

MADRID

Castellana, 216
28046 Madrid
Tel.: (34) 91 582 91 00

BARCELONA

Diagonal, 640 bis
08017 Barcelona
Tel.: (34) 93 415 74 00

BILBAO

Alameda Recalde, 36
48009 Bilbao
Tel.: (34) 94 415 70 15

MÁLAGA

Marqués de Larios, 3
29015 Málaga
Tel.: (34) 952 12 00 51

VALENCIA

Gran Vía Marqués
del Turia, 49
46005 Valencia
Tel.: (34) 96 351 38 35

VIGO

Colón, 36
36201 Vigo
Tel.: (34) 986 44 33 80

BRUSELAS

Avenue Louise, 267
1050 Bruselas
Tel.: (322) 231 12 20

LONDRES

Five Kings House
1 Queen Street Place
EC 4R 1QS Londres
Tel.: +44 (0) 20 7329 5407

LISBOA

Avenida da Liberdade, 131
1250-140 Lisboa
Tel.: (351) 213 408 600

REAL DECRETO-LEY 13/2012:

REFORMAS EN EL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES Y SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

Ana Isabel Mendoza Losana

*Profesora contratada doctora de Derecho Civil. Universidad de Castilla-La Mancha
Departamento de Gestión de Conocimiento de Gómez-Acebo & Pombo*

El BOE del sábado, 31 de marzo, publica el Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista. Este documento expone las medidas relativas al sector de las telecomunicaciones y a los servicios de la sociedad de la información.

Urgencia de la norma

El Gobierno justifica la utilización de este instrumento normativo, el real decreto-ley, en la necesidad de transponer al ordenamiento jurídico español determinadas directivas comunitarias, cuya fecha de transposición venció el 25 de mayo de 2011 y solicitar a la Comisión el cierre de los procedimientos de infracción abiertos contra España (tesis avalada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 1/2012, de 13 de enero).

El real decreto-ley transpone al ordenamiento español la Directiva 2009/136/CE, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas; la Directiva 2002/58/CE, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y la Directiva 2009/140/CE por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE

relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión y la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas. Su contenido es en parte coincidente con el proyecto de ley de reforma de la Ley General de Telecomunicaciones que no prosperó debido al adelanto electoral. Se modifican la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones y la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información.

Modificación de la Ley General de Telecomunicaciones

- **Definición y análisis de mercados.** A diferencia de la regulación preexistente que preveía el análisis de mercados al menos cada dos años, la nueva norma admite que el análisis se dilate en el tiempo cada tres años contados desde la adopción de una medida anterior relativa a ese mercado o incluso más, si la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones lo ha comunicado a la Comisión Europea y ésta no se opone. Además, un organismo europeo, el Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas (ORECE), podrá asistir a la CMT en el análisis de mercados;
- **Obligaciones impuestas a operadores con poder significativo en el mercado: la separación funcional como medida de último recurso.** Se pretende incentivar la inversión en nuevas redes en particular en redes de próxima generación, por lo que al imponer obligaciones de acceso a

& Noticias breves

red, servicios o recursos asociados se toma especialmente en consideración la inversión efectuada, permitiendo una tasa razonable de rendimiento en relación con el capital correspondiente invertido.

Como remedio extraordinario para supuestos de fallo persistente de la competencia, se introduce la posibilidad de obligar al operador con poder significativo de mercado a realizar una separación funcional entre activos de red y suministro al por mayor de productos de acceso (nuevo art. 13 bis LGTel). No obstante, por tratarse de una medida extraordinaria, que puede tener fuertes repercusiones a largo plazo, se establecen numerosas cautelas que garantizan que dicha medida solo será adoptada por el Gobierno en casos justificados y tras una minuciosa evaluación de su impacto;

- **Obligaciones para garantizar la interoperabilidad de los servicios.** Además de los derechos y deberes de interconexión impuestos por la LGTel al conjunto de los operadores y de la adopción de ciertas especificaciones técnicas que garanticen la compatibilidad de redes y servicios, se habilita al Ministerio de Industria, Energía y Turismo para "imponer, en casos justificados y en la medida en que sea necesario, obligaciones a las empresas que controlen el acceso a los usuarios para que sus servicios sean interoperables" (nuevo art. 11.3). No detalla la norma qué requisitos han de concurrir para considerar justificada y necesaria la intervención, que, en principio, podría tener como destinatario a cualquier operador en la medida en que controle el acceso a "sus usuarios";
- **Acceso a recursos escasos (numeración, espectro radioeléctrico y derechos de ocupación).** En relación al procedimiento de asignación de derechos de uso de numeración y direcciones, la norma con rango de ley define algunos de los rasgos más significativos de tal procedimiento,

como el plazo de resolución que será de tres semanas, salvo que haya un procedimiento de selección competitiva (concurso o subasta), en cuyo caso el procedimiento no durará más de seis semanas. Se mantiene el valor negativo del silencio.

