una red inteligente totalmente digitalizada; de otra parte, los estándares hoy normales

para la transmisión de datos a baja velocidad por la red conmutada (2.400 bps) pueden verse rápidamente superados; de otra, el acceso a redes como Internet y, muy especialmente, la RDSI puede muy pronto ser reclamado como parte del servicio universal. Todo ello requiere la formación de una voluntad colectiva a nivel paneuropeo que especifique lo que queremos integrar en cada momento en el servicio universal.

La asequibilidad del servicio básico es una premisa del concepto en estudio; pero, ¿qué entendemos por asequibilidad? Obvio es decirlo, toda política tarifaria favorece a unos y perjudica a otros, y es necesario adoptar políticas de este tipo al menos en tanto estemos transformando la situación histórica y creando competencia. Este punto está todavía poco claro, siendo lo único cierto que el principio de vinculación a costes difícilmente podrá ser aplicado con estricta justicia y que la transparencia en la atribución de costes y fijación de componentes de las tarifas (que deben estar convenientemente desdobladas) es condición indispensable para poder evaluar las decisiones que se tomen⁹.

Los nuevos accesos a la sociedad de la información son una preocupación de futuro, pero en telecomunicaciones el futuro llega muy rápidamente. Este preocupación tiene mucho que ver con la

⁹ El proyecto de Directiva antes mencionado (COM (95) final) define el "coste neto" del servicio universal del siguiente modo: "diferencia entre el coste neto que para una operadora tiene el operar con obligaciones de servicio universal y el correspondiente a operar sin dichas obligaciones". Para cuantificarlo se computarán los elementos no requeridos en condiciones comerciales ordinarias, pero exigidos por el servicio universal y la atención a los usuarios no rentables. En todo caso, deben detrarse del cómputo los ingresos generados por el servicio universal, valorándose sólo el déficit que realmente origina (anexo III).

evolución del mundo multimedia y con un tipo de redes que se está generando en el mundo de la educación y la cultura (unen escuelas, Universidades, centros de investigación, museos, bibliotecas, etc.)¹⁰ destinadas a satisfacer el necesario derecho de acceso a la cultura que muy pronto será telemático. El problema estriba en definir quién va a pagarlas y cómo se van a usar estas redes, si se considera que tener acceso a ellas forma parte también del servicio universal.

8. LA CONSECUCCIÓN DEL SERVICIO UNIVERSAL, UNA TAREA PARA LOS PODERES PÚBLICOS

En el logro de este objetivo, los poderes públicos pueden utilizar todas las potestades administrativas que caracterizan a los servicios públicos tradicionales, en los términos expuestos recientemente (no olvidemos que el servicio público es hoy, básicamente, el servicio universal, no el conjunto del sector)¹¹.

Para implantar y mantener el servicio universal, las Administraciones públicas pueden: a) ordenar la ocupación del dominio público; b) expropiar el dominio privado; c) fijar tarifas y modos de compensación entre los distintos servicios; d) establecer cargas de servicio público en las autorizaciones para operar telecomunicaciones; e) contratar su prestación en régimen de Derecho público (lo que incluye poderes como el *ius variandi* o la interpretación unilateral); f) fijar servicio mínimos a mantener en caso de huelga; g) aplicar el Código Penal en determinados atentados

¹⁰ Recuérdese que sobre estas redes específicamente se centra la acción norteamericana de la National Information Infrastructure.

¹¹ Sobre este tema, Ariño (1993), pp. 315 a 357 y (1995), pp. 57 a 87.

contra las líneas, etc. Hasta 1998, y eventualmente en España hasta el 2003, se puede mantener este servicio en régimen de monopolio, incluido el tendido de las redes necesarias para prestarlo, lo que es el exponente máximo del poder que el servicio universal genera.

Aunque el servicio universal se prestará con frecuencia en régimen de monopolio de oferta, ya hemos dicho que ello no está reñido con un régimen de competencia, sin que deje de ser calificado como servicio público; a tal fin los poderes públicos de cada Estado deberán abordar estas tareas: a) definir la misión de servicio público que se desea; b) concretar las prestaciones que se garantizan por el Estado a todos los usuarios; c) establecer las cargas de servicio público necesarias para el sostenimiento de tales prestaciones; y d) repartir dichas cargas en forma equitativa entre los distintos operadores en competencia en el sector.