En lo que se refiere a la gestión del dominio público radioeléctrico, se generaliza la aplicación de los principios de neutralidad tecnológica y de los servicios y se profundiza en la regulación del mercado secundario de espectro. Adicionalmente, se refuerzan las facultades de control del uso efectivo y eficiente del dominio público radioeléctrico y se habilita al Gobierno para adoptar mediante real decreto cautelas tendentes a evitar comportamientos especulativos o acaparamiento de derechos de uso del dominio público radioeléctrico, en particular mediante la fijación de plazos estrictos para la explotación de los derechos de uso por parte de su titular, pudiendo adoptar medidas como ordenar la venta o la cesión de derechos de uso de radiofrecuencias. Se elimina definitivamente la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones (que nunca ha llegado a constituirse), atribuyéndose sus potestades a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información.

El real decreto-ley introduce importantes novedades en relación a los derechos de los operadores, reforzando su derecho a la ocupación de la propiedad pública y privada. Correlativamente, los eventuales límites a este derecho deberán ser transparentes y no discriminatorios y no podrán implicar restricciones absolutas al derecho de ocupación del dominio público y privado de los operadores. En este sentido, cuando una condición pudiera implicar la imposibilidad de llevar a cabo la ocupación del dominio público o la propiedad privada, el establecimiento de dicha condición deberá ir acompañado de las alternativas necesarias, entre ellas el uso compartido de

& Noticias breves

infraestructuras, para garantizar el derecho de ocupación de los operadores y su ejercicio en igualdad de condiciones.

Con el mismo objetivo de facilitar el despliegue de redes, se establece un plazo concreto para la resolución de las solicitudes de ocupación, que no podrá exceder de seis meses, salvo en caso de expropiación.

Cuando los operadores tengan derecho a la ocupación de la propiedad pública o privada, el Ministerio de Industria, Energía y Turismo, previo trámite de audiencia pública y de manera motivada, podrá imponer la utilización compartida del dominio público o la propiedad privada en que se van a establecer las redes públicas de comunicaciones electrónicas o el uso compartido de las infraestructuras y recursos asociados.

- **Servicio universal.** Se incluye como prestación de servicios universal el acceso a Internet de banda ancha (1 Mega), que ya preveía la Ley de Economía Sostenible; se hace especial mención a los usuarios con discapacidad o en situación de dependencia; se atribuyen mayores potestades al MIET en relación al control sobre los precios de las prestaciones de servicio universal (nuevo art. 22 LGTel) e incluso sobre el rendimiento del operador u operadores obligados (art. 23.4).
- **Derechos de los usuarios.** Se pretende elevar el nivel de protección de los usuarios de los servicios de comunicaciones electrónicas. Se regula, entre otros, su derecho al cambio de operador con conservación del número en el plazo de un día laborable; se imponen a los operadores nuevos deberes de información (veraz, eficaz, suficiente, transparente, comparable y actualizada) y aunque ya se regulaba el contenido de los contratos con usuarios a través de un reglamento, ahora se eleva el rango normativo de las exigencias en

relación al contenido de tales contratos y los deberes de información, añadiendo nuevos artículos 38 bis y 38 ter a la LGTel.

A diferencia de lo previsto para el sector eléctrico, no contempla el real decreto-ley especiales exigencias para los servicios de atención al cliente de los operadores de telecomunicaciones y en particular, nada dispone respecto a la obligación de facilitar gratuitamente un servicio de asistencia telefónica y un número de teléfono igualmente gratuito;

- **Restricciones de acceso a las redes y servicios a los usuarios.** El nuevo artículo 5.3 de la Ley General de Telecomunicaciones constituye una de las principales novedades de la norma. Permite adoptar medidas que restrinjan el acceso o el uso por parte de los usuarios finales de los servicios y las aplicaciones a través de redes de comunicaciones electrónicas (ej. bloqueo a un usuario del acceso a Internet). Obviamente, tales medidas han de respetar los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas garantizados en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en los principios generales del Derecho comunitario, así como las salvaguardas procedimentales previstas en tal Convenio y "solo podrán ser adoptadas respetando debidamente el principio de presunción de inocencia y el derecho a la vida privada, a través de un procedimiento previo, justo e imparcial, que incluirá el derecho de los interesados a ser oídos, sin perjuicio de que concurran las condiciones y los arreglos procesales adecuados en los casos de urgencia debidamente justificados". Se contempla expresamente la garantía del "derecho a la tutela judicial efectiva y en tiempo oportuno".

Desde otra perspectiva, el real decreto-ley permite a un operador bloquear el acceso

a determinados números o servicios para los casos en los que se constaten posibles conductas fraudulentas. Así, el nuevo artículo 38.11 de la LGTel prevé que “en las condiciones que se establezcan mediante real decreto el Ministerio de Industria, Energía y Turismo podrá exigir a los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas o servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público que bloqueen, previo examen específico de cada caso, el acceso a números o servicios, siempre que esté justificado por motivos de fraude o uso indebido, y que en tales casos los prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas retengan los correspondientes ingresos por interconexión u otros servicios”. Se excluye el bloqueo a servicios no incluidos en el ámbito de aplicación de la LGTel, como los servicios de la Sociedad de la Información regulados en la Ley 34/2002. Una primera lectura del precepto permite intuir que se están pensando en los servicios de tarificación adicional (habituales fraudes, retención por parte de los operadores de ingresos por interconexión y por prestación del servicio), sin embargo tales servicios no son servicio de telecomunicaciones y por tanto no están incluidos en el ámbito de aplicación de la LGTel.

- **Protección de datos y seguridad en las redes.** En línea con la importancia que dan las Directivas 2009/136/CE y 2009/140/CE al refuerzo de la integridad y seguridad de las redes públicas de comunicaciones electrónicas, se obliga a los operadores a tomar medidas técnicas y de gestión para reducir los riesgos de seguridad que pudieran afectar a sus redes (nuevo art. 34 LGTel) y a informar a los usuarios sobre posibles fallos de seguridad. Corresponde al MIET (no a la Agencia Española de Protección de Datos) la supervisión de las obligaciones de información, notificación de incidentes y auditoría, entre otras, que en esta materia puedan imponerse.

Modificación de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico

Se modifican varios artículos de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico, a fin de adecuar su régimen a la nueva redacción dada por la Directiva 2009/136/CE a la Directiva 2002/58/CE, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas. Las reformas se refieren al régimen de las comunicaciones comerciales (art. 20 LSI) y al uso de archivos o programas informáticos de almacenamiento de información (como las denominadas “cookies”) (art. 22.2 LSI).

- **Comunicaciones comerciales (nuevos arts. 20.4 , 21.2 y 22.1 LSI).** Se prohíbe el envío de comunicaciones comerciales en las que se disimule o se oculte la identidad del remitente por cuenta de quien se efectúa la comunicación, así como aquéllas en las que se incite a los destinatarios a visitar páginas de Internet que contravengan lo dispuesto en el artículo y se obliga a los prestadores de servicios de la sociedad de la información a habilitar mecanismos sencillos y gratuitos, que incluirán el correo electrónico si se han producido comunicaciones por esta vía, que permitan a los destinatarios oponerse a la recepción de comunicaciones o revocar su consentimiento inicial;
- **Uso de archivos o programas informáticos de almacenamiento de información (nuevo art. 22.2 LSI).** La utilización de los programas informáticos de almacenamiento de información (ej. cookies) facilita la navegación, permite ofrecer facilidades adicionales, así como publicidad acorde con el perfil de quien navega. Correlativamente, estos archivos también permiten acceder a información que afecta a la intimidad de la

& Noticias breves

persona, por ello sólo se admitirá el uso de estos dispositivos, previo consentimiento del interesado. No basta con informar de su uso y habilitar un procedimiento sencillo para desactivar tales sistemas, la nueva norma requiere el consentimiento previo e informado del destinatario;

➤ **Acciones de cesación.** La nueva norma amplía la lista de personas legitimadas para ejercer acciones de cesación por incumplimiento de la LSI también a quienes resultaran perjudicados por el envío de comunicaciones comerciales en contra de las exigencias de la Ley (nuevo art. 31 LSI).