Aplicando lo que antecede a las telecomunicaciones, nos encontramos ante un proceso constructivo (o mejor dicho "reconstructivo" de una situación heredada) en el que se encuentra actualmente sumergida toda Europa. La "misión" es lo más fácil de establecer: lograr la comunicación telefónica universalizada¹²; la modalidad, amplitud, calidad y diversidad de servicios que acompañe a esa prestación de servicio telefónico es objeto de intenso debate, por cuanto si por un lado es enormemente necesaria, por otro,

¹² Como hemos sostenido en otra ocasión, a pesar de que en las normas comunitarias no se habla de ello, hay que considerar que los datos o el fax que pueden discurrir por la red telefónica conmutada forman también parte del servicio universal. Carecería de sentido que ningún poder público se irrogase la capacidad de prohibir enviar faxes o datos a baja velocidad mediante modem por dicha red, en tanto ya se ha acreditado que no la perjudican en nada y que ambos sistemas de comunicación forman parte de nuestra cultura ordinaria.

cualquier precisión que se incorpore tiene unas repercusiones económicas importantísimas, con las inevitables tensiones que ello conlleva. En la Unión Europea están actualmente abiertos interrogantes como los siguientes:

¿Debemos incorporar al servicio universal el acceso a Internet o a la RDSI?

¿Qué velocidad mínima deben tener las redes de transmisión de datos? ¿puede haber dos velocidades mínimas, una doméstica, universal, y otra de negocios, comercial?

¿Cómo medimos la calidad que debe tener el servicio universal?

¿Debe imponerse a todos los operadores de telecomunicaciones la obligación de alquilar circuitos a quienes los demanden?

¿Qué se entiende por tarifa asequible?

¿Cuáles de los servicios avanzados deben integrarse en el servicio universal?, ¿y cuándo?

¿Qué hacer para los usuarios con necesidades específicas (minusválidos, ancianos, etc.)?¹³.

Es obvio que de la respuesta que se da a tales preguntas —y en ello consiste la concreción de la prestación— depende todo lo demás: las obligaciones o cargas de servicio público, su reparto, y los derechos del usuario. Europa, una vez alcanzado el consenso en un nivel primario (servicio universal = telefonía básica), avanza lentamente hacia un segundo nivel, que deberá estar definido, en todo caso, antes de 1998.

En España, el servicio universal está

todavía excesivamente relacionado con Telefónica, tal como quedó situado en sus orígenes. Recordemos que el documento sustancial para su exigibilidad es el contrato con Telefónica, en el que se encuentran precisamente las obligaciones de cobertura a los distintos núcleos de población y las normas de calidad que fijan lo que realmente es dicho servicio. Por lo demás, las definiciones legislativas se reducen a repetir los textos europeos, con lo que nada aportan¹⁴. La situación tiene su lógica histórica e institucional: el servicio telefónico es... lo que hace Telefónica como concesionaria del Estado.

Frente a ello, los nuevos servicios (telefonía móvil, televisión/telecomunicaciones por cable) nacen como servicios comerciales, aunque con obligación de atención en condiciones de igualdad a quienes los soliciten en sus respectivos ámbitos de cobertura. Se trata de una universalidad relativa, que se da también en muchos otros servicios públicos: el transporte aéreo, el abastecimiento de energía eléctrica no doméstica o los museos son "potencialmente" universales, pero no lo son realmente.

Nuestra legislación, por desgracia, no le presta atención a este aspecto, ofuscada como está por la declaración solemne y previa de que las telecomunicaciones —todas las telecomunicaciones, sin distinción— son servicio público. Esto, ya lo hemos dicho en otras ocasiones, es un error, tal como se deduce de las necesidades de concreción de la prestación que han quedado establecidas en la exposición que antecede y sobre lo que no se precisa mayor argumentación. Repitémoslo, el Derecho español de las telecomunicaciones, al no concretar a

¹³ Tomados del *Documento sobre cuestiones del servicio universal*, de 31/oct/95, con el que la Comisión abrió un período de consultas previo a la emisión de un informe en esta materia.

¹⁴ Véase, al efecto, la definición de "servicio telefónico básico" contenida en la Ley de 3/dic/92 de modificación de la LOT.

nivel legislativo las prestaciones que conformen los distintos servicios públicos que actúan en el sector, incurre en un grave

defecto, que dificulta en gran medida el establecimiento del equilibrio entre la iniciativa privada y el poder público.

REFERENCIAS

BIBLIOGRÁFICAS

- ARIÑO, G. (1976): *Las tarifas de los servicios públicos*, IGO, Sevilla.
- (1993): *Economía y Estado. Crisis y Reforma del Sector Público*. Madrid.
- (1995): *Teoría y Práctica de la Regulación Económica*, Working Paper, n.º 17, Dic, UAM.

- ARIÑO ORTIZ, G. (1972): *La afectación de bienes al servicio público*, IEA, Madrid.
- ARIÑO ORTIZ, G., DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M., MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ (1997): *El Nuevo Servicio Público*, Pons, Madrid